

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

OCTUBRE - DICIEMBRE 2005



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por D. Rafael Núñez-Lagos

Número 56, octubre-diciembre 2005

La **Revista Jurídica del Notariado** no se identifica
con las opiniones expresadas por los autores en sus trabajos.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

Impreso en España - *Printed in Spain*

Gráficas Minaya, S.A., C/ Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

Consejo de Redacción:

Presidente: D. Antonio Rodríguez Adrados

Director: D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

Secretario: D. Juan-Francisco Delgado de Miguel

Consejeros:

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Álvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José-Javier Castiella Rodríguez
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José-Manuel García Collantes
D. Francisco-Javier García Más
D. Fernando Gomá Lanzón
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Manuel-Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José-Carlos Sánchez González

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

Consejo General del Notariado
Paseo del General Martínez Campos, 46-6.º
28010 MADRID
Tf. 913 087 232
Fax 913 087 053
revistajuridica@notariado.org

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES	<u>Pág.</u>
LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: “Estudio crítico de la reforma del Código Civil por la que se autoriza el matrimonio entre personas de igual sexo”	9
LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: “Breve comentario sobre la modificación de los preceptos sucesorios operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio”	23
MARTÍNEZ PURAS, Jesús: “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”	29
OLAIZOLA MARTÍNEZ, Fernando: “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”	85
ORTEGA REINOSO, Gloria: “La aportación del socio de un despacho de abogados”	143
QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: “Configuración de las sociedades sin personalidad jurídica en el Código Civil español”	183
RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “La consignación en los documentos notariales de la aplicación del Arancel y de su dispensa”	233
VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “La buena fe en las transmisiones inmobiliarias a <i>non domino</i> ”	253

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

“Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”, número 34. Madrid, 2004. Por Rafael Gibert	271
--	-----

INFORMACIÓN INTERNACIONAL

“Libro Verde. Sucesiones y testamentos”. Comisión de las Comunidades Europeas	283
“Bases o principios del sistema de notariado latino”. Aprobados por la Asamblea de los Notariados Miembros de la Unión Internacional del Notariado, Roma, Italia, 8 de noviembre de 2005	297

**ESTUDIO CRÍTICO
DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL
POR LA QUE SE AUTORIZA
EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS
DE IGUAL SEXO**

ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho civil.

Emérito de la Universidad de Valencia

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** PRESUPUESTOS CRÍTICOS DE LA LEY 13/2005. **III.** LA REGULACIÓN DE LA UNIÓN HOMOSEXUAL Y LA NATURALEZA DEL MATRIMONIO. **IV.** PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO. **1.** Cuestión que plantea la Ley 13/2005 en el orden constitucional. **2.** El artículo 32 de la Constitución. **3.** La doctrina del Tribunal Constitucional. **4.** El artículo 10.2 de la Constitución. **5.** El artículo 53.1 de la Constitución y la garantía institucional del matrimonio. **V.** EL VETO DEL SENADO. **VI.** CONCLUSIÓN.

I. Introducción

La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, responde a la finalidad de permitir la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo. La principal innovación que, con tal fin, se produce en el texto codificado es la adición de un segundo párrafo al artículo 44 del Código Civil, que dice: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Con esta proposición, admitiendo que los contrayentes pueden ser personas de igual sexo, se excluye la heterosexualidad como elemento objetivo de la noción de matrimonio.

En el proceso formativo de esta Ley concurren, desde su origen, circunstancias adversas, como los informes desfavorables de altos organismos del Estado, la oposición social y política, dentro y fuera de las Cortes, o el veto del Senado.

En la elaboración de la Ley no ha intervenido la *Comisión General de Codificación*, lo que no ha pasado inadvertido en la discusión parlamentaria.

El *Consejo de Estado* elaboró un *Dictamen* recabado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia, en su reunión de 1 de octubre de 2004. Por Orden del Ministro de Justicia de 5 de octubre de 2004 se remite el Anteproyecto al Consejo de Estado. La Comisión Permanente del Consejo emite, por unanimidad, el dictamen con fecha 16 de diciembre de 2004 (1).

Se han realizado otros informes sobre la materia antes de la entrada en vigor de la Ley. Entre ellos tiene singular importancia el estudio elaborado por el *Consejo General del Poder Judicial*. En los antecedentes del *Estudio* se explica que el Pleno del Consejo, en sesión de 6 de octubre de 2004, acordó dirigirse al Gobierno (Ministerio de Justicia) para que, a tenor del artículo 108.1 e) de la LOPJ, remita para el preceptivo informe el Anteproyecto de Ley, “lo que fue denegado mediante escrito del Sr. Ministro de Justicia del día 13 siguiente”. En el Pleno de ese mismo día el Consejo acordó elaborar “un estudio jurídico sobre la reforma del Código Civil y demás normas afectadas, relativa al matrimonio entre

(1) El *Dictamen del Consejo de Estado* (núm. 2.628/2004) aprobado, por unanimidad, por la Comisión Permanente el 16 de diciembre de 2004, tiene una extensión de cuarenta y ocho folios. En la asistencia a la sesión figuran los señores: Rubio Llorente, presidente, Lavilla Alsina, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Arozamena Sierra, De Mateo Lage, Sánchez del Corral y del Río, Manzanares Samaniego, Vizcaíno Márquez, Pérez-Tenessa Hernández, Martín Oviedo, secretario general.

personas del mismo sexo”. Concluido el *Estudio*, se aprobó por el Pleno del Consejo el 26 de enero de 2005 (2).

Después de la publicación del Proyecto de Ley en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el 21 de enero de 2005, la *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* emitió un *Informe* sobre el texto del Proyecto el 28 de febrero de 2005 (3).

II. Presupuestos críticos de la Ley 13/2005

La celebración del matrimonio entre personas de igual sexo se plantea por los autores de la Ley como un *simple cambio subjetivo* en la posición de los titulares del *ius connubii* que no implica modificación alguna en la estructura objetiva de la relación matrimonial. La idea rectora de este planteamiento es que en nada afecta a la realidad objetiva del matrimonio el hecho de que los sujetos que lo contraen sean de diverso o de igual sexo. Así queda oculta la significación de la heterosexualidad como elemento intrínseco del vínculo conyugal. Veamos cómo queda reflejada esta idea en los antecedentes de la Ley.

Al texto del Anteproyecto remitido al Consejo de Estado acompaña un *“Informe sobre la necesidad y oportunidad de la norma proyectada”*, donde se afirma que en lugar de establecer un régimen jurídico “diferenciado de la regulación del matrimonio hoy vigente, *se ha preferido reducir la reforma a ampliar los sujetos del matrimonio*, sin modificar la multitud de disposiciones que lo disciplinan” (4). Los autores de la Ley piensan, al parecer, que la reforma deja intacta en su dimensión objetiva la institución matrimonial. Así lo confirma el siguiente pasaje de la Exposición de Motivos de la Ley: “los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad, *respetando la configuración objetiva de la institución*, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes” (E. de M., apart. II, párr. 4.º) (5).

La idea de que el matrimonio se puede contraer entre personas del mismo sexo sin alterar la configuración objetiva de la institución no se

(2) El *Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo*, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 26 de enero de 2005, tiene una extensión de sesenta y ocho folios. Ponente: Excmo. Sr. José Luis Requero Ibáñez.

(3) El *Informe que emite la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación acerca del Proyecto de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio* tiene una extensión de cinco folios. La versión que utilizo fue remitida desde la sede de la Academia el 1 de marzo de 2005.

(4) *Dictamen del Consejo de Estado*, p. 29. La cursiva es mía.

(5) Este párrafo de la Exposición de Motivos no figura en el texto del Anteproyecto.

puede mantener si se admite el hecho de que la heterosexualidad es un dato biológico inherente a la naturaleza del vínculo. En este sentido dice el Consejo de Estado: “La apertura de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo *no supone una simple ampliación de la base subjetiva del matrimonio*, reconociendo a las parejas del mismo sexo un derecho que no tienen constitucionalmente garantizado; *determina una alteración de la institución matrimonial*, que obliga a replantearse si con esa regulación –por vía legislativa– se está afectando el derecho reconocido en el artículo 32 (CE) más allá de lo constitucionalmente admisible” (6).

Por ello, cabe entender que el derecho a contraer matrimonio, que “el hombre y la mujer” tienen garantizado constitucionalmente en el artículo 32.1 CE, no puede ser atribuido por ley ordinaria (art. 32.2 CE) a personas del mismo sexo sin alterar “*el contenido esencial*” del derecho constitucionalmente protegido (art. 53.1 CE). A esta conclusión apunta la siguiente afirmación del Consejo de Estado: “el hecho de abrir la institución matrimonial a parejas del mismo sexo supone un *cambio especialmente profundo* de dicha institución..., *hasta el punto de plantear si, con ello, no se está alterando la naturaleza jurídica del derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 32 de la Norma Fundamental*” (7).

Trataremos más adelante del alcance de este “cambio especialmente profundo”. Importa ahora señalar otro aspecto de la reforma que guarda estrecha conexión con la llamada “ampliación” de sujetos en la titularidad del derecho a contraer matrimonio. Me refiero al propósito de los autores de la Ley de eliminar la supuesta “discriminación basada en la *orientación sexual*”, estableciendo un marco que permita que quienes “adoptan una *orientación sexual y afectiva* por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad” (E. d. M., II, párr. 1.º), y dando satisfacción a la exigencia de una “*plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual*” (E. d. M., II, párr. 3.º).

La equiparación jurídica se nos propone desde el *plano subjetivo de la tendencia u orientación sexual*, donde se pueden combinar todas las opciones sexuales posibles, sean acordes o contrarias al sexo de los sujetos. queda así velado el *dato biológico objetivo* del sexo real, indicativo de la distancia insalvable entre la unión de hombre y mujer y la unión homosexual.

Esta manifiesta diferencia objetiva entre la unión de hombre y mujer y la unión homosexual es irreductible. Lo que inevitablemente lleva a los autores de la Ley a referirse al sexo de los contrayentes cuando sitúan los dos tipos de unión en un marco normativo común, como el nuevo pá-

(6) *Dictamen*, p. 24. La cursiva es mía.

(7) *Dictamen*, p. 25. La cursiva es mía.

rrafo segundo del artículo 44 del Código Civil: “El matrimonio tendrá los *mismos* requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del *mismo* o *diferente sexo*”.

Al plantearse la reforma dentro del régimen matrimonial del Código Civil se ha hecho necesario eliminar del texto del Código las referencias indicativas de la específica condición sexual de los sujetos de la relación matrimonial o paterno filial (marido, mujer, padre, madre). Así se ha procedido, como dice la Exposición de Motivos, a una “imprescindible adaptación terminológica”. Se sustituye la referencia al “*marido*” y a la “*mujer*” por la de “*los cónyuges*” o “*los consortes*” (E. de M., II, párr. 8.º) (así, en los arts. 66, 67, 637, 1.323, 1.344, 1.348, 1.351, 1.361, 1.365, 1.404 y 1.458). Hay otros artículos en los que no se ha podido suprimir la palabra “*mari-*do” (arts. 116, 117, 118, 136), por tratarse de supuestos relativos a cuestiones de filiación por naturaleza, que obviamente no se suscitarán en las uniones homosexuales. Aunque no se dice en la Exposición de Motivos, se producen en el texto legal otros cambios. Así, la referencia al “*padre*” y a la “*madre*” se sustituye en algunos artículos (65, 66, 160 CC) por la de “*los padres*” (en la versión del Anteproyecto) o “*los progenitores*” (en el Proyecto). La referencia al “*padre*” y a la “*madre*” se mantiene inalterada en otros artículos (por ejemplo, 108, 109, 110, 132, 156), sin duda por inadvertencia del legislador. Y la mención a “*los padres*” queda intacta en numerosos lugares.

La adaptación terminológica es incompleta y deficiente. Son graves las dificultades de interpretación que puede suscitar, y que no se plantearían de haberse regulado la relación afectiva de homosexuales fuera del texto del Código Civil.

III. La regulación de la unión homosexual y la naturaleza del matrimonio

La regulación de la unión entre personas de igual sexo, con toda la eficacia que pueda merecer, se pudo realizar por una vía distinta de la que ha seguido la Ley 13/2005. La inclusión de la unión homosexual *dentro* del régimen jurídico del matrimonio no se podía llevar a cabo sin producir una profunda alteración en la naturaleza del matrimonio. Lo advertía, con referencia al Anteproyecto de Ley, el Consejo de Estado: “desde el punto de vista sustantivo se opta por una alteración de la institución matrimonial (del llamado principio de heterosexualidad que hasta ahora la articula), frente a otras opciones orientadas a una regulación del nuevo modelo de pareja junto al matrimonio y no dentro de él” (8).

(8) *Dictamen*, p. 29.

La Ley equipara literalmente –con los “*mismos requisitos y efectos*”– el matrimonio entre personas de sexo diferente y el contraído entre personas de igual sexo. Esta equiparación es inconciliable con la consideración del matrimonio como institución natural, cuyas características esenciales y fines vienen determinados con la naturaleza propia del ser humano.

La primera y más evidente manifestación del matrimonio como institución natural es el hecho de la heterosexualidad, por cuya virtud la unión entre varón y mujer queda abierta en el orden biológico a la generación (9). Por ello, el matrimonio se puede considerar como la más consistente realidad óptica de la vida social. A la realidad del matrimonio está vinculada inescindiblemente la continuidad de la vida humana y, con ella, la pervivencia de la sociedad.

Por ello es conveniente considerar el dato de la heterosexualidad como *consustancial* al matrimonio. Se afirma en este sentido en el *Estudio* del Consejo General del Poder Judicial: “Esta idea de consustancialidad es importante pues puede inducirse a error si al respecto se habla de heterosexualidad como elemento «tradicionalmente» predicado del matrimonio. Esa llamada a lo tradicional implica invocar un elemento de connotaciones históricas o temporales, luego accidental, es decir, susceptible de cambio por no ser sustancial”. El *Estudio* concluye este punto señalando que con las vicisitudes que a lo largo del tiempo pueda experimentar el matrimonio “*lo que siempre permanece es su carácter heterosexual*”, y de ahí que “una reforma que afecte a este núcleo identificador conllevaría el riesgo de modificar una institución jurídica hasta el extremo de hacerla perder su reconocibilidad en Derecho” (10).

IV. Perspectiva constitucional del derecho a contraer matrimonio

1. Cuestión que plantea la Ley 13/2005 en el orden constitucional.

El derecho a contraer matrimonio el hombre y la mujer está consagrado como derecho fundamental por el artículo 32 de la Constitución (tít. I, cap. II, sec. II). Al regular la Ley 13/2005 el derecho a contraer matrimonio, atribuyéndolo a personas del mismo sexo, se plantea la cuestión de si la actuación del legislador ordinario se ha mantenido dentro del

(9) A la generación está enlazada la exigencia de una dedicación de los progenitores a la atención de las necesidades de subsistencia y formación del nacido. A esta exigencia se refiere nuestra Constitución en los siguientes términos: “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda” (art. 39.3 CE).

(10) *Estudio*, p. 45.

margen que permite la Constitución (art. 32.2) o si, por el contrario, ha franqueado el límite del respeto debido al “*contenido esencial*” del derecho que la Constitución garantiza (art. 53.1 CE). La cuestión consiste en determinar si forma parte del “*contenido esencial*” del derecho a contraer matrimonio la diversa condición sexual de los contrayentes.

2. El artículo 32 de la Constitución.

El artículo 32 de la Constitución (dentro del tít. I, cap. II, sec. II) dispone:

“1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”

Sobre lo dispuesto en el apartado primero cabe formular las siguientes observaciones.

En primer lugar se advierte que con la mención específica al hombre y la mujer como titulares del *ius connubii*, el artículo 32.1 marca un notable contraste con la expresión genérica que la Constitución utiliza en otros artículos del mismo capítulo II del título I para designar la titularidad de los demás derechos y libertades. Así, cuando se refiere a “*toda persona*” (17.1 y 3), “*todas las personas*” (24.1), “*los ciudadanos*” (23.1), “*los españoles*” (19.1, 30.1), “*todos los españoles*” (29.1, 35.1), “*todos*” (15, 24.2, 27.1, 28.1, 31.1), “*nadie*” (16.2, 25). En este contexto, la referencia singular al hombre y a la mujer, en la que está explícita la diversa condición sexual de los titulares del *ius connubii*, parece que implica una reserva constitucional del matrimonio a personas de sexo diferente.

En segundo lugar, la afirmación de que “*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*” tiene sentido en cuanto la igualdad jurídica se propone respecto a quienes por condición natural son desiguales. No tendría sentido respecto a quienes son de igual condición. Con ello se evita que el legislador incurra en desigualdades que existían en la época cercana al tiempo en que se aprobó la Constitución. Por otra parte, como indica el Consejo de Estado, se “*introduce una mención expresa de la diversidad sexual al enunciar un concreto derecho fundamental*” (11).

(11) *Dictamen*, p. 20.

Entre los dos apartados del artículo 32 existe cierta correlación lógica. En la regulación, que se remite a la ley, de las formas de matrimonio y demás cuestiones mencionadas en el apartado segundo, parece claro que el legislador ordinario habrá de tener en cuenta como premisa lo dispuesto en el apartado primero. Por consiguiente, si, conforme al apartado primero, el derecho a contraer matrimonio se refiere exclusivamente al hombre y a la mujer, habría que entender que lo dispuesto en el apartado segundo no permite extender por ley ordinaria la posibilidad de celebrar matrimonio a personas de igual sexo. Supuesto que la diversidad sexual de los contrayentes es parte del “*contenido esencial*” de la noción de matrimonio acogida en el artículo 32.1, la regulación por ley de cualquiera de las cuestiones que menciona el artículo 32.2 no se podrá referir a una noción de matrimonio diferente.

3. La doctrina del Tribunal Constitucional.

La interpretación expuesta del artículo 32 ha sido mantenida por el Tribunal Constitucional. En el Auto 222/1994, de 11 de julio, declara que “se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil”. Coherentemente con esta idea contrapone “el matrimonio entre hombre y mujer” y “la unión entre personas del mismo sexo biológico”: “al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, *la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada*, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; *todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer*, que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990)”. Formulada en estos términos la *contraposición entre unión homosexual y matrimonio* (con cita del art. 32.1 CE), el Tribunal Constitucional parece entender que el artículo 32 de la Constitución se refiere exclusivamente al matrimonio entre personas de diferente sexo (12).

Además, el Tribunal Constitucional cita la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de acuerdo con la cual la exclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del artículo 12 del Convenio de Roma, que al garantizar el derecho a casarse se refiere al matrimonio entre dos personas de distinto sexo.

(12) Cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii* (A propósito del Auto del Tribunal Constitucional 222/1994)”, *Revista de Derecho Privado*, 1998, octubre, p. 721.

4. El artículo 10.2 de la Constitución.

Dispone el artículo 10.2 de la Constitución: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

La interpretación del artículo 32 según el criterio establecido por el artículo 10.2 lleva a la conclusión de que el derecho a contraer matrimonio se refiere a personas de sexo diferente.

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 10 de diciembre de 1948, dice en su artículo 16.1:

“Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.”

Y el *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979), dispone en su artículo 12:

“A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho” (13).

Hay en ambos textos una clara referencia a la diversidad sexual como presupuesto específico del derecho a casarse, en contraste con otras referencias de carácter genérico (como “toda persona”, “todo ser humano”, “todos”, “nadie”) (14).

5. El artículo 53.1 de la Constitución y la garantía institucional del matrimonio.

La remisión a la Ley que establece el artículo 32.2 sobre las formas de matrimonio y otras cuestiones no excluye que el legislador elabore una

(13) El Auto del Tribunal Constitucional 222/1994 cita las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de octubre de 1986 (asunto Rees), que declara que el derecho a contraer matrimonio garantizado por el artículo 12 del Convenio de Roma se refiere al matrimonio entre personas de sexo biológico opuesto, y la de 27 de septiembre de 1990 (asunto Cossey), que señala que la evolución habida hasta la fecha no evidencia el abandono general del concepto tradicional de matrimonio, por lo que llega a la misma conclusión.

(14) Cfr. *Dictamen del Consejo de Estado*, p. 22.

regulación general del matrimonio, pero siempre de acuerdo con el precepto del artículo 53.1, que dispone:

“Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a).”

Sobre la actuación del legislador en la regulación del derecho a contraer matrimonio conviene tener en cuenta las siguientes observaciones del Consejo de Estado:

Primera. Abrir la institución matrimonial a personas del mismo sexo supone “un cambio especialmente profundo de dicha institución, hasta el punto de plantear si, con ello, no se está alterando la naturaleza del derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 32 de la Norma Fundamental”. *La cuestión radica* –se dice más adelante– “en *determinar si el matrimonio a que se refiere la Constitución incorpora como uno de sus elementos esenciales la diversidad sexual de los contrayentes*, configurando así una determinada imagen del matrimonio, a la que resultaría aplicable la doctrina de la garantía de instituto, de forma que aquellas normas legales que desnaturalizasen los perfiles sustantivos del instituto matrimonial no podrían considerarse conformes a la Constitución” (15).

Segunda. En la determinación de “*lo que sea el núcleo esencial de la institución*” cabe constatar que la doctrina jurídica mayoritaria considera “*como uno de los elementos inherentes al matrimonio lo que se ha llamado principio de heterosexualidad*” (16). Esta posición doctrinal “viene determinada por las coordenadas espacio-temporales en que la realidad española actual está inserta, esto es, por una tradición jurídica de muchos siglos y por las concepciones existentes en los países de nuestro entorno”.

Tercera. El Anteproyecto –y, al igual que éste, la Ley– opta por “*una alteración de la institución matrimonial (del llamado principio de heterosexualidad, que hasta ahora la articula)*” (17).

Cuarta. En la concreta opción del Anteproyecto “*se aprecia un riesgo de afectación de la garantía institucional del matrimonio*”, la cual “impide alterar la institución matrimonial más allá de lo que su propia naturaleza tolera; no excluye que el legislador pueda adecuar las instituciones garantizadas al espíritu de los tiempos, pero le impide hacerlo en términos que las hagan irreconocibles para la conciencia social de cada tiempo y lugar” (18).

(15) *Dictamen*, pp. 25-26.

(16) *Dictamen*, p. 27.

(17) *Dictamen*, p. 29.

(18) *Dictamen*, p. 47.

Quinta. Por todo ello, “teniendo en cuenta la posibilidad de dar cauce a los objetivos perseguidos por el legislador a través de otros medios más acordes con la Constitución... *ha de reconsiderarse la vía escogida* (por el Anteproyecto) *para la consecución de unos fines... a los que se ha dado adecuada respuesta en diversos ordenamientos de nuestro entorno, sin necesidad de forzar los principios articuladores del matrimonio*, de acuerdo con la concepción de éste que actualmente impera tanto en España como en Europa” (19).

En definitiva, el Consejo de Estado considera que la regulación dada por el Anteproyecto a la unión de personas de igual sexo implica *una alteración de la institución matrimonial* (del principio de heterosexualidad que hasta ahora la articula), con riesgo de afectar a la garantía institucional del matrimonio reconocida por el artículo 32 de la Norma Fundamental. Por ello formula la propuesta: “*ha de reconsiderarse la vía escogida*”, para lograr unos fines a los que se ha dado respuesta adecuada en otros ordenamientos *en un sentido acorde con la concepción del matrimonio “que actualmente impera tanto en España como en Europa”*.

La lectura del dictamen del Consejo de Estado proporciona una fundada argumentación para sostener, aunque el dictamen no lo exprese de forma categórica, que la iniciativa legislativa sometida a consulta supone *una ruptura de la garantía institucional del matrimonio*.

V. El veto del Senado

La idea de que la reforma legislativa de que tratamos implica la ruptura de la garantía institucional del matrimonio se ha mantenido en el curso de la discusión parlamentaria, y muy precisamente en la justificación del *Veto aprobado por el Senado* en la sesión del Pleno de 22 de junio de 2005 (20).

La PROPUESTA DE VETO NÚMERO 1, presentada por el grupo parlamentario *Unió Democràtica de Catalunya*, mantiene la concepción del matrimonio “fundamentada en la alteridad, la diferencia y la complementariedad entre la mujer y el hombre. Lo que le convierte en el ámbito más estable y comprometido de la procreación, cuidado y educación”. Recoge

(19) *Dictamen*, pp. 47-48.

(20) *Boletín Oficial de las Cortes Generales, VIII Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley*, 27 de junio de 2005, número 15 (g). La votación dio el siguiente resultado: votos emitidos: 252; a favor, 131; en contra, 119; abstenciones, 2 (BOCG, *Senado, Pleno* del miércoles 22 de junio de 2005, p. 2522).

varios pasajes del dictamen del Consejo de Estado y afirma: “El Proyecto de Ley del Gobierno no es una reforma institucional. Supone una alteración sustancial”. Indica que el Proyecto implica “un cambio especialmente profundo” en cuanto viene a “alterar los perfiles propios o los principios sobre los que se articula la institución matrimonial”.

La propuesta explica la motivación del veto en los siguientes términos: “*Nos encontramos, pues, no ante una reforma, sino ante una ruptura de la garantía institucional del matrimonio.* He aquí el primer motivo fundamental de este veto: el reconocimiento legal y la atribución de efectos jurídicos a las uniones de personas del mismo sexo no requiere de la desnaturalización de la institución matrimonial, sin que haya en esta posición ningún ánimo ni voluntad discriminatorios. También aquí la opinión del Consejo de Estado es coincidente con la que sustenta este veto, cuando defiende que «un modelo distinto de convivencia en pareja demanda un distinto tratamiento jurídico, sin forzar la aplicación de normas previstas para un modelo diferente, con los problemas que ello puede acarrear»” (21).

Aprobada esta propuesta, no se procedió a la votación de la *PROPUESTA DE VETO NÚMERO 2*, presentada por el *Grupo Parlamentario Popular en el Senado*, que acoge también el criterio mantenido por el Consejo de Estado (22).

Aprobado el veto del Senado, el Pleno del Congreso de los Diputados acuerda, en la sesión del Pleno de 30 de junio de 2005, ratificar el texto del Proyecto de Ley aprobado por el Congreso el 26 de abril de 2005 (23).

(21) BOCG, *Senado, VIII Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley*, 26 de mayo de 2005, número 15 ©, *PROPUESTAS DE VETO*, pp. 9-10. La segunda motivación de esta propuesta de veto es la admisión de la posibilidad de adopción conjunta por personas del mismo sexo. Concluye la justificación de la propuesta de veto en los siguientes términos: “*El Proyecto de Ley parte de una confusión grave. La cuestión es el reconocimiento de derechos y de efectos de las uniones homosexuales, no la eliminación de una inexistente discriminación vinculada a las instituciones del matrimonio y la adopción*” (la cursiva es mía). El texto de la justificación de la propuesta es el que se acoge en el *Mensaje motivado* del veto del Senado remitido al Congreso. Vid. BOCG, *Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley*, 28 de junio de 2005, número 18-11, pp. 39-40.

(22) BOCG, 26 de mayo de 2005, *PROPUESTA DE VETO. Número 2*, pp. 10-11: “el Consejo de Estado... propone una regulación diferenciada al margen del matrimonio, no sólo por ser la opción que mayoritariamente se ha preferido en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (Alemania, Francia, Dinamarca, Suecia, Finlandia, Noruega,...), sino, fundamentalmente, por entender que tendría mejor encaje en nuestro Ordenamiento y sería más adecuado para la consecución de los objetivos perseguidos por el Proyecto”.

(23) BOCG *Congreso de los Diputados*, 4 de julio de 2005, número 18-12, p. 41.

VI. Conclusión

La Ley 13/2005, al admitir que el matrimonio se puede contraer por personas del mismo sexo, viene a alterar la configuración objetiva de la institución matrimonial conforme al principio de heterosexualidad como dato biológico inherente a la naturaleza del matrimonio. El Tribunal Constitucional ha mantenido la plena constitucionalidad del principio heterosexual como elemento calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil (Auto 222/1994). Y el artículo 32 de la Constitución, de conformidad con la interpretación literal y sistemática y con el criterio establecido en el artículo 10.2, lleva a concluir que al enunciar el derecho a contraer matrimonio se refiere exclusivamente a la unión entre personas de sexo diferente, por lo que cabe entender que la Ley implica una ruptura de la garantía institucional del matrimonio.

El Gobierno no ha reconsiderado la regulación del Anteproyecto de Ley, como proponía el Consejo de Estado. Y las serias dudas sobre la constitucionalidad de la iniciativa legislativa, apuntadas por el Consejo de Estado, por el Consejo General del Poder Judicial y por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, subsisten después de la entrada en vigor de la Ley.

BREVE COMENTARIO SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LOS PRECEPTOS SUCESORIOS OPERADA POR LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO

CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Valencia*

La nueva Ley de Divorcio, Ley 15/2005, de 8 de julio, publicada en el BOE de 9 de julio de 2005, llamada vulgarmente Ley de “divorcio exprés”, modifica algunos artículos relativos a los derechos sucesorios del cónyuge viudo, que realmente necesitaban ser reformados.

Las modificaciones introducidas en los preceptos sucesorios han resuelto los problemas existentes en la anterior redacción de los mismos.

1.º Artículos 834 y 835 del Código Civil

El anterior artículo 834 CC decía: “El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora” (1).

(1) Siguiendo lo que ya expuse en *Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, VVAA. Coord. CAPILLA RINCERO, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 330-331.

Es obvio que el viudo/a con derecho a la legítima ha de ser cónyuge del causante de la sucesión cuando ocurra el fallecimiento, lo cual exige matrimonio vigente hasta tal momento, pues caso contrario no se convertiría en viudo/a. El divorciado/a no conserva ningún derecho a la legítima en la sucesión de su ex cónyuge, pues en el momento de la muerte ya no estaba casado/a con el causante.

Según disponía el artículo 834 CC, el matrimonio “no ha de hallarse separado o estarlo por culpa del difunto”. En consonancia con tal precepto, el artículo 835 afirmaba: “Cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito. Si entre los cónyuges separados hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos”.

Sin embargo, tras la reforma del Código Civil efectuada por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, aunque no se modificaron los artículos 834 y 835, era dudoso que el cónyuge separado judicialmente, aunque lo estuviera por culpa del difunto, conservase su derecho a la legítima.

La regulación de las causas y efectos de la separación matrimonial de la Ley 1981 no se basaba en las ideas de “culpabilidad” e “inocencia”, propias de la regulación anterior y para el caso de separación, pues no existía el divorcio.

Este problema podía salvarse entendiendo que el artículo 834 CC se refería a aquellas causas del artículo 82 CC que implicaban la culpabilidad de uno de los cónyuges, pero existía un problema mayor: conciliar el artículo 834 con el artículo 945, que sí fue reformado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

Según el artículo 945, en su anterior redacción, tendría lugar el llamamiento al cónyuge como sucesor abintestato (en defecto de descendientes y ascendientes) cuando “no estuviere separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”.

En una interpretación literal de los artículos 834 y 945, en su anterior redacción, resultaba que el cónyuge separado judicialmente por haber incurrido el difunto en alguna de las causas de separación previstas en el artículo 82 que implicasen su culpabilidad, conservaría su derecho a la legítima, pero perdería el derecho a suceder abintestato; a la sucesión intestada serían llamados, en su lugar, los hermanos e hijos de hermanos o, en su defecto, los demás parientes colaterales del causante.

VALLADARES, para evitar la controversia, consideró preferente al artículo 945 (ley posterior), entendiendo que el cónyuge separado judicialmente, aunque lo fuera por culpa del difunto, y el separado de hecho por mutuo acuerdo que constase fehacientemente perdían también su derecho a la legítima. No la perdería, en cambio, en los casos de separación de hecho impuesta unilateralmente, si bien cabía aquí la desheredación

cuando el testador pudiera alegar alguna causa de separación basada en la infracción de los deberes conyugales.

Pero esta opinión no era unánime en la doctrina, pues otros autores estimaron que el artículo 945 contemplaba estrictamente el llamamiento intestado del cónyuge a todos los bienes de la herencia en propiedad y no a una porción en usufructo, lo que no prejuzgaba, al menos con evidencia, la suerte de la legítima (puede verse al respecto la R. de 25 de junio de 1997).

Además resultaba un tanto absurdo que el cónyuge separado de hecho de “mutuo acuerdo” perdiera sus derechos y los conservara, en cambio, quien impuso unilateralmente la separación.

Todos estos problemas quedan eliminados con la nueva Ley; el actual artículo 834 CC afirma que “El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”.

Se evita, pues, como es lógico, cualquier alusión a la culpabilidad o la inocencia de cualquiera de los cónyuges y se alude expresamente a la separación de hecho, sin tener en cuenta si tal separación fue motivada por “culpa” del difunto, por “culpa” del superviviente o fue de mutuo acuerdo.

Como también es lógico, el artículo 835 CC elude toda mención al “resultado del pleito” para conocer si el separado era culpable o inocente y lo que ahora dice el precepto es lo siguiente: “Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos”.

Es decir, no basta cualquier tipo de reconciliación, es preciso su notificación al Juzgado que conoció de la separación.

En el caso de divorcio no basta la reconciliación; para readquirir el derecho a la legítima, los ex cónyuges deben volver a casarse.

2.º El artículo 837 del Código Civil

El artículo 837, en su redacción anterior, decía que el usufructo viudal se extendería a la mitad de la herencia: “Cuando los únicos herederos forzosos que concurren con el viudo y la viuda sean hijos sólo de su consorte concebidos constante matrimonio de ambos. La cuota usufructuaria recaerá en este caso sobre el tercio de mejora, gravando el resto el tercio de libre disposición” (art. 837-2.º CC) (2).

(2) Siguiendo lo que ya expuse en *Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, ob. cit., pp. 334 y 335.

Se trataba de la concurrencia del viudo o la viuda con los hijos que tuvo en vida el causante, constante matrimonio y fuera de él, es decir, los que se denominaron anteriormente "hijos adulterinos". Estos hijos debían ser los únicos herederos forzosos que concurrían con el cónyuge viudo. Por lo tanto, si además existieran hijos o descendientes comunes, o de anteriores matrimonios del causante, o de relaciones extramatrimoniales anteriores al único o último matrimonio, no era de aplicación este precepto, sino el artículo 834 CC.

Aunque el párrafo 2.º del artículo 837 CC hablaba de "hijos", era también de aplicación cuando el cónyuge viudo concurriese exclusivamente con descendientes de aquéllos.

El principio constitucional de la igualdad de los hijos ante la Ley, sin distinción por razón de filiación, uno de los objetivos perseguidos por la reforma del Código Civil operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, supuso una reducción de los derechos sucesorios del cónyuge que concurriese con hijos no matrimoniales de su consorte. El artículo 837-2.º ampliaba los derechos sucesorios del viudo/a, pretendiendo concederle, así, una cierta compensación por tener que compartir la herencia con los hijos de su consorte, concebidos en las circunstancias que el precepto especificaba, y esa era su finalidad, como claramente se desprendía de los debates parlamentarios.

Ya en aquellos debates se discutió la constitucionalidad del párrafo 2.º del artículo 837 y del 840, que lo complementaba. El Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda solicitando la supresión de ambos artículos, enmienda que, evidentemente, no prosperó.

Se dijo que el precepto no era propiamente discriminatorio, pues el incremento de la cuota usufructuaria del viudo/a no gravaba la cuota legítima de estos hijos del causante en mayor medida que la de los demás hijos. Esto era cierto, pues la parte del usufructo que excediese de un tercio recaía sobre la porción disponible. Pero también era cierto que el precepto discriminaba a ciertos hijos, por cuanto los distinguía de los demás. La igualdad de los hijos ante la Ley difícilmente admite distinciones efectuadas por la propia Ley. No hay distinción sin diferencia y, desde luego, esa distinción no favorecía a los hijos concebidos en determinadas circunstancias.

Si la sucesión se defería abintestato tenían que soportar el gravamen del usufructo sobre la mitad de la herencia, cuando los demás descendientes sólo soportaban el usufructo sobre un tercio del caudal. Pero, además, también en la sucesión testada había diferencias entre unos hijos y otros, pues también había de procederse en la sucesión de este tipo a verificar si el llamamiento experimentaba las mismas limitaciones o gravámenes que

experimentarían los llamamientos a otros hijos en el mismo supuesto. “Entonces es cuando comprobamos que las cosas suceden igual que en la intestada: unos hijos soportarán el usufructo de un tercio, y otros tendrán que soportar el usufructo de un medio” (MIQUEL).

Por tanto, distinción entre unos hijos y otros existía, su posible inconstitucionalidad era otra cuestión, que no fue planteada durante la vigencia del precepto.

La Ley 15/2005 suprime el párrafo 2.º del artículo 837 CC; por lo tanto, en la actualidad y, como ordena la Constitución, todos los hijos son iguales ante la Ley, en nuestro caso, en materia sucesoria, sin que tengamos que investigar cuándo y cómo fueron concebidos.

El artículo 840 CC se refería a los hijos del cónyuge difunto, concebidos en las circunstancias del artículo 837, 2.º, disponiendo que el cónyuge podía exigir que la parte del usufructo que gravase a estos hijos le fuera satisfecha, a elección de éstos, asignándoles un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios.

La actual redacción del citado precepto, el artículo 840 CC, se refiere a todos los hijos que lo sean sólo del causante, ya sean concebidos antes del matrimonio con el ahora viudo, ya hayan sido concebidos constante matrimonio entre ambos o bien sean hijos de matrimonios anteriores del causante. *Cuando el viudo/a concurre solamente con estos hijos, es decir, con hijos que sean solamente del causante y no existan hijos comunes, podrá exigir que el usufructo que grave la parte de los hijos, a elección de los hijos (y ya no del viudo/a), que su derecho le sea satisfecho asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios.*

3.º El artículo 945 del Código Civil

El artículo 945 CC, en su anterior redacción, que le fue dada por la Ley de 13 de mayo de 1981, afirmaba que no sería llamado el cónyuge como sucesor intestado si estuviera separado por sentencia firme o separado de hecho de mutuo acuerdo que constase fehacientemente.

Evidentemente, el precepto era injusto porque quedaba excluido de la sucesión intestada el cónyuge que estaba separado de hecho con los “deberes bien hechos”: mutuo acuerdo y constancia fehaciente del mismo; en cambio, conservaba los derechos como sucesor intestado el separado de hecho por abandono de familia, por ejemplo.

Por otra parte, salvo que existiera mutuo acuerdo y constancia fehaciente del mismo, aunque hubiera iniciado un pleito de separación, ambos cónyuges conservaban el derecho a la sucesión intestada hasta que recaía sentencia firme; por lo tanto, si uno de los cónyuges fallecía mientras es-

taba pendiente el pleito, el otro conservaba todos sus derechos en la sucesión intestada.

Todo ello planteaba problemas de coordinación con el artículo 835 CC, como acabamos de ver.

La nueva Ley ha resuelto también esta cuestión; el actual artículo 945 CC dice que el cónyuge separado de su consorte judicialmente o de hecho pierde cualquier derecho en la sucesión intestada de su consorte.

Desde luego, puede darse el caso de un pleito de separación iniciado, que no significa separación judicial hasta que recaiga sentencia firme, pero lo normal en tal supuesto es que los cónyuges estén separados de hecho durante la tramitación del proceso; debemos tener en cuenta que la sola presentación de la demanda de separación hace cesar la presunción de convivencia conyugal y, por lo tanto, mientras se tramita el pleito de separación se presumirá que los cónyuges están separados de hecho.

**LEY ORGÁNICA 1/2004,
DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS
DE PROTECCIÓN INTEGRAL
CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO**

**Especial referencia a su aplicación en los partidos judiciales
con varios Juzgados de Instrucción o de Primera Instancia
e Instrucción en los que uno de ellos asume los asuntos
asignados a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer,
compatibilizándolo con el resto de funciones (*)**

JESÚS MARTÍNEZ PURAS

*Magistrado del Juzgado de Primera Instancia
e Instrucción número 4
y de Violencia sobre la Mujer de Segovia*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MEDIDAS DE SENSIBILIZACIÓN, PREVENCIÓN Y DETECCIÓN. 3. DERECHOS DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. 4. TUTELA INSTITUCIONAL. 5. TUTELA JUDICIAL, PENAL Y CIVIL. 6. JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER. 6.1. Competencia en el orden penal. 6.1.1. *Materias y requisitos de sujeto activo y pasivo.* 6.1.2. *Procedimiento.* 6.1.3. *Recursos.* 6.1.4.

(*) Este estudio se ha escrito antes del 29-06-2005, fecha de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004.

Competencia funcional. 6.1.5. Competencia territorial. 6.1.6. Competencia por conexión. 6.2. Tiempo hábil para la actuación de los Juzgados de Violencia y su relación con lo que constituye servicio de Guardia a cargo de los Juzgados de Instrucción. 6.3. El refuerzo de la tutela penal. 6.4. Medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas. 6.4.1. Adopción. 6.4.2. Medidas judiciales en concreto. 6.4.3. Incumplimiento de medidas. 6.5. La orden de protección. 6.6. Competencia en el orden civil. 6.6.1. Asuntos y requisitos. 6.6.2. Pérdida de la competencia objetiva civil cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer. 7. DERECHO TRANSITORIO. 8. PROPUESTA DE COORDINACIÓN. 9. ANEXOS. 9.1. El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. 9.1.1. Introducción. 9.1.2. Ámbito de aplicación. 9.1.3. Actuaciones de la Policía Judicial. 9.1.4. Diligencias urgentes ante el Juzgado. 9.1.5. Fases posteriores del procedimiento. 9.1.6. Fase de preparación del juicio oral. 9.1.7. La conformidad. Requisitos, especialidades, el control de la conformidad, la sentencia de conformidad, la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad. 9.1.8. Desarrollo del juicio. Sentencia y su impugnación.

1. Introducción

La Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, introdujo el artículo 544 ter de la LECR y constituye el primer intento legislativo en nuestro país de atajar el problema de la violencia doméstica desde un planteamiento global, como mecanismo que unifica los distintos instrumentos de amparo y tutela de las víctimas de la llamada “violencia intrafamiliar”, de manera que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial a sustanciar ante el juez de instrucción, la víctima pueda obtener un estatuto integral de protección, adoptándose a través de una misma resolución medidas cautelares penales (alejamiento del agresor de la víctima, prohibición de comunicarse con ella, etc.) y civiles, relativas a la guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas, uso y disfrute del domicilio familiar, alimentos. Además de medidas de asistencia y protección social de la víctima. Mención especial merece también el Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, por el que se regula el Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, como sistema de información relativo a penas y medidas de seguridad impuestas en sentencias por delito o falta

y medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación.

Pero la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, se centra fundamentalmente en la protección de la mujer, en cuanto principal destinataria de esa violencia intrafamiliar por parte de los hombres, la llamada violencia de género, como símbolo más brutal de la desigualdad existente en la sociedad y que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, tales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación por razón de sexo. Y todo ello con el fin de prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.

La Ley Orgánica 1/2004 tiene por objeto actuar contra los actos que constituyan expresión de violencia de género, que comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad. El artículo 1 de la Ley señala que tiene por **objeto** actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligadas a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

2. Medidas de sensibilización, prevención y detección

La protección integral que se pretende otorgar a las víctimas de violencia de género arranca en **medidas de sensibilización, prevención y detección**, con el fin de prevenir la violencia de género y fomentar el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia y resolución pacífica de los conflictos, todo ello desde la perspectiva de las relaciones de género. La Ley pretende que aquellas medidas se desplieguen en tres ámbitos:

En el **ámbito educativo**, para que el sistema educativo español incluya entre sus fines la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, eliminando los obstáculos que dificulten esa plena igualdad. La formación de los alumnos, en todos los ámbitos y etapas educativas, para prevenir conflictos y para aprender a resolver de forma pacífica los mismos. Fomentando la igualdad entre hombres y mujeres, encargando a la Administración educativa para que en todos los materiales educativos se eliminen los estereotipos

sexistas y discriminatorios. Permitiendo al profesorado una formación inicial y permanente que incluya una formación específica en materia de igualdad, que les permita adquirir conocimientos y técnicas necesarias para transmitir a los alumnos el respeto a los derechos y libertades fundamentales, la igualdad entre hombres y mujeres, el ejercicio de la tolerancia y la resolución pacífica de conflictos en la vida personal, familiar y social. El artículo 5 de la Ley encarga a las Administraciones competentes que prevean la **escolarización inmediata de los hijos** que se vean afectados por un cambio de residencia derivada de actos de violencia de género.

En el *ámbito de la publicidad y los medios de comunicación*, al considerar ilícita la publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio, y encomendar a los medios de comunicación el fomento de la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombre y mujer, debiendo tener especial cuidado en el tratamiento gráfico de las informaciones sobre violencia de género.

En el *ámbito sanitario*, se encomienda a las administraciones sanitarias que promuevan e impulsen actuaciones de los profesionales sanitarios para que, a través de programas de sensibilización y formación y a través de su inclusión en los programas curriculares de licenciatura o diplomatura o especialización, detecten precozmente la violencia de género, la prevengan, asistan y apoyen a las víctimas de este tipo de violencia. Se prevé que en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud se constituya una Comisión contra la violencia de género que apoye técnicamente y oriente la planificación de las medidas sanitarias contempladas en la Ley, y evalúe y proponga las necesarias para la aplicación del protocolo sanitario de actuación ante la violencia de género.

3. Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género

El segundo plano de protección integral se despliega a través del reconocimiento de unos **derechos a las mujeres víctimas de la violencia de género** (arts. 17 a 28 de la Ley), con el fin de contribuir a hacer reales y efectivos los derechos constitucionales a la integridad física y moral, a la libertad y seguridad, y a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres víctimas de la violencia de género. Estos derechos son:

Derecho a la información.

Las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a recibir plena información y asesoramiento adecuado a su situación personal, a

través de los servicios, organismos u oficinas que puedan disponer las Administraciones Públicas.

Dicha información comprenderá las medidas contempladas en esta Ley relativas a su protección y seguridad, y los derechos y ayudas previstos en la misma, así como la referente al lugar de prestación de los servicios de atención, emergencia, apoyo y recuperación integral.

Derecho a la asistencia social integral.

La Ley recoge el derecho que asiste a las mujeres víctimas a recibir servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo, de acogida y de recuperación integral. Esa atención multidisciplinar implicará especialmente:

- a) Información a las víctimas.
- b) Atención psicológica.
- c) Apoyo social.
- d) Seguimiento de las reclamaciones de los derechos de la mujer.
- e) Apoyo educativo a la unidad familiar.
- f) Formación preventiva en los valores de igualdad dirigida a su desarrollo personal y a la adquisición de habilidades en la resolución no violenta de conflictos.
- g) Apoyo a la formación e inserción laboral.

Corresponde a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales la organización de estos servicios sociales, cooperando a su financiación la Administración general del Estado. Los servicios sociales actuarán de forma coordinada con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, los jueces de Violencia sobre la Mujer y los servicios sanitarios, así como con las instituciones encargadas de prestar asistencia jurídica a las víctimas. Podrán solicitar al juez las medidas urgentes que consideren necesarias.

También tendrán derecho a la asistencia social integral a través de estos servicios sociales **los menores** que se encuentren bajo la patria potestad o guarda y custodia de la persona agredida. A estos efectos, los servicios sociales deberán contar con personal específicamente formado para atender a los menores, con el fin de prevenir y evitar de forma eficaz las situaciones que puedan comportar daños psíquicos y físicos a los menores que viven en entornos familiares donde existe violencia de género.

Asistencia jurídica.

Las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a la **defensa y representación gratuitas** por abogado y procurador en todos los

procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa en la violencia padecida, siempre que acrediten que carecen de medios para litigar en los términos mínimos establecidos en la Ley de Asistencia Jurídica gratuita. Este derecho asiste también a los causahabientes de la víctima en caso de fallecimiento de ésta.

La Ley ordena que se garantice la defensa jurídica, gratuita y especializada, de forma inmediata a todas las mujeres víctimas que lo soliciten, sin esperar al reconocimiento a litigar de forma gratuita, sin perjuicio de que, si no se les reconoce con posterioridad el derecho, deban abonar al abogado los honorarios devengados por su intervención. La disposición final sexta de la Ley modifica el apartado 5 del artículo 3 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita para que en adelante disponga que “tampoco será necesario que las víctimas de violencia de género acrediten previamente carecer de recursos cuando soliciten defensa jurídica gratuita especializada, sin perjuicio de que, si no se les reconoce con posterioridad el derecho a la misma, éstas deban abonar al abogado los honorarios devengados por su intervención”.

De lo expuesto se desprende que a las víctimas de violencia de género se les debe informar del derecho a la asistencia jurídica gratuita, de designación inmediata, tan pronto como lo soliciten, pues la designación requiere de esa solicitud que mal se puede realizar si no se conoce ese derecho. Por eso, los cuerpos y fuerzas de seguridad, las oficinas de atención a la víctima y el propio Juzgado de guardia o de violencia deben informar de este derecho.

La Ley encomienda a los Colegios de Abogados la especialización de los abogados que actúen en el turno de oficio en estas materias y la adopción de las medidas necesarias para la designación urgente de letrado de oficio en los procedimientos que se sigan por violencia de género.

Derechos laborales y prestaciones de seguridad social de las mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género.

La Ley recoge una serie de derechos, y para su efectividad y coordinación con la normativa a la que afecta, en las disposiciones adicionales séptima, octava y novena, introduce modificaciones en la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en la Ley General de la Seguridad Social y en la Ley para la reforma de la Función Pública.

1. Para las trabajadoras por cuenta ajena, dispone el artículo 21 lo siguiente:

1. La trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reducción

o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo.

2. En los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social, la suspensión y la extinción del contrato de trabajo previstas en el apartado anterior darán lugar a situación legal de desempleo. El tiempo de suspensión se considerará como período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social y de desempleo.

3. Las empresas que formalicen contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido su contrato de trabajo, o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo. Cuando se produzca la reincorporación, ésta se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo.

4. Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad.

2. Para las trabajadoras autónomas o por cuenta propia, dispone el artículo 21-5 lo siguiente: A las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencia de género que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses, que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, su situación será considerada como asimilada al alta.

A los efectos de lo previsto en el párrafo anterior, se tomará una base de cotización equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar.

3. Para las mujeres funcionarias, los artículos 24 y 25 señalan lo siguiente: La funcionaria víctima de violencia de género tendrá derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica de centro de trabajo y a la excedencia en los términos que se determinen en su legislación específica.

Las ausencias totales o parciales al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género sufrida por una mujer funcionaria se considerarán justificadas en los términos que se determine en su legislación específica.

Derechos económicos.

Señala el artículo 27 de la Ley:

1. Cuando las víctimas de violencia de género careciesen de rentas superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, recibirán una **ayuda de pago único**, siempre que se presuma que debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, la víctima tendrá especiales dificultades para obtener un empleo y por dicha circunstancia no participará en los programas de empleo establecidos para su inserción profesional.

2. El importe de esta ayuda será equivalente al de seis meses de subsidio por desempleo. Cuando la víctima de la violencia ejercida contra la mujer tuviera reconocida oficialmente una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100, el importe sería equivalente a doce meses de subsidio por desempleo.

3. Estas ayudas, financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, serán concedidas por las Administraciones competentes en materia de servicios sociales. En la tramitación del procedimiento de concesión deberá incorporarse informe del Servicio Público de Empleo referido a la previsibilidad de que, por las circunstancias a las que se refiere el apartado 1 de este artículo, la aplicación del programa de empleo no incida de forma sustancial en la mejora de la empleabilidad de la víctima.

4. En el caso de que la víctima tenga responsabilidades familiares, su importe podrá alcanzar el de un período equivalente al de dieciocho meses de subsidio, o de veinticuatro meses si la víctima o alguno de los familiares que conviven con ella tiene reconocida oficialmente una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100, en los términos que establezcan las disposiciones de desarrollo de la presente Ley.

5. Estas ayudas serán compatibles con cualquiera de las previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.

Acceso a la vivienda y residencias públicas para mayores.

La Ley considera a las mujeres víctimas de violencia de género colectivos prioritarios a tal fin.

*** Para el reconocimiento de los derechos laborales, prestaciones de Seguridad Social y derechos económicos recogidos en la Ley es necesario que concurra una situación de violencia de género ejercida sobre la mujer de que se trate, lo que se acredita con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante de los derechos es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección (art. 23 de la Ley).**

4. Tutela institucional

La TUTELA INSTITUCIONAL se pretende otorgar a través de la creación de dos organismos administrativos (Delegación especial del Gobierno contra la Violencia sobre las Mujeres y el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer), la actuación de unidades especializadas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la elaboración por los poderes públicos de planes de colaboración y protocolos de actuación.

5. Tutela judicial, penal y civil

La Ley crea los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, como órganos judiciales de naturaleza penal especializados en materia de violencia de género, al que se atribuyen competencias civiles y penales. Crea la figura del fiscal contra la violencia de la mujer, que será nombrado por el fiscal general del Estado y actuará en su delegación; prevé la especialización de los fiscales en materia de violencia de género a través de su integración en las Secciones contra la violencia sobre la mujer que se creen en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales, así como en la Fiscalía de la Audiencia Nacional; se prevé que en cada Fiscalía se designe un delegado de la Jefatura de la Fiscalía, que asumirá las funciones de dirección y coordinación en materia de infracciones relacionadas con la violencia de género. Establece especialidades procedimentales tanto civiles como penales. Recoge un elenco de medidas judiciales penales y civiles de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género, e intensifica la tutela penal frente a la violencia doméstica y, en particular, frente a la violencia de género, dando nueva redacción al artículo 153, intensificando la protección de las lesiones, definiendo como delito las conductas constitutivas de amenazas y coacciones leves.

6. Juzgados de Violencia sobre la Mujer

Mediante la modificación de la LOPJ, de la Ley de Demarcación y Planta Judicial, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en las que se adicionan preceptos o se redactan de nuevo los ya existentes, se crean los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Estos Juzgados se prevé que existan en cada partido judicial y ejerzan en ese ámbito territorial sus competencias. En determinados partidos judiciales se han creado tales Juzgados, que ejercerán, de forma exclusiva y excluyente, las competencias que les atribuyen las leyes. Pero, por norma general, las competencias atribuidas al Juzgado de Violencia serán asumidas y ejercitadas por uno de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, o de Instrucción, de cada partido judicial, allí donde existan más de uno, habiendo correspondido por decisión del CGPJ a aquellos órganos judiciales que se hayan creado en último lugar, que compatibilizarán el conocimiento de los asuntos atribuidos al Juzgado de Violencia con el conocimiento de otras materias penales, o penales y civiles, que le vienen atribuidas como tal Juzgado de Instrucción, o de Primera Instancia e Instrucción, sin perjuicio de que se les exima de conocer de determinados asuntos o de una parte proporcional de todas las materias de que le corresponde conocer mediante acuerdo de la Junta de Jueces en cada caso, que luego apruebe la Sala de Gobierno respectiva. Obviamente, como señala la propia LO 1/2004, en aquellos partidos judiciales en que exista un solo Juzgado de primera Instancia e Instrucción será éste el que asuma el conocimiento de los asuntos atribuidos al Juzgado de Violencia.

Se trata de conseguir que tanto las causas penales en materia de violencia de género, como las civiles relacionadas con ella, sean conocidas en la primera instancia por un mismo órgano jurisdiccional especializado en la materia y perteneciente al orden jurisdiccional penal, que conocerá de los asuntos que le atribuye la Ley de conformidad con los procedimientos y recursos que establecen las Leyes de Enjuiciamiento Penal y Civil, con determinadas especialidades puntuales. Ello con el fin de dar una respuesta jurisdiccional integral al fenómeno de la violencia de género, para procurar la más adecuada y eficaz tutela de las víctimas, lo que ya se venía consiguiendo en parte con la publicación y aplicación de la Instrucción del CGPJ 3/2003, de 9 de abril (BOE de 15-4-03), sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica, que apuesta por la concentración en un solo Juzgado de Instrucción de las denuncias de violencia doméstica y de género, en beneficio de las víctimas.

6.1. Competencia en el orden jurisdiccional penal (arts. 87 ter de la LOPJ y 14 de la LECR).

6.1.1. *Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán:*

- a) De la **instrucción** de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a:

Homicidio (homicidio doloso; asesinato; homicidio por imprudencia grave, inducción y auxilio al suicidio).

Lesiones (dolosas e imprudentes, y el tipo específico de protección frente a los malos tratos en el ámbito doméstico, que se recoge en el art. 153).

Lesiones al feto (dolosas e imprudentes).

Delitos contra la libertad (detenciones ilegales; secuestros; amenazas y coacciones).

Delitos contra la integridad moral (trato degradante con menoscabo grave de la integridad moral; violencia física o psíquica habitual).

Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (agresiones sexuales, abusos sexuales, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y corrupción de menores).

Cualquier otro delito cometido con violencia e intimidación (por ejemplo, robo, robo y hurto de uso de vehículo; usurpación, extorsión).

En estos casos **es requisito necesario** para la atribución de la competencia al Juzgado de Violencia que el **sujeto pasivo o víctima** del delito de que se trate sea alguna de estas personas:

- Quien sea o haya sido la esposa del autor del hecho, o mujer que esté o haya estado ligada a dicho autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.
- Los descendientes propios del autor del delito o de la esposa o conviviente, o se cometa sobre los menores o incapaces que convivan con el autor, o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, *siempre que también se haya producido un acto de violencia de género.*

De esta forma, por ejemplo, el homicidio de un descendiente, sin haber mediado junto con él un acto de violencia de género con-

tra la esposa, la ex esposa, la compañera o la ex compañera, no será instruido por el Juzgado de Violencia, sino por el Juzgado de Instrucción ordinario del lugar de comisión del delito. La expresión, “también se haya producido un acto de violencia de género” debe entenderse en el sentido de que los delitos contra el descendiente y el acto de violencia de género contra la otra víctima (como todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad) se hayan producido más o menos en una misma unidad de acto, o de forma sucesiva, pero sin grandes lapsos de tiempo. En definitiva, que unos actos y otros estén relacionados entre sí no sólo por provenir del mismo autor (hombre), sino también por ser manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y las relaciones de poder del hombre sobre la mujer, excluyendo los comportamientos violentos en los que el sexo de la mujer víctima, la condición de mujer de ésta, sea algo accidental o irrelevante, y primen otras motivaciones como las de índole puramente patrimonial o profesional, siempre y cuando no se deduzca de los actos que también venían motivados por consideración de la mujer por parte del autor como un ser desigual o sin las mismas posibilidades y derechos que el hombre, que serían manifestación de la discriminación.

- b) De la **instrucción** de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier **delito contra los derechos y deberes familiares** [quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de los menores al abandono del domicilio; sustracción de menores; abandono de familia (como impago de pensiones), de menores e incapaces].
- c) De la **adopción** de las correspondientes *órdenes de protección* a las víctimas.
- d) Del **conocimiento y fallo de las faltas contra las personas y contra el patrimonio**.

En los supuestos de las letras b), c) y d), el sujeto pasivo del delito o víctima deben serlo también algunas de las personas a que se ha hecho referencia en el apartado a), pero con la especialidad de que cuando se trate de los descendientes, menores o incapaces ya no es necesario que también se haya producido un acto de violencia de género para que pueda conocer el Juzgado de Violencia, pues en estos casos la Ley lo único que dice es “cuando la víctima sea **alguna** de las personas señaladas como tales en la letra a)”. Aunque parezca un contrasentido con el objeto y finalidad de la Ley, pues en estos casos conocería el Juzgado de Violencia

sin necesidad de que concurra algún acto de violencia de género, lo cierto es que el legislador pudo haber añadido la misma coetilla del apartado a) en el resto de apartados, y no lo ha hecho; además, no tendría sentido que en el apartado a) no se hubiera hecho referencia también a los delitos contra los derechos y deberes familiares, en vez de dedicarles a ellos solos un apartado competencial, precisamente porque el sujeto pasivo primordial en ellos son los menores e incapaces.

Por supuesto, dentro del ámbito de su competencia, el Juzgado de Violencia sobre la mujer puede dictar **sentencias de conformidad** en los términos establecidos en el artículo 801 de la LECR, en relación con el artículo 787 de la misma Ley, por así venirle atribuida tal función de forma expresa y congruente por el artículo 14-3 de la LECR, modificado por la LO 1/2004.

El **SUJETO ACTIVO DEL HECHO** constitutivo de delito o de falta, EN TODOS LOS CASOS de atribución competencial al Juzgado de Violencia, ha de ser un hombre vinculado con las víctimas en la forma expuesta en el apartado a). Y ha de ser responsable criminalmente **a título de autor**, nunca como cómplice, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código Penal (autor material por sí solo, conjuntamente o por medio de otro del que se sirve como instrumento, el inductor y el cooperador necesario). Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 44-3 c) de la LO 1/2004. En este punto pueden suscitarse dudas sobre la competencia del Juzgado de Violencia para la instrucción de los procesos por delitos o faltas definidos cuando a su comisión concurren otras personas distintas mayores de edad penal, participando como autores o cómplices. Como lo que atribuye competencia objetiva es, ante todo, el hecho delictivo y la cualidad del sujeto pasivo y las manifestaciones discriminatorias y de desigualdad del acto de violencia de género, parece razonable que se instruya un único procedimiento ante el Juzgado de Violencia y en él queden imputados esos “terceros” partícipes en el hecho delictivo.

En cuanto al *iter criminis*, nada dice la Ley sobre el grado de ejecución de los delitos o sobre la competencia para conocer de las resoluciones manifestadas (conspiración, provocación y proposición), por lo que ha de entenderse que si el delito de que se trate es de resultado y se comete en grado de tentativa, o tiene expresamente previsto el castigo de las resoluciones manifestadas, también de ello deba conocer el Juzgado de Violencia sobre la mujer, no sólo cuando exista consumación.

También ha de entenderse que si un mismo hecho produce dos o más delitos, el Juzgado de Violencia tendrá competencia si uno de los delitos es de los comprendidos dentro de su ámbito de competencia y se den los requisitos de sujeto pasivo.

6.1.2. *Procedimiento.*

Tanto el artículo 87 ter de la LOPJ como el artículo 14 de la LECR establecen que los Juzgados de Violencia sobre la mujer ejercerán sus atribuciones en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En tal sentido, los Juzgados de Violencia instruirán las causas para las que tienen competencia, siempre que se den todos los requisitos para ello, de acuerdo con el **procedimiento** establecido para el enjuiciamiento del hecho por el **Tribunal del Jurado**, en la forma prevista en la LO 5/1995, de 22 de mayo (art. 1), cuando se trate del delito de **homicidio** a que se refieren los artículos 138 a 140 del Código Penal, siempre que el delito se haya **consumado** (si lo fuera en grado de tentativa, de conformidad con lo establecido en el art. 62 del CP y en el art. 757 de la LECR, se tendría que seguir el procedimiento ordinario o sumario, por ser la pena en abstracto prevista de prisión superior a nueve años), o si se comete un delito de **amenazas condicionales** a que se refiere el artículo 169-1 del Código Penal.

A través del **procedimiento ordinario o sumario**, en razón a la pena-lidad asignada al delito de que se trate (pena en abstracto privativa de libertad superior a nueve años), los Juzgados de Violencia instruirán las causas por los delitos de homicidio o asesinato en grado de tentativa; la cooperación al suicidio hasta el punto de ejecutar la muerte; las lesiones a que se refiere el artículo 149 del Código Penal; secuestro del artículo 164 del CP; las agresiones sexuales de los artículos 179 y 180 del CP.

El resto de causas por delito atribuidas al Juzgado de Violencia se tramitarán por el **procedimiento abreviado** (art. 757 de la LECR, para los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración) o por el **procedimiento de juicios rápidos** (arts. 795 y siguientes de la LECR), cuando se den los requisitos para la aplicabilidad de este procedimiento, a saber:

PRIMERO. Que se trate de hechos que pudieran ser constitutivos de **delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de CINCO AÑOS, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de DIEZ AÑOS, cualquiera que sea su cuantía.**

Con respecto a este requisito hay que decir que la pena asignada al delito que se ha de tener en cuenta es la pena en abstracto. También se debe tener en cuenta que el criterio de la pena asignada al delito no

siempre sirve para determinar el procedimiento penal aplicable (sumario, abreviado, rápido); existen determinados delitos que se deben instruir y enjuiciar con arreglo a la Ley reguladora del Tribunal del Jurado con independencia de la pena que tengan asignada (ej., omisión del deber de socorro; allanamiento de morada; incendios forestales; amenazas condicionales, etc.).

SEGUNDO. Que el proceso penal se incoe en virtud de atestado policial. Para que el Juzgado de Guardia incoe este procedimiento es necesario que tenga confeccionado y entregado un atestado policial, que sirve de arranque al procedimiento. Por tanto, no procedería incoar el procedimiento (*Diligencias Urgentes de Instrucción*) si la noticia *criminis* llega al Juzgado de guardia en virtud de denuncia directamente presentada en el Juzgado de Guardia, por presentación de una querella, deducciones de testimonio, etc.

TERCERO. Que la policía judicial haya detenido a una persona como presunta responsable del delito y la haya puesto a disposición del Juzgado de Guardia o que, aún sin detenerla o detenida inicialmente, pero puesta en libertad sin ponerla a disposición judicial, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de Guardia por tener la cualidad de denunciado en el atestado policial.

No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 796-4 de la LECR, introducido por la Ley Orgánica 15/2003, que señala que a los efectos de la aplicación del procedimiento de que hablamos, cuando la policía tuviera conocimiento de la comisión de un hecho incardinable en alguna de las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 795 de la LECR, respecto del cual, no habiendo sido detenido ni localizado el presunto responsable, fuere no obstante previsible su rápida identificación y localización, continuará las investigaciones iniciadas, que se harán constar en un único atestado, el cual se remitirá al Juzgado de Guardia tan pronto como el presunto responsable sea detenido o citado ante el Juzgado, y en cualquier caso dentro de los cinco días siguientes. En estos casos, la instrucción de la causa corresponderá en exclusiva al Juzgado de Guardia que haya recibido el atestado. Lo dispuesto se entiende sin perjuicio de la obligación de la policía de dar conocimiento inmediato al Juzgado de guardia y al Ministerio Fiscal de la comisión del hecho y de la continuación de las investigaciones para su debida constancia.

CUARTO. Que, **ADEMÁS DE TODOS LOS ANTERIORES REQUISITOS**, concurra **CUALQUIERA** de estas circunstancias:

1.^a Que se trate de **delitos flagrantes**, entendiendo por tal el que se estuviese cometiendo o se acabase de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se considera sorprendido en el acto aquel delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persigan. También se considera delincuente *in fraganti* a aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.

2.^a Que se trate de alguno de los siguientes **delitos**: Lesiones, coacciones, amenazas o violencia física habitual cometido contra las personas a que se refiere el artículo 173-2 del CP. Delito de hurto, delitos de robo, delitos de robo y hurto de uso de vehículos a motor; contra la seguridad del tráfico; delito de daños referido en el artículo 263 del CP; delitos contra la salud pública previstos en el artículo 368, inciso segundo del CP; delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del CP.

3.^a Que se trate de un hecho punible cuya **instrucción** se presuma que va a ser **sencilla**, porque sólo quepa practicar alguna o algunas de las diligencias urgentes de instrucción previstas legalmente y pueda llevarse a cabo su práctica dentro del servicio de guardia o, en todo caso, dentro de las setenta y dos horas siguientes a la finalización de la guardia si se prorrogase conforme a lo establecido en el artículo 799 de la LECR.

QUINTO. Que no sea procedente declarar el secreto de las actuaciones, conforme al artículo 302 de la LECR.

SEXTO. Que no exista conexidad delictiva entre delitos que pueden ser enjuiciados por el procedimiento rápido y otros que no entran dentro de su ámbito de aplicación.

Ya hemos dicho que el Juzgado de Violencia tiene competencia para conocer y enjuiciar las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, en atención a la víctima del hecho. Se aplicará el **procedimiento de juicio de faltas** establecido en la LECR (arts. 962 y siguientes), pero con la especialidad consistente en que **estos juicios de faltas serán rápidos**, siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 962, de manera que si los hechos constitutivos de falta de que pueda conocer el Juzgado de Violencia han sido puestos en conocimiento de la Policía Judicial, ésta es la que debe confeccionar el oportuno atestado y hacer las citaciones de

denunciante, denunciado, ofendidos y testigos para ante el Juzgado de Violencia, con las correspondientes advertencias legales, en el día o días y dentro de la franja horaria que al efecto se señale de forma coordinada. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 56 de la LO 1/2004, que adiciona un nuevo apartado cinco al artículo 962 de la LECR.

Por concretar la atribución de competencia en materia de faltas al Juzgado de Violencia, teniendo en cuenta la reforma penal a que más adelante se hará referencia, que afecta básicamente a las amenazas y coacciones leves, y siempre que la víctima sea alguna de las personas tantas veces mencionadas (esposa, ex esposa; pareja o ex pareja, aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor) y el acto o hecho constituya expresión de violencia de género, las faltas que podría enjuiciar el Juzgado de Violencia serían las siguientes:

- Falta de injurias o vejación injusta de carácter leve del artículo 620-2 del CP, que requiere la denuncia del agraviado o de su representante legal.
- Faltas de los artículos 618 y 619.
- Faltas imprudentes con resultado de muerte o lesiones constitutivas de delito del artículo 621.
- Falta del artículo 622, de infracción del régimen de custodia.
- Falta de hurto; sustracción de cosa propia de valor inferior a 400 euros, a que se refiere el artículo 236; sustracción de vehículo a motor o ciclomotor; estafa, apropiación indebida, defraudaciones de electricidad, gas... (art. 623).
- Falta de usurpación respecto del hecho castigado en los artículos 246 y 247.
- Falta de daños (art. 625).

Con respecto a las faltas contra el patrimonio, no tiene mucho sentido la atribución de competencia, y mucho menos que se haga en bloque a todo el título II del libro tercero, pues hay faltas contenidas en él que el sujeto pasivo nunca puede ser alguna de las personas protegidas contra la violencia de género. Además se ha de tener en cuenta la **excusa absoluta del artículo 268 del CP** respecto de las faltas patrimoniales, con la consiguiente exención de responsabilidad criminal y sujeción sólo a la responsabilidad civil de los hechos que se causen entre sí las personas mencionadas en tal precepto.

6.1.3. En materia de **recursos** contra las resoluciones que dicten los Juzgados de Violencia, serán los mismos previstos en la Ley que quepa interponer contra las resoluciones que dicten los Juzgados de Instrucción (reforma, apelación y queja) cuando instruyan o cuando enjuicien faltas.

Y dependiendo el tipo de procedimiento de que se trate, se seguirán los trámites correspondientes previstos para los recursos en la LECR. Ello es así porque la disposición final primera de la LO 1/2004 señala que todas las referencias y menciones contenidas en las leyes procesales penales a los jueces de Instrucción deben también entenderse referidas a los jueces de Violencia sobre la mujer en las materias propias de su competencia. En similares términos se pronuncia la disposición adicional duodécima. En consecuencia, en materia de recursos, **en referencia al procedimiento abreviado y a los juicios rápidos**, que serán los procedimientos de mayor aplicación, regirá lo siguiente (art. 766 LECR):

- Contra los Autos del juez de Instrucción, del juez de lo penal y del Juzgado de Violencia no exceptuados de recurso cabrá interponer **reforma y apelación**.
- Contra los Autos no apelables y que la Ley no disponga que no cabe recurso alguno, y contra las resoluciones que denieguen la admisión de la apelación cabe interponer **recurso de queja** (art. 218 de la LECR).
- La interposición de los recursos NO SUSPENDE EL CURSO DEL PROCEDIMIENTO, salvo que la Ley disponga otra cosa.
- La apelación puede interponerse subsidiariamente con el recurso de reforma o por separado. No es necesario interponer el recurso de reforma primeramente para poder interponer el recurso de apelación, como se exige en el procedimiento ordinario.
- El **recurso de reforma** se interpondrá por escrito, con firma de letrado (art. 221), aportando tantas copias como partes personadas. Si no presenta copias se le requiere para que las aporte en el plazo de una audiencia; si pese al requerimiento no se presentan las copias, se librarán por el secretario a costa del omitente (art. 762-5.^a). Se interpone ante el mismo juez que dictó la resolución recurrida, que será además quien lo resuelva previo traslado al Ministerio Fiscal y resto de partes personadas por término de dos días.
- Se interponga la apelación de forma separada o de forma subsidiaria con el de reforma, una vez admitido lo que se remite a la Audiencia provincial es un testimonio de particulares, no los Autos originales, que quedarán en el Juzgado; si bien de manera excepcional la Audiencia puede reclamar los originales para consulta, con obligación de devolverlos en el plazo de tres días.
- **Recurso de apelación contra Autos que se interpone por separado:**

Se interpone por escrito, con firma de letrado, aportando copias, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución

recurrida (Auto inicialmente recurrido en apelación o Auto resolutorio del recurso de reforma).

- En el escrito de recurso se deben exponer los motivos, se deben señalar los particulares que hayan de testimoniarse y se deben acompañar los documentos justificativos de las peticiones que se hagan.
- Admitido el recurso de apelación, se dará traslado a las demás partes personadas y al Ministerio Fiscal si no fuera el recurrente, por plazo común de cinco días, dentro de los cuales presentarán escrito en el que consten las alegaciones que quieran hacer, pudiendo señalar otros particulares que deban testimoniarse, pudiendo también presentar los documentos justificativos de sus pretensiones.
- Dentro de los dos días siguientes a haberse producido el traslado se remitirá a la Audiencia el testimonio de los particulares señalados, resolviendo la Audiencia el recurso en el plazo de cinco días.
- **Recurso de apelación interpuesto subsidiariamente con el de reforma:**

Si el Auto resolutorio del recurso de reforma es total o parcialmente desestimatorio, se admite el recurso de apelación subsidiario en la misma resolución que resuelve el de reforma y se da traslado al recurrente por plazo de cinco días para que formule alegaciones, designe particulares (aunque esto la Ley no lo dice) y pueda presentar documentos justificativos de sus pretensiones. Hecho esto, se da traslado al resto de partes personadas y al fiscal, si no es el recurrente, en los mismos términos que se han dicho antes.

Puede ocurrir que el Auto resolutorio del recurso de reforma sea estimatorio del recurso, en cuyo caso:

Si la estimación es total, el recurrente de reforma no podrá ni querrá recurrir en apelación, pues se han estimado sus pretensiones. Pero tal estimación puede que perjudique a la otra parte o partes, que estaba conforme con la resolución inicial recurrida en reforma; en este caso lo que podrá hacer es recurrir en apelación el Auto resolutorio del recurso de reforma.

Si la estimación es parcial, puede perjudicar al recurrente en reforma (que podrá hacer uso del recurso de apelación en lo que le perjudique) y puede perjudicar a otras partes (que deberán hacer uso del recurso de apelación).

Contra los **autos** que decreten, prorroguen o denieguen la **prisión provisional** o acuerden la libertad del imputado cabe

recurso de **apelación** en los términos establecidos en el artículo 766 de la LECR (art. 507 de la LECR), por lo que puede interponerse directamente o interponer previamente reforma. Goza de tramitación preferente y debe resolverse en el plazo máximo de treinta días. Puede solicitarse en el escrito de interposición la celebración de vista, que acordará la Audiencia respectiva en el caso de que lo recurrido sea el Auto que acuerda la prisión provisional.

6.1.4. Desde el punto de vista de la **COMPETENCIA FUNCIONAL**, las **Audiencias Provinciales** respectivas conocerán de los **recursos** que establezca la Ley contra las resoluciones en materia penal dictadas por los Juzgados de Violencia de la provincia, y de las **cuestiones de competencia** que se susciten entre Juzgados de Violencia de la provincia, o entre Juzgados de Violencia y Juzgados de Instrucción o Juzgados de Primera Instancia de la provincia. Conocerán también las Audiencias del **enjuiciamiento** en primera instancia de determinados asuntos instruidos por los Juzgados de Violencia (todos aquellos que no vengan atribuidos al Tribunal del Jurado o al Juzgado de lo Penal correspondiente; en este último caso, de conformidad con lo establecido en el art. 14-3 de la LECR, es decir, enjuiciamiento de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuvieran relacionados con aquéllos).

El artículo 45 de la LO 1/2004 adiciona un nuevo ordinal 4.º al artículo 82-1 de la LOPJ, que recoge las competencias de las Audiencias Provinciales, y prevé la especialización de una o varias secciones de las Audiencias para conocer de los recursos contra las resoluciones de los Juzgados de Violencia o para el enjuiciamiento en primera instancia de las causas que instruyan.

La Audiencia provincial que enjuicie hechos instruidos por el Juzgado de Violencia debe remitir a éste de forma inmediata testimonio de la sentencia que se dicte, con indicación de si la misma es o no firme (art. 53 de la LO 1/2004 y artículo 160 de la LECR). De la misma manera debe actuar el Juzgado de lo Penal, en las causas que enjuicie que hayan sido instruidas por el Juzgado de Violencia (art. 789-5 de la LECR, según redacción dada al mismo por el art. 55 de la LO 1/2004).

6.1.5. Competencia territorial.

El artículo 59 de la LO 1/2004 adiciona un nuevo artículo 15 bis en la LECR, que establece lo siguiente: “En el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la mujer, **la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima**, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos”.

Este nuevo fuero competencial rompe con el tradicional del lugar de comisión del delito como criterio preferente de atribución de competencia en materia penal (arts. 14 y 15 de la LECR). Trata de favorecer a las víctimas, para que estén próximas a la tutela jurisdiccional que se les trata de otorgar, pero sin duda va a conllevar el que de un mismo hecho, o con base en el mismo o mismos hechos presuntamente delictivos, puedan conocer varios órganos judiciales de distintos lugares y partidos judiciales. Así, por ejemplo, piénsese en un supuesto en que una pareja, hombre y mujer, casados o con análoga relación de afectividad, tienen su domicilio en Almería. Vienen a Segovia a pasar unos días de vacaciones y durante ellos se produce un acto de violencia de género. A consecuencia de ello interviene la policía, que detiene al hombre en Segovia y lo pone a disposición del Juzgado de Violencia de Segovia. Mientras, la mujer regresa de inmediato a Almería, para en Valladolid y allí solicita orden de protección ante el Juzgado de Guardia, con base en los hechos de Segovia. De estos hechos va a conocer el Juzgado de Violencia o el Juzgado de Guardia de Segovia, que tras practicar las diligencias urgentes como la regularización de la situación personal del detenido y la adopción de alguna medida cautelar de protección a la víctima, se inhibirá a favor del Juzgado de Violencia de Almería. Va a conocer este último Juzgado, que es el competente para la instrucción por ser el domicilio de la víctima. Va a conocer el Juzgado de Guardia de Valladolid, que es el competente para resolver la orden de protección por corresponder resolverla al órgano judicial del lugar donde se solicita y recepciona; por lo que la víctima, en definitiva, tiene la posibilidad de elegir el órgano judicial que le va a resolver la orden de protección, y si el fuero del domicilio se flexibiliza y se equipara a lugar de simple residencia, aun sin nota de habitualidad, como cuando a consecuencia del acto de violencia de género se produce un traslado de ciudad por parte de la víctima, entonces también podrá elegir de alguna manera el juez de Violencia que va a conocer penalmente del acto de violencia de género sufrido y, por extensión, derivado del mismo, de otros posibles procedimientos civiles atribuidos a su competencia.

6.1.6. Competencia por conexión.

El artículo 60 de la LO 1/2004 adiciona un nuevo artículo 17 bis en la LECR, que señala: “La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3.º y 4.º del artículo 17 de la presente Ley”. (Los números 3 y 4 consideran conexas los delitos y faltas cometidos como medio para perpetrar otros delitos, o facilitar su ejecución, y los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.)

Esta regla va a plantear en la práctica serios problemas de competencia cuando en una misma situación violenta se producen actos que constituyen violencia de género y actos que no lo son, bien porque sean actos violentos ordinarios o actos de violencia doméstica. Piénsese en el caso, no infrecuente, de una pelea doméstica durante la que el marido agrede a la mujer y ésta al marido. En teoría, según la Ley y la regla de competencia por conexión, el Juzgado de Violencia del domicilio de la víctima sólo tendría competencia para conocer de la agresión sufrida por la mujer que encarna un acto de violencia de género a que se refiere el artículo 1 de la LO 1/2004. En este caso, coherente con que el Juzgado de Violencia sólo conozca de aquellos asuntos en que concurre un acto de violencia de género, del otro acto producido en el mismo tiempo y lugar debería conocer el Juzgado de Instrucción correspondiente al lugar de comisión del hecho, lo que sin duda puede conducir a pronunciamientos distintos sobre una misma situación, como ocurre o puede ocurrir en los hechos en que intervienen personas mayores y personas menores de edad penal. En consecuencia, si es el Juzgado de Violencia quien primero conoce, debería remitir testimonio de las actuaciones al Juzgado Decano para que se reparta al Juzgado de Instrucción correspondiente y abra causa para instruir el hecho de violencia doméstica, que no de género (si se mantiene la actual norma de reparto letra D, se remitiría al Juzgado de Instrucción que tuviera antecedentes de otro hecho imputable al mismo autor contra integrantes del mismo núcleo familiar, si no puede celebrarse juicio rápido. Si puede celebrarse juicio rápido, entonces lo normal es que se remita al Juzgado que esté de guardia para que éste lo celebre, con independencia de que hay antecedentes previos o no). Si es el Juzgado de Guardia distinto del de violencia el que ha conocido del hecho, deberá remitir testimonio al Juzgado de Violencia para que éste conozca del acto constitutivo de violencia de género. Si el Juzgado de Guardia fuera el mismo Juzgado que asume las competencias del Juzgado de Violencia, entonces tendría que abrir dos diligencias penales, una por el hecho constitutivo de violencia

doméstica y otro por el hecho constitutivo de violencia de género. La Ley debería haber resuelto de forma más apropiada estos problemas, al igual que lo hizo la Ley del Tribunal del Jurado, pero no lo ha hecho, por lo que puede que haya problemas interpretativos con esta cuestión.

6.2. Tiempo hábil para la actuación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y su relación con lo que constituye objeto del servicio de Guardia a cargo de los Juzgados de Instrucción.

La Ley 1/2004 considera a los Juzgados de Violencia, o a aquellos órganos judiciales ya creados que asumen sus funciones y las compatibilizan con otras, como órganos de naturaleza penal. Les encomienda las más amplias funciones de instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal en los asuntos en los que les atribuye competencia. De hecho, la propia Ley señala que todas las referencias de las leyes de procedimiento penales que se hagan al juez de Instrucción deben entenderse realizadas al Juzgado de Violencia en las materias propias de su competencia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 184 de la LOPJ y 201 de la LECR, todos los días del año y todas las horas serán hábiles para la instrucción de las causas criminales, sin necesidad de habilitación especial. Esto significa que el Juzgado de Violencia puede actuar instruyendo en los asuntos de su competencia todos los días y horas del año, sin necesidad de habilitación especial. Pese a ello, la Ley 1/2004, a la hora de regular en ella o en otras leyes de procedimiento la cuestión del tiempo hábil para la actuación de los Juzgados de Violencia, no ha señalado si este Juzgado realizará o no guardias de permanencia o disponibilidad. No lo afirma, pero tampoco lo excluye, salvo en lo que se refiere a los Juicios Rápidos, que en su artículo 54 recoge especialidades al adicionar un nuevo artículo 797 bis a la LECR, en los siguientes términos:

1. En el supuesto de que la competencia corresponda al Juzgado de **Violencia** sobre la Mujer, las diligencias y resoluciones señaladas en los artículos anteriores deberán ser practicadas y adoptadas durante las **horas de audiencia**.

2. La Policía Judicial habrá de realizar las citaciones a que se refiere el artículo 796, ante el Juzgado de **Violencia** sobre la Mujer, en el día hábil más próximo, entre aquéllos que se fijen reglamentariamente.

No obstante, el detenido, si lo hubiere, habrá de ser puesto a disposición del Juzgado de Instrucción de Guardia, a los solos efectos de regularizar su situación personal, cuando no sea posible la presentación ante el Juzgado de **Violencia** sobre la Mujer que resulte competente.

3. Para la realización de las citaciones antes referidas, la Policía Judicial fijará el día y la hora de la comparecencia coordinadamente con el Juz-

gado de **Violencia** sobre la Mujer. A estos efectos, el Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictará los Reglamentos oportunos para asegurar esta coordinación.

Con arreglo a esta disposición, al menos en lo que se refiere a los juicios rápidos, los Juzgados de Violencia no ejercen funciones de guardia, pues todas las diligencias urgentes y resoluciones que deban adoptar en tal procedimiento los Juzgados de Violencia deberán practicarse en horas de audiencia, esto es, de las nueve a las catorce horas de la mañana y de lunes a viernes laborables, sin que sean hábiles a tal efecto los sábados, los domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y fiestas locales o autonómicas, de conformidad con lo establecido en el artículo 182 de la LOPJ.

Pero esa previsión para los juicios rápidos parece querer extenderse también a los demás procedimientos a través de los cuales el Juzgado de Violencia ejerza sus competencias penales, como lo demuestra el Acuerdo reglamentario 1/2005, de 27 de abril, del Pleno del CGPJ (BOE 7-5-2005), por el que se modifica el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales; es decir, **que su actuación se realice sólo en horas de audiencia**. En mi opinión, sin perjuicio de que las diligencias normales u ordinarias de instrucción se deban practicar en horas de audiencia, ello no impide que en determinados casos, cuando así lo requiera el buen fin de la instrucción, el Juzgado de Violencia pueda actuar fuera de las horas de audiencia. Piénsese, por ejemplo, en un homicidio del esposo sobre la esposa ocurrido a las diez de la noche; en teoría, quien intervendría en las primeras diligencias para la práctica de la inspección ocular, el levantamiento del cadáver, la autopsia... sería el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia, pero ello no impide que lo pueda hacer el Juzgado de Violencia, que en definitiva es quien va a tener competencia para la instrucción del caso. Claro que no habrá que plantearse estas cuestiones en aquellos supuestos en que el Juzgado de Violencia compatibilice las funciones de guardia como Juzgado de Instrucción que también sea.

Si aceptamos que el Juzgado de Violencia de cada partido judicial sólo va a actuar en funciones de instrucción en horas de audiencia y días hábiles, como norma general, entonces el Juzgado de Instrucción que en cada momento esté de guardia debe suplir la necesaria actuación de aquél en los asuntos que tiene atribuidos. De conformidad con lo establecido en los artículos 13, 14, 797 bis, 544 ter de la LECR, el artículo 87 ter de la LOPJ, y el Acuerdo reglamentario del CGPJ 1/2005, de 27 de abril, el Juzgado de Guardia deberá realizar en los asuntos atribuidos al Juzgado de Vio-

lencia, cuando éste no se encuentre en horas de audiencia y días hábiles, lo siguiente:

- Realización de las **primeras diligencias de instrucción urgentes o inaplazables** (entradas y registros, inspección ocular, levantamiento de cadáver, autopsia...).
- Adopción de **medidas cautelares de protección a la/s víctima/as del delito**, dentro de las cuales cabe englobar tanto las establecidas en el artículo 544 bis de la LECR como las recogidas en los artículos 62 y siguientes de la LO 1/2004, que pueden adoptarse de oficio aún sin haberse solicitado orden de protección (art. 61-2), con intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa.
- **Adopción de la orden de protección** regulada en el artículo 544 ter de la LECR, cuando se solicite y reciba fuera de las horas de audiencia del Juzgado de Violencia (tardes, fines de semana, días inhábiles durante la semana por ser festivos).
- **Regularización de la situación personal del detenido** por actos de violencia de género, puesto a disposición judicial fuera de las horas de audiencia del Juzgado de Violencia. Lo primero que habrá que hacer será recibirle declaración con asistencia letrada. A continuación, si el juez de guardia considera que procede la libertad sin fianza, lo acordará así, sin necesidad de convocar la comparecencia de prisión a que se refiere el artículo 505 de la LECR, tal y como señala el apartado primero de ese artículo. Pero si procediese, y así se hubiera instado por el Ministerio Fiscal o acusación particular personada, la prisión provisional, con o sin fianza, o la libertad provisional con fianza, entonces caben dos posibilidades: A) Que el juez de Guardia celebre la comparecencia del artículo 505 de la LECR y decida la medida restrictiva o privativa de libertad correspondiente. B) Que actúe en la forma prevista en el artículo 505-6 de la LECR, es decir, como el detenido puesto a su disposición lo es por hechos cuya instrucción compete al Juzgado de Violencia, puede ponerlo a disposición de este último, si se pudiere hacer, dentro del plazo de setenta y dos horas, para que sea el Juzgado de Violencia quien regularice de forma definitiva su situación personal. A tal fin, el Juzgado de Guardia debería, sin perjuicio de recibirle declaración, dictar Auto prorrogando su detención y ordenando su ingreso en centro penitenciario con señalamiento de día y hora en que deba ser trasladado a la sede judicial para ante el Juzgado de Violencia.

Una vez que el juez de Guardia practique todas o algunas de las actuaciones referidas –a cuyo fin habrá incoado las correspondientes actuaciones penales– deberá inhibirse al Juzgado de Violencia correspondiente al domicilio de la víctima y remitirle todo lo actuado. Si el Juzgado de Guardia ha acordado la prisión del imputado, lo mandará ingresar a disposición del Juzgado de Violencia competente. Si los hechos encajan dentro del procedimiento de juicios rápidos, y ya hay practicadas citaciones de perjudicados o testigos ante el Juzgado de Violencia, entonces es el propio juez de Guardia el que citará al detenido puesto en libertad y a su letrado defensor, en su caso, para ante el Juzgado de Violencia, a la misma hora y día en que estén citados los demás; si el imputado ha sido ingresado en prisión, el juez de Guardia mandará orden de traslado al centro penitenciario para ante el Juzgado de Violencia y dirigirá oficio a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad encargados de realizar tal traslado.

6.3. El refuerzo de la tutela penal.

Como la Ley refuerza la **TUTELA PENAL**, procede hacer unas breves referencias a cómo va a quedar el panorama penal de protección de las víctimas de violencia doméstica y de violencia de género cuando entre en vigor la referida tutela penal el próximo día 29-6-2005.

- Se da nueva redacción a los apartados 1, 6.^a, del artículo 83, apartado 3 del artículo 84, y apartado 1 del artículo 88, todos del Código Penal, relativos a la suspensión y sustitución de las penas.
- Se introducen dos apartados nuevos en el artículo 148 del CP, que contempla el tipo agravado del delito de lesiones, para considerar circunstancia que agrava el hecho que la víctima del delito de lesiones fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (menores, incapaces...).
- Se modifica el artículo 468 del CP para castigar con pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaran una pena de las contempladas en el artículo 48 del CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a que se refiere el artículo 173-2 del CP.
- Se da nueva redacción al artículo 153 del CP, para garantizar la protección frente a los malos tratos dentro del Título de las lesiones, que castiga con penas distintas según quienes sean las personas ofendidas por el delito:

El **apartado primero del artículo 153** castiga al que por cualquier medio o procedimiento causare a otro un menoscabo psíquico o una lesión no definidos en el Código como delito, o golpear o maltratar a otro sin causarle lesión.

El **sujeto pasivo** del delito ha de ser bien quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor del delito por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o bien una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (menores, incapaces, ancianos desvalidos u otras personas aún sin incapacitación). El sujeto **activo o autor** puede ser el hombre cuando el sujeto pasivo es la esposa o ex esposa, pareja o ex pareja, o persona especialmente vulnerable que con él conviva. Pero también puede serlo la mujer, en el caso de que el sujeto pasivo del delito lo sea una persona especialmente vulnerable que con ella conviva. Quedan fuera (¿?) de la sanción penal prevista en el apartado primero del artículo 153 los malos tratos de la mujer contra el hombre que sea cónyuge o ex cónyuge, pareja o ex pareja, que se sancionan en el apartado segundo del mismo artículo.

Las **penas** previstas en este apartado son:

Prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.

Privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años.

Si el juez o Tribunal lo estima adecuado al interés del menor o incapaz, la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57-2 del CP, se debe imponer al autor la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave (no es el caso del art. 153) o de cinco años si fuera menos grave (que es el caso del art. 153), es decir, la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o Tribunal.

El **apartado segundo del artículo 153** sanciona la misma conducta delictiva descrita en el apartado primero (maltrato psicológico o lesión no constitutivos de delito, golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión), pero en este caso el sujeto pasivo o víctima del delito ha de ser alguna de las personas a que se refiere el artículo 173-2 del CP, exceptuadas las referidas en el apartado primero, esto es:

1. Quien sea o haya sido cónyuge del agresor, o esté o haya estado ligado con él por análoga relación de afectividad aun sin convivencia (sujeto activo puede serlo la mujer respecto de su pareja víctima, sea ésta hombre o mujer, se hallen o no casados cuando se permita el matrimonio entre personas del mismo sexo; puede ser también sujeto activo el hombre, respecto de su pareja víctima también hombre, porque si la víctima fuera mujer entonces se aplica el apartado primero).

2. Descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios del agresor (que puede ser el hombre y la mujer) o del cónyuge o convivientes.

3. Menores o incapaces que con el agresor convivan, o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.

4. Persona amparada en otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de la convivencia familiar del agresor.

5. Personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidos a custodia o guarda en centros públicos o privados (por ejemplo, niños en guarderías o colegios, ancianos en asilos, menores en centros de protección; en estos casos el sujeto activo del delito o autor lo será el cuidador o guardador).

En los casos de los números 2, 3 y 4 se exige que el agresor tenga **convivencia** con la víctima, de manera que si un hermano maltrata a otro, pero no conviven, es un supuesto ajeno a la violencia doméstica y que no encaja en el artículo 153-2. (S o auto de la AP Segovia).

Las **penas** previstas son las mismas que para el apartado primero, con la diferencia de que la pena de prisión va de tres meses a un año, en vez de seis meses a un año.

Las **penas** previstas para los dos apartados **se deben imponer en su mitad superior (art. 70-2 del CP;** se halla la mitad superior trayendo del techo el suelo de la pena, y dividir el resto por dos; así, la pena de prisión de seis meses a un año, la mitad inferior irá de seis a nueve meses, y la mitad superior irá de nueve a doce meses; ver el art. 70-2 para el día o día multa, que los considera indivisibles y que actúen como unidades penológicas de más o de menos, según los casos) cuando concorra alguna o algunas de estas circunstancias:

- Que el delito se perpetre en presencia de menores.
- Utilizando armas.

- Tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima.
- Se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

Cabe la posibilidad de que el juez o Tribunal, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, imponga la **pena inferior en grado** (art. 70-1 del CP); se forma partiendo de la cifra mínima señalada para el delito de que se trate (en el caso del 153-1, la cifra mínima es seis meses de prisión) y se deduce de ésta la mitad de su cuantía (seis menos tres = tres meses). Tres meses será el límite mínimo de la nueva pena inferior en grado. El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trate (en el ejemplo, seis meses de prisión), reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena impuesta (lo que nos da cinco meses y veintinueve días de prisión, que es el límite máximo de la pena inferior en grado). Por eso, la pena inferior en grado irá de tres meses de prisión a cinco meses y veintinueve días.

El artículo 153 deja de castigar las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos.

— **Protección contra las amenazas:**

1. Se introduce un nuevo apartado 4 en el artículo 171 del CP para castigar con penas iguales a las señaladas en el artículo 153-1 las amenazas leves cuando el amenazado sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

2. Se introduce un nuevo apartado 5 del artículo 171 del CP para castigar con penas iguales a las señaladas en el artículo 153-2 las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos cuando el amenazado sea alguna de las personas a que se refiere el artículo 173-2 del CP.

En ambos casos se prevé que las penas se impongan en su mitad superior o que se pueda imponer la pena inferior en grado en los mismos supuestos contemplados en el artículo 153-3 y 4.

Las mismas consideraciones hechas sobre el sujeto pasivo y activo del hecho referidas al artículo 153 son aplicables a estos dos supuestos.

Con arreglo a esta reforma, cuando el sujeto pasivo de las amenazas sea esposa o ex esposa, pareja o ex pareja del autor o persona especialmente vulnerable que con él conviva, cualquiera que sea la entidad y modo de llevar a cabo esas amenazas, siempre serán constitutivas de delito y nunca de falta.

Sólo en el caso de que el sujeto pasivo de las amenazas leves sea alguna de las personas mencionadas en el artículo 173-2 del CP, distintas de las anteriores, serán constitutivas de falta del artículo 620-2 del CP si no se han empleado armas u otros instrumentos peligrosos.

Protección contra las *coacciones*:

Se añade un apartado 2 al artículo 172 del CP para castigar como delito, con las mismas penas señaladas en el artículo 153-1, las coacciones leves dirigidas contra quien sea o haya sido esposa o ex esposa del autor, o mujer con la que esté o haya estado ligado por análoga relación de afectividad aun sin convivencia.

Seguirá siendo falta la coacción leve cuando el sujeto pasivo sea alguna de las personas mencionadas en el artículo 173-2, si bien en estos casos la pena a imponer será la localización permanente de cuatro a ocho días (siempre en domicilio diferente y alejado de la víctima) o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. No es necesario para perseguir las amenazas o coacciones constitutivas de falta contra las personas del artículo 173-2 del CP la denuncia del agraviado o de su representante legal, excepto para la persecución de las injurias (nueva redacción del art. 620 del CP).

6.4. Medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas.

La LO 1/2004 recoge en los artículos 61 y siguientes todo un conjunto de medidas de carácter penal y civil tendentes a dar protección y seguridad a la/s víctima/as de violencia de género, medidas que declara compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se puedan adoptar en los procesos penales y civiles.

6.4.1. Adopción.

1. Pueden adoptarse **de oficio por el juez competente** (ha de entenderse por tal el juez de violencia o el juez de Instrucción en funciones de guardia que actúe en sustitución o suplencia del juez de violencia en procedimientos relacionados con la violencia de género). También pueden

adoptarse **a instancia de** las siguientes personas, a cuyo efecto deberán ser oportunamente informadas:

- Víctimas.
- Hijos de las víctimas o personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda y custodia.
- Ministerio Fiscal.
- Administración de la que dependan los servicios de atención o acogida de la víctima.

2. El juez debe pronunciarse sobre la pertinencia o no de su adopción, mediante **Auto motivado** en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad, que debe determinar el **plazo de duración** o vigencia de las medidas que se adopten.

3. La adopción debe ir precedida de una **comparecencia** presidida por los principios de contradicción, audiencia y defensa, en la que debe intervenir el Ministerio Fiscal, el imputado asistido de letrado y la víctima o su representante legal asistidos de letrado, designado de oficio si así lo hubiera solicitado. No hay inconveniente en que se acuerden como formando parte de la orden de protección que en su caso se dicte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 544 ter, apartado seis.

4. Las medidas que se adopten pueden mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen, mantenimiento que, de producirse, se debe hacer constar en la sentencia.

6.4.2. Medidas judiciales en concreto.

1. **Protección de la intimidad** de las víctimas de violencia de género, en especial de sus datos personales, de los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia.

2. Posibilidad de que el Juzgado competente acuerde, de oficio o a instancia de parte, que las **actuaciones sean reservadas** y que las **vistas se celebren a puerta cerrada**.

3. Posibilidad de ordenar la **salida obligatoria** del inculcado por violencia de género **del domicilio** en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, **con prohibición de volver al mismo**.

4. Posibilidad de autorizar a la víctima de violencia de género, con carácter excepcional, la **permuta del uso atribuido de la vivienda familiar** de la que sean copropietarios (se entiende la víctima y el autor de actos de violencia de género), por el uso de otra vivienda, durante el tiempo y en las condiciones que se determinen. Está prevista esta medida para cuando

exista traslado de domicilio de la víctima a raíz del acto de violencia de género.

5. **Medida de alejamiento** consistente en la posibilidad de prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, fijando una distancia mínima entre ambos que no se podrá rebasar, lo que impedirá al inculpado acercarse a la persona protegida en cualquier lugar donde se encuentre, a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella. Esta medida se puede adoptar aunque el inculpado afectado por la medida o la persona protegida hubieran abandonado previamente el lugar; es decir, aunque se prevea que no van a vivir en el mismo municipio o lugar, eso no impide la adopción de la medida de alejamiento que se adoptaría en sentido amplio (prohibición de acercarse a la víctima, sin más, en cualquier lugar donde se encuentre, siendo contraproducente indicar el domicilio –si es nuevo– de la víctima o su lugar de trabajo a estos efectos, pues contravendría la orden de protección de datos personales y daría pistas al agresor del lugar en que pueda encontrarse en cada momento la víctima). La Ley permite **la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada** para verificar de inmediato el incumplimiento de esta medida, sin perjuicio de ordenar a las fuerzas de seguridad la vigilancia del cumplimiento (el Ayuntamiento de Segovia presta el servicio “Teleasistencia móvil para víctimas de violencia de género”, por el cual se proporciona a la víctima un teléfono móvil con localizador GPS, pudiendo ser usuarias del mismo todas las mujeres víctimas de violencia de género, que no convivan con el agresor, y en cuyo favor se haya dictado orden de protección o medida de alejamiento, siempre que el juez no considere este servicio contraproducente para la seguridad de la víctima. Lleva esta cuestión el Departamento de Servicios Sociales, teléfono 921-460543 y fax 921-460544).

6. Posibilidad de **prohibir al inculpado toda clase de comunicación** con la víctima u otras personas que se indiquen (verbal, escrita, telefónica, informática...).

7. Posibilidad de **suspender al inculpado el ejercicio de la patria potestad o de la guarda o custodia**, respecto de los menores a que se refiera. Esta medida debe adoptarse con cautela y de forma excepcional, y no debe considerarse como un castigo al progenitor, sino como una medida adoptada en beneficio e interés del menor, cuando exista una situación de riesgo, se trate de apartarle de cualquier perjuicio o de evitarle algún mal, sobre todo cuando también haya sido víctima de delito o falta atribuido a su progenitor.

8. Posibilidad de **suspender las visitas del inculpado** por violencia de género respecto de sus **descendientes**, medida que deberá adoptarse con las mismas premisas vistas para la anterior.

9. Posibilidad de acordar la **suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas**, con la obligación de depositarlas en los términos establecidos en la normativa vigente. Obviamente, si existe una situación de riesgo, no se permitirá al inculpado que sea él el que las deposite o entregue, sino que se acordará su inmediata intervención por la Fuerzas de Seguridad y su depósito en la intervención de armas correspondiente.

Como la Ley declara la compatibilidad de estas medidas con otras previstas en las leyes y que se puedan adoptar en los procesos penales o civiles, hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 158 del Código Civil en relación con los menores y también lo establecido en **el artículo 544 bis de la LECR**. Con arreglo a este último precepto se pueden imponer al inculpado, en los supuestos previstos en el artículo 57 del CP (dentro de los cuales se pueden considerar incluidos los actos de violencia de género), las siguientes *medidas cautelares*:

— **Prohibición de residir** en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o Comunidad Autónoma.

— **Prohibición de acudir** a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas.

— **Prohibición de aproximarse o comunicarse** con determinadas personas.

Para su adopción hay que tener en cuenta la situación económica del inculpado, los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral.

6.4.3. Incumplimiento de las medidas adoptadas.

Lleva consigo dos consecuencias:

- A) La comisión de un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del CP, que se castiga con pena de prisión de seis meses a un año.
- B) La posibilidad de que se adopten otras medidas, como la prisión provisional en los términos del artículo 503, previa comparecencia del artículo 505 de la LECR; o la adopción de otras medidas que impliquen mayor limitación de la libertad personal del inculpado, cuando no proceda su privación (párrafo último del art. 544 bis de la LECR).

6.5. La orden de protección.

La Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, introdujo el artículo 544 ter de la LECR, que es donde se recoge en qué consiste. La LO 1/2004 hace referencia en innumerables ocasiones a ella, la asume como medida de protección de las víctimas de violencia de género en su artículo 62 y encomienda su adopción tanto al Juzgado de Violencia como al Juzgado de Instrucción.

La orden de protección tiene un ámbito más restringido que el establecido en la LO 1/2004, pero se integra perfectamente en ella. Tiene un ámbito más restringido en lo que se refiere a las medidas susceptibles de ser adoptadas a su través, lo que es sólo en teoría, pues ya hemos dicho que en la orden de protección que se dicte por actos de violencia de género pueden adoptarse todas las medidas de protección y seguridad establecidos en la LO 1/2004 que acabamos de analizar. Sin embargo, la orden de protección tiene un ámbito personal de protección de víctimas mayor que la LO 1/2004, pues se puede adoptar en todos los supuestos de violencia doméstica, no sólo de género, cuando las personas ofendidas sean algunas de las recogidas en el artículo 173-2 del CP.

Requisitos para su adopción.

1. Que existan indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, la integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas a que se refiere el artículo 173-2 del Código Penal, esto es:

1. Quien sea o haya sido cónyuge del agresor, o esté o haya estado ligado con él por análoga relación de afectividad aun sin convivencia (sujeto activo puede serlo la mujer respecto de su pareja víctima, sea ésta hombre o mujer, se hallen o no casados cuando se permita el matrimonio entre personas del mismo sexo; puede ser también sujeto activo el hombre, respecto de su pareja víctima también hombre, porque si la víctima fuera mujer entonces se aplica el apartado primero).

2. Descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios del agresor (que puede ser el hombre y la mujer) o del cónyuge o convivientes.

3. Menores o incapaces que con el agresor convivan, o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.

4. Persona amparada en otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de la convivencia familiar del agresor.

5. Personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidos a custodia o guarda en centros públicos o privados (por ej., niños en guarderías o colegios, ancianos en asilos, menores en centros de protección; en estos casos el sujeto activo del delito o autor lo será el cuidador o guardador).

2. Que resulte una **situación objetiva de riesgo** para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección.

3. Que **solicite** la orden de protección la víctima o cualquiera de las personas relacionadas con ella en la forma descrita anteriormente, o el Ministerio Fiscal. Los organismos o entidades asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de los hechos que dan lugar a la posibilidad de adoptar la orden deben ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal o del Juzgado a estos fines.

Cómo y ante quién se solicita.

Puede solicitarse directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, o en las oficinas de atención a las víctimas o en los servicios sociales o instituciones dependientes de las Administraciones Públicas, que deberán remitir inmediatamente la solicitud al juez competente. Esto debe ir precedido de un efectivo derecho a la información y de la facilitación a la víctima del modelo de solicitud o formulario impreso al efecto.

Juez competente.

Funcional y objetivamente puede serlo tanto el juez de Instrucción en funciones de Guardia, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer cuando se ha producido un acto de violencia de género y se trata de alguno de los asuntos penales atribuidos a su conocimiento. También puede ser competente para su adopción el juez de Instrucción, juez de lo penal y Tribunal encargado del enjuiciamiento que esté conociendo de un procedimiento penal en curso y surja una situación de riesgo para las personas protegidas, tal y como se deriva del apartado 11 del artículo 544 ter.

Territorialmente será competente el juez de Instrucción en funciones de guardia o el juez de Violencia en horas de audiencia ante el que se presente la solicitud o al que le sea remitida, con independencia de cuál sea el Juzgado competente para la instrucción (el del lugar de comisión del hecho en el caso de los Juzgados de Instrucción o el Juzgado de Violencia del domicilio de la víctima si éste asume competencia en el hecho).

Recepción de la solicitud y trámites posteriores.

Recibida la solicitud por el juez competente, éste convoca a una **AUDIENCIA** a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido de abogado, y al Ministerio Fiscal.

Dependiendo del tipo de procedimiento abierto, la audiencia se puede celebrar en el mismo acto de juicio de faltas; o en la comparecencia a que se refiere el artículo 798 de la LECR para los juicios rápidos, o con ocasión de la comparecencia de prisión provisional. También puede celebrarse de manera separada y autónoma, como un acto aislado del procedimiento, y siempre dentro de las setenta y dos horas siguientes a la formulación de la solicitud.

El juez debe evitar todo tipo de confrontación personal entre agresor y víctima y, a tal fin, puede oírles por separado.

En el acto de audiencia las partes y sus respectivos defensores, así como el Ministerio Fiscal, harán las alegaciones que tengan por convenientes e interesarán las medidas penales y civiles que entiendan adecuadas al caso.

Resolución de la orden de protección.

Se resuelve normalmente mediante **Auto motivado** que recoge las medidas penales y civiles que corresponda adoptar de entre las previstas legalmente, determinando el **plazo de su vigencia**, o decide no adoptar la orden de protección solicitada si no concurren los requisitos y presupuestos para ello. Contra esta resolución la Ley no indica la posibilidad de recurso, pero se ha de admitir que pueda interponerse el recurso de reforma y apelación.

Medidas penales.

Si se trata de víctimas de violencia de género podrán adoptarse dentro de la orden de protección todas las previstas en el ordenamiento jurídico (véanse las de los arts. 57 del CP y 544 bis); estas últimas se pueden adoptar en cualquier momento aunque no se haya solicitado orden de protección (medida de alejamiento con señalamiento de distancia mínima que debe guardar el agresor de la víctima; prohibición de comunicación; prohibición de acudir a determinados lugares, de residir en determinados lugares), además de las previstas en los artículos 62 y siguientes de la LO 1/2004. Si se trata de otras víctimas de violencia doméstica, se pueden adoptar las previstas en el ordenamiento jurídico antes referidas.

Medidas de asistencia y protección social.

Medidas civiles.

Su adopción requiere que sean solicitadas por la víctima o su representante legal, o por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o incapaces.

Es necesario también que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas contenidas en el artículo 158 del Código Civil de protección de los menores. Esto significa que, a través de la orden de protección, no se puede hacer perder la competencia del órgano judicial civil, para evitar que el juez civil que esté conociendo deje de hacerlo, o para modificar lo ya resuelto al hilo de un acto de violencia doméstica. Esto tiene como excepción el que se puedan adoptar a través de la orden de protección determinadas medidas en relación con los menores, porque a consecuencia del acto de violencia doméstica se haga precisa la adopción de una medida inmediata en su beneficio e interés, sin esperar a que resuelva el juez civil y sin tener que acudir al procedimiento civil de modificación de medidas ya adoptadas, aunque a continuación el juez penal remita al juez civil testimonio de todo lo actuado. Lo dicho al respecto queda relativizado cuando se trata de asuntos atribuidos a la competencia del Juzgado de Violencia, como luego veremos al hablar de las competencias civiles atribuidas a este Juzgado.

Tales medidas podrán consistir en:

- La atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar.
- Régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos (con posibilidad de utilizar los Puntos de Encuentro familiar allí donde existan).
- Régimen de prestación de alimentos en sentido amplio.
- Cualesquiera otras medidas que se consideren oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios.

Las medidas civiles tienen una vigencia temporal de treinta días. Dentro de este plazo debe iniciarse por la víctima o su representante legal el correspondiente procedimiento civil de familia, y en ese caso se mantienen las medidas acordadas, que pueden ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez civil, a cuyo fin formará pieza separada y convocará a las partes y al Ministerio Fiscal a una comparecencia que se celebrará en la forma dispuesta en el artículo 771 de la LEC.

Notificaciones y traslados de la orden de protección.

Se debe notificar a las partes y al Ministerio Fiscal.

Se debe comunicar inmediatamente, personalmente, mediante fax o por medios telemáticos, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otro orden. A fin de garantizar la coordinación, cada Comunidad Autónoma ha designado un punto de coordinación para la notificación de las órdenes de protección, que en el caso de Castilla y León es LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA MUJER, CONSEJERÍA DE FAMILIA E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES; c/ Francisco Suárez, 2, Valladolid (teléfono 983 412 289 y fax 983 412 293).

Además, la orden de protección se debe inscribir en el Registro Central para la protección de las víctimas de violencia doméstica. A tal fin se dictó el Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, por el que se regula el Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica (BOE de 25 de marzo), que ha sido modificado por Real Decreto 513/2005, de 9 de mayo (BOE de 19 de mayo), y que lo define como un sistema de información relativo a penas y medidas de seguridad (algo más, pues, que la orden de protección) impuestas en sentencia por delito o falta, y medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación contra alguna de las personas a que se refiere el artículo 73-2 del CP, y servir de fuente de información a órganos judiciales, Ministerio Fiscal, fuerzas de seguridad y administraciones públicas con competencia en la protección y asistencia de las víctimas de violencia doméstica. Se encomienda a los secretarios judiciales de cada órgano judicial la función de comunicar al Registro esa información.

6.6. Competencia del Juzgado de Violencia en el orden civil.

6.6.1. *El artículo 44-2 de la LO 1/2004 señala que los Juzgados de Violencia podrán conocer, de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la LEC, de los siguientes asuntos:*

- a) Los de filiación, maternidad y paternidad (arts. 764 y siguientes de la LEC).
- b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio (arts. 769 y siguientes de la LEC).
- c) Los que versen sobre relaciones paterno-filiales.
- d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.

e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores (art. 748-4.º de la LEC).

f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción (art. 781 de la LEC).

g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (arts. 779 y 780 de la LEC).

Pero para que el Juzgado de Violencia tenga competencia exclusiva y excluyente sobre estos asuntos es necesario que concurren de forma simultánea los siguientes requisitos:

— Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del artículo 44.

— Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.

— Que exista causa penal abierta ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, por delito o por falta, a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

El juez de violencia debe apreciar si los actos puestos en su conocimiento constituyen, de forma notoria, actos de violencia de género. Si no es así, inadmitirá la demanda civil o pretensión de que se trate y remitirá a la parte al órgano judicial competente.

En todos estos procedimientos rigen las disposiciones generales recogidas en los artículos 749 y siguientes de la LEC, sobre intervención preceptiva del Ministerio Fiscal; necesidad de postulación; indisponibilidad del objeto del proceso; especialidades en materia de prueba y tramitación; y las especiales previstas para cada tipo de pretensión.

6.6.2. Pérdida de la competencia objetiva civil cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer.

El artículo 57 de la LO 1/2004 adiciona un nuevo **artículo 49 bis a la LEC**. Este artículo contempla varios supuestos:

1. Juez civil de Primera Instancia que esté conociendo de un procedimiento civil de los que el artículo 87 ter de la LOPJ atribuye su conocimiento al Juzgado de Violencia, que constata que se dan los requisitos del artículo 87 ter 3 de la LOPJ para que la competencia del Juzgado de

Violencia sea exclusiva y excluyente, y que además tiene conocimiento de la comisión de un acto de violencia de género a que se refiere el artículo 1 de la LO 1/2004:

— Si el acto ha dado lugar a la incoación de un proceso penal o a la adopción de una orden de protección, en este caso **el juez civil ACORDARÁ LA INHIBICIÓN A FAVOR DEL JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER COMPETENTE, SALVO QUE SE HAYA INICIADO YA LA FASE DE JUICIO ORAL.**

— Si el acto no ha dado lugar a la iniciación de procedimiento penal o a la adopción de una orden de protección (expresión esta última que carece de sentido, pues la orden de protección se adopta siempre dentro de un procedimiento penal, pues para adoptarla tiene que haber indicios de comisión de un delito que se estará investigando a través de un procedimiento abierto); en este caso, **el juez civil citará a las partes y al Ministerio Fiscal a comparecencia**, que se celebrará en las veinticuatro horas siguientes con el fin de que el Ministerio Fiscal tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos ocurridos para, posteriormente, decidir si formula denuncia o solicita orden de protección ante el Juzgado de Violencia competente. Si se formula por el fiscal denuncia o se solicita orden de protección, el fiscal debe entregar copia al Tribunal civil, que seguirá conociendo del asunto hasta que sea requerido de inhibición por el Juzgado de Violencia competente.

En uno y otro caso el juez civil no debe dar traslado previo a las partes y al Ministerio Fiscal para ser oídas antes de acordar la inhibición, y **no se admitirá la declinatoria** por falta de competencia, debiendo la parte que sostenga la competencia del juzgado de violencia presentar testimonio de alguna de las resoluciones dictadas por dicho Juzgado que revelen la existencia de procedimiento penal por acto de violencia de género.

2. Juez de Violencia que esté conociendo de un procedimiento penal por acto de violencia de género y conozca de la existencia de un proceso civil relacionado con tal acto de los que tiene atribuida competencia, y además constata que concurren los requisitos del artículo 87 ter, número 3, de la LOPJ para conocer del procedimiento civil de manera exclusiva y excluyente. En este caso, debe **requerir de inhibición al juzgado civil**, que de inmediato acordará la inhibición y la remisión de los Autos. El requerimiento de inhibición se acompañará de testimonio de la incoación de diligencias previas o de juicio de faltas, del Auto de admisión de la querella o de la orden de protección adoptada.

7. Derecho transitorio

Las disposiciones primera y segunda de la LO 1/2004 señalan:

Que los procesos civiles o penales relacionados con la violencia de género que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de la Ley continuarán siendo competencia de los órganos que vinieran conociendo de los mismos hasta su conclusión por sentencia firme.

Que en tales procedimientos los Juzgados y Tribunales que estén conociendo de ellos podrán adoptar las medidas previstas en el capítulo IV del título V, de protección y seguridad de las víctimas.

8. Propuesta de coordinación

Ya vimos de qué manera se han asignado las competencias del Juzgado de Violencia a uno de los Juzgados de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción de cada partido judicial. Pero como aquellas competencias tienen que compatibilizarse con el resto que tienen asignadas como tales Juzgados, se hace de todo punto necesario establecer unas franjas horarias de actuación de tales Juzgados para conocer de los asuntos de violencia de género en cada uno de los días hábiles de la semana, pues en otro caso sería de todo punto imposible organizar y realizar mínimamente los señalamientos de otras materias civiles y penales, sobre todo en los Juzgados mixtos, para los que va a suponer una disfunción sin ningún género de dudas.

En tal sentido, se propone señalar una franja horaria cada día hábil de la semana para atender los asuntos de violencia de género, de manera que sólo en esa franja horaria se pueda conocer de esos asuntos (penales, fundamentalmente) para poder atender el resto de tiempo a las otras materias. Sería el siguiente:

Lunes: De 12,30 a 14,30 horas.

Martes: De 12,30 a 14,30 horas.

Miércoles: De 12,30 a 14,30 horas.

Jueves: De 12,30 a 14,30, y dentro de esta franja horaria se señalarán por la Policía los juicios de faltas rápidos de la competencia del Juzgado de Violencia.

Viernes: de 9,30 a 11,30 horas.

Todas las personas que deban acudir o ser citadas ante el Juzgado de Violencia el día de que se trate deberán hacerlo a la primera de las horas

de la franja horaria (12,30 ó 9,30), de la misma manera que el detenido o detenidos si los hubiera, que será/n puesto/s a disposición judicial en esa hora. Sólo de esta forma habrá mayores posibilidades de actuación dentro de las horas de audiencia, pues tiene que ser una excepción que la actuación rebase tales horas. Pero para ello es imprescindible que en esas franjas horarias exista presencia y plena disponibilidad, además de los componentes del órgano judicial, del Ministerio Fiscal; del médico forense; del abogado de oficio que deba asistir al imputado o a la víctima que haya solicitado su designación; del perito judicial; de quienes deban hacer funciones de intérprete. Si tenemos que esperar a unos u otros es imposible hacer nada medianamente bien en tan poco tiempo.

9. Anexos

9.1. Procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

9.1.1. El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos se regula como novedad dentro del título III, libro IV, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y fue introducido por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, que también modificó de forma amplia el procedimiento para el enjuiciamiento de las faltas y el procedimiento abreviado. Tal regulación ha sido objeto de una ulterior modificación por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, con ocasión de la modificación del Código Penal.

El precedente inmediato de los llamados juicios rápidos fue un procedimiento abreviadísimo regulado en el artículo 790-1 de la LECR dentro del procedimiento abreviado, introducido por una Ley de 1992. Dicho procedimiento tuvo escasa aplicación debido fundamentalmente a la falta de medios personales y materiales y a que la formulación de acusación inmediata, apertura del juicio oral y citación para el juicio se hacía depender de la concurrencia y apreciación por las partes acusadoras de circunstancias tales como la evidencia o flagrancia del hecho delictivo, la alarma social producida y la presencia del imputado. Y porque, en definitiva, su aplicación era más facultativa que obligatoria.

9.1.2. *Ámbito de aplicación.*

El artículo 795 de la LECR establece los requisitos para la aplicación del procedimiento para el enjuiciamiento rápido, a través del cual se instruyen y enjuician determinados hechos que revisten los caracteres de delito. Tales requisitos son los siguientes:

Primero. Que se trate de hechos que pudieran ser constitutivos de **delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de CINCO AÑOS**,

o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de DIEZ AÑOS, cualquiera que sea su cuantía.

Con respecto a este requisito hay que decir que la pena asignada al delito que se ha de tener en cuenta es la pena en abstracto. También se debe tener en cuenta que el criterio de la pena asignada al delito no siempre sirve para determinar el procedimiento penal aplicable (sumario, abreviado, rápido); existen determinados delitos que se deben instruir y enjuiciar con arreglo a la Ley reguladora del Tribunal del Jurado, con independencia de la pena que tengan asignada (por ej., omisión del deber de socorro; allanamiento de morada; incendios forestales; amenazas condicionales, etc.).

Segundo. Que el proceso penal se incoe en virtud de atestado policial.

Para que el Juzgado de Guardia incoe este procedimiento es necesario que tenga confeccionado y entregado un atestado policial, que sirve de arranque al procedimiento. Por tanto, no procedería incoar el procedimiento (Diligencias Urgentes de Instrucción) si la noticia *criminis* llega al Juzgado de Guardia en virtud de denuncia directamente presentada en el Juzgado de Guardia, por presentación de una querella, deducciones de testimonio, etc.

Tercero. Que la policía judicial haya detenido a una persona como presunta responsable del delito y la haya puesto a disposición del Juzgado de Guardia o que, aún sin detenerla o detenida inicialmente, pero puesta en libertad sin ponerla a disposición judicial, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de Guardia por tener la cualidad de denunciado en el atestado policial.

No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 796-4 de la LECR, introducido por la Ley Orgánica 15/2003, que señala que a los efectos de la aplicación del procedimiento de que hablamos, cuando la policía tuviera conocimiento de la comisión de un hecho incardinable en alguna de las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 795 de la LECR, respecto del cual, no habiendo sido detenido ni localizado el presunto responsable, fuere no obstante previsible su rápida identificación y localización, continuará las investigaciones iniciadas, que se harán constar en un único atestado, el cual se remitirá al Juzgado de Guardia tan pronto como el presunto responsable sea detenido o citado ante el Juzgado, y en cualquier caso dentro de los cinco días siguientes. En estos casos, la instrucción de la causa corresponderá en exclusiva al Juzgado de Guardia que haya recibido el atestado. Lo dispuesto se entiende sin perjuicio de la obligación de la policía de dar conocimiento inmediato al Juzgado de Guardia y al Ministerio Fiscal de la comisión del hecho y de la continuación de las investigaciones para su debida constancia.

Cuarto. Que, ADEMÁS DE TODOS LOS ANTERIORES REQUISITOS, concorra CUALQUIERA de estas circunstancias:

1.ª Que se trate de **delitos flagrantes**, entendiendo por tales los que se estuviesen cometiendo o se acabasen de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se considera sorprendido en el acto aquel delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persigan. También se considera delincuente *in fraganti* a aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos, instrumentos o vestigios, que permitan presumir su participación en él.

2.ª Que se trate de alguno de los siguientes **delitos**: Lesiones, coacciones, amenazas o violencia física habitual cometido contra las personas a que se refiere el artículo 173-2 del CP. Delito de hurto, delitos de robo, delitos de robo y hurto de uso de vehículos a motor; contra la seguridad del tráfico; delito de daños referido en el artículo 263 del CP; delitos contra la salud pública previstos en el artículo 368, inciso segundo del CP; delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del CP.

3.ª Que se trate de un hecho punible cuya **instrucción** se presuma que va a ser **sencilla**, porque sólo quepa practicar alguna o algunas de las diligencias urgentes de instrucción previstas legalmente y pueda llevarse a cabo su práctica dentro del servicio de guardia o, en todo caso, dentro de las setenta y dos horas siguientes a la finalización de la guardia, si se prorrogase conforme a lo establecido en el artículo 799 de la LECR.

Quinto. Que no sea procedente declarar el secreto de las actuaciones conforme al artículo 302 de la LECR.

Sexto. Que no exista conexidad delictiva entre delitos que pueden ser enjuiciados por el procedimiento rápido y otros que no entran dentro de su ámbito de aplicación.

9.1.3. Actuaciones de la Policía Judicial.

El procedimiento de enjuiciamiento rápido pretende que, a partir de una necesaria y previa actuación policial y la confección del oportuno atestado, determinados delitos sean instruidos de forma rápida y sencilla dentro del servicio de guardia a través de las llamadas Diligencias Urgentes; se pretende que esos delitos sean sentenciados mediante sentencia de conformidad dictada por el propio Juzgado de Guardia o, en otro caso, quede preparado su enjuiciamiento rápido ante el Juzgado de lo Penal, mediante el señalamiento que debe hacer el Juzgado de Guardia ante aquel Juzgado para que el enjuiciamiento se produzca dentro de los quince días siguientes.

La Ley atribuye a la Policía Judicial una labor de arranque del procedi-

miento, porque como se ha dicho ya sólo se incoa en virtud de atestado que debe llegar al Juzgado de Guardia debidamente identificado como atestado de juicio rápido. Para ello, la policía ha tenido que realizar de forma previa o simultánea a la confección del atestado varias labores, como son: A) La calificación penal certera o aproximada de los hechos para encuadrarlos dentro del tipo penal correspondiente y analizar la pena que tienen asignada, para ver si se trata de delitos cuya instrucción y enjuiciamiento se ha de hacer por juicio rápido. B) La identificación, detención y puesta a disposición o la citación ante el Juzgado de Guardia del presunto responsable mayor de dieciocho años. C) Comprobación de que se dan todos los demás requisitos necesarios para que entren en aplicación los juicios rápidos.

El artículo 796 de la LECR encomienda a la Policía Judicial la práctica de las siguientes diligencias, en el tiempo imprescindible o como máximo dentro del tiempo de la detención:

A) Puede recabar la presencia de cualquier facultativo o personal sanitario para prestar auxilio al ofendido por el delito, y les puede solicitar la entrega de copia del informe relativo a la asistencia prestada para su unión al atestado. Puede también recabar la presencia del médico forense cuando la persona que tuviese que ser reconocida no pudiese acercarse al Juzgado durante el servicio de guardia.

B) Informará al imputado –aunque no esté detenido– del derecho que le asiste a comparecer ante el Juzgado de Guardia asistido de abogado, recabando la designación de oficio del Colegio de Abogados si el imputado no ha manifestado su voluntad de comparecer con abogado de su elección. Si el imputado no detenido presta declaración en dependencias policiales debe hacerlo en presencia de letrado, y se le informará de forma clara y precisa de los hechos que se le imputan y de los derechos a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

C) Al imputado o denunciado no detenido que esté identificado debe citarlo la Policía ante el Juzgado de Guardia para que comparezca ante él en el día y hora que se les señale, debiendo apercibirle que, en caso de no comparecer ante el Juzgado de Guardia sin justa causa que se lo impida, el Juzgado puede ordenar su detención.

D) Debe citar a los testigos, perjudicados y ofendidos por el delito y responsables civiles para que comparezcan ante el Juzgado de Guardia determinado día y hora. Apercibirá a los testigos que su incomparecencia injustificada o su resistencia a declarar conllevará la imposición de una multa de 200 a 5.000 euros, y si persistiera en su resistencia será conducido por la fuerza y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia, y si se resistiere a declarar será perseguido por el delito de desobediencia grave a la autoridad. No obstante, la propia Ley señala que no es necesaria la citación como testigos de miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad que hubieren intervenido en el atestado cuando su declaración conste en el mismo.

E) La policía debe remitir las sustancias aprehendidas para su análisis al Instituto de Toxicología, de medicina legal o laboratorio correspondiente, quienes procederán de inmediato al análisis y remisión de resultados al Juzgado de Guardia antes de que finalice el servicio de guardia. La policía judicial tiene facultades para practicar por sí el análisis sin perjuicio del control judicial del mismo.

F) La policía requerirá al personal sanitario que practique análisis de sangre u otro análogo con ocasión de controles de alcoholemia para que remita los resultados al Juzgado de Guardia del modo más rápido posible.

G) La policía puede requerir la presencia de perito o servicio correspondiente para que emita informe sobre tasación de objetos, pudiendo emitirse el informe verbalmente ante el Juzgado de Guardia.

9.1.4. Diligencias urgentes ante el Juzgado de Guardia.

Recibido el atestado policial por juicio rápido en el Juzgado de Guardia, éste debe examinar si se dan los requisitos de aplicabilidad del procedimiento que estamos tratando. Si no concurren los requisitos incoará el procedimiento que sea adecuado (procedimiento abreviado, jurado, sumario, faltas). Si concurren todos los requisitos INCOARÁ DILIGENCIAS URGENTES por medio de Auto **no susceptible de recurso**, en el que:

A) Con carácter necesario, se acordará recibir declaración al detenido o imputado y recabar sus antecedentes penales, así como hacer el ofrecimiento de acciones al perjudicado.

B) Con carácter no necesario, si resultan pertinentes y precisas para la calificación jurídica de los hechos y el esclarecimiento de los mismos, acordará la práctica de todas o alguna de las siguientes diligencias —que se deben adoptar y practicar dentro del servicio de guardia del Juzgado de Instrucción o dentro de las setenta y dos horas siguientes a su finalización para el caso de prórroga, siempre que el atestado policial se haya recibido dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores al servicio de guardia:

- Recabar informes policiales solicitados por la policía, si no los ha recibido.
- Ordenar reconocimientos médico-forenses no practicados.
- Ordenar informes periciales sobre tasación de bienes u objetos no realizados antes.
- Tomar declaración a los testigos citados por la policía o de aquellas personas que fuera conveniente oír, a quienes se les puede citar incluso verbalmente.
- Practicar reconocimiento en rueda del imputado.
- Practicar careo entre testigos, entre testigos e imputados y entre imputados.
- Practicar cualquier otra diligencia de interés.

Todas las diligencias urgentes que se practiquen se harán **con la participación activa del Ministerio Fiscal**.

Dentro de este apartado merece especial atención la previsión contenida en el artículo 797-2 de la LECR, que recoge la llamada **prueba anticipada y preconstituida**. El Tribunal Constitucional tiene señalado (sentencia 209/2001) que en principio únicamente pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el acto del juicio oral, aunque se admite con carácter excepcional la validez de la prueba preconstituida, siempre que exista imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral, se haya practicado aquélla ante el juez instructor, se haya garantizado el principio de contradicción y defensa y aquella prueba se introduzca en el acto del juicio mediante su lectura o reproducción de la oportuna grabación. Siguiendo tales postulados, tanto en el procedimiento abreviado como en el presente de juicios rápidos se contempla esta prueba preconstituida, que exige como requisitos:

A) Que por razón de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo (piénsese en turistas extranjeros desplazados temporalmente, nacionales con domicilio muy distante del lugar de los hechos, enfermos graves), sea de temer que una prueba no se va a practicar en el acto del juicio oral o pueda motivar su suspensión.

B) Que la prueba se practique ante el juez de Instrucción de guardia y se asegure la contradicción y defensa, citando a tal efecto al imputado y su abogado defensor, Ministerio Fiscal y demás partes personadas.

C) Que la diligencia se documente en soporte apto para la grabación o reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el secretario, con expresión de los intervinientes. A efectos de valoración como prueba en sentencia, se debe instar la reproducción de lo grabado o la lectura literal del acta o diligencia en el acto del juicio oral.

9.1.5. Fases posteriores del procedimiento.

Practicadas las diligencias de investigación urgentes que hubieran sido acordadas, dispone el **artículo 798** de la LECR que **el juez de Guardia convoca a una comparecencia** a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, en la que el juez de Guardia les oír sobre la **suficiencia o no de las diligencias practicadas**.

En esta comparecencia, las partes acusadoras pueden solicitar la adopción de **medidas cautelares** contra el imputado o el responsable civil, sin perjuicio de las ya adoptadas. Así, por ejemplo, se pueden sustanciar y decidir sobre la situación personal del imputado (peticiones de prisión o libertad provisional, con o sin fianza; requerimientos para prestar fianzas). También en este trámite se sustancia la audiencia prevista en el artículo 544 ter de la LECR, para decidir sobre la solicitud de orden de protección a las víctimas de violencia doméstica. Contra el pronunciamiento del juez sobre medidas cautelares cabe recurso de reforma y apelación.

Practicada la anterior audiencia, el juez de Guardia dicta resolución a continuación, en unidad de acto, que puede ser del siguiente tenor:

A) Si considera **suficientes** las diligencias practicadas, dicta Auto en forma oral, no susceptible de recurso y del que se deja constancia en el propio Acta, por el que ordena seguir el procedimiento del capítulo IV para la preparación del juicio oral.

B) Puede el juez de Guardia dictar Auto escrito (susceptible de recurso de reforma y/o apelación) con alguno de los siguientes contenidos:

— **Sobreseimiento libre**, por considerar que el hecho no es constitutivo de infracción penal (art. 637-2 de la LECR).

— **Sobreseimiento provisional**, por no estar debidamente acreditada la perpetración del delito o la participación en el mismo del imputado (art. 641-1 y 2).

— Considerar que el hecho es constitutivo de **falta**, en cuyo caso remitirá las actuaciones al juez competente si no le correspondiera su enjuiciamiento. Si le corresponde al propio juez de Guardia, procederá a su enjuiciamiento inmediato, conforme a lo previsto en el artículo 963.

— Si la competencia para el conocimiento del hecho viene atribuida a la **jurisdicción militar**, se inhibirá a favor del órgano competente.

— Si todos los imputados son **menores de edad penal**, dará traslado de todo lo actuado a la Fiscalía de Menores correspondiente.

C) Si el juez de Guardia considera **insuficientes** las diligencias practicadas, entonces ordenará motivadamente que el procedimiento continúe como diligencias previas del procedimiento abreviado, señalando las diligencias de instrucción que es preciso practicar e incoando el correspondiente procedimiento.

9.1.6. Fase de preparación del juicio oral (arts. 800 y 801).

Si el juez de Guardia ha acordado continuar el procedimiento, a continuación oír al Ministerio Fiscal y partes personadas (entre ellas, el imputado, que ha de estar presente junto con abogado que le asista de su elección o designado de oficio) para que se pronuncien sobre si procede la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de la causa, y para que soliciten o se ratifiquen en lo solicitado sobre adopción de medidas cautelares. Después de oírles puede ocurrir:

— Si el Ministerio Fiscal y las acusaciones personadas solicitan el sobreseimiento libre o provisional, el juez de Guardia queda vinculado por esta petición y debe acordar el sobreseimiento que proceda por medio de Auto escrito. Sin embargo, no se acordará el sobreseimiento en los supuestos de

los números 1, 2, 3 y 5 del artículo 20 del Código Penal, en cuyo caso se devuelven las actuaciones a las partes acusadoras para calificación, continuando el juicio hasta sentencia a los efectos de imponer medidas de seguridad y enjuiciar en su caso la acción civil derivada del hecho delictivo.

— Si el Ministerio Fiscal y/o alguna de las acusaciones particulares personadas solicitan la apertura del juicio oral y el juez de Guardia entiende que es procedente, entonces dicta Auto oral motivado que se documenta en el propio acta por el que se acuerda la apertura del juicio oral, contra el que no cabe recurso.

Abierto el juicio oral:

— Si no se hubiera constituido acusación particular, el Ministerio Fiscal presentará **en el acto** su escrito de acusación o formulará ésta oralmente. El acusado presente, asistido de abogado, puede prestar conformidad, en cuyo caso se siguen los trámites previstos en el artículo 801 de la LECR, del que luego hablaremos. Si el acusado no muestra conformidad, la defensa presentará de forma inmediata escrito de defensa o formulará ésta oralmente, concluyendo el acto con **el señalamiento de juicio oral ante el Juzgado de lo Penal**, con citación de las partes para el día y hora que se señale. No obstante, si la defensa solicita un plazo para presentar el escrito de defensa, el juez de Guardia lo concederá para que lo presente en el plazo de cinco días ante el Juzgado de lo Penal; esto, sin embargo, no impide el que el juez de Guardia deba hacer igualmente el señalamiento ante el Juzgado de lo Penal, con citación de las partes y terceros responsables civiles para ante el mismo, **haciendo también las citaciones de personas propuestas por el Ministerio Fiscal y demás partes que interesen deban intervenir en el juicio como peritos o testigos, sin perjuicio de la decisión que sobre admisión de pruebas adopte el Juzgado de lo Penal**. El señalamiento se hará en el plazo más breve posible, **dentro de los quince días siguientes**. Para realizar estos señalamientos ante el Juzgado de lo Penal, éste y el Juzgado de Guardia deben estar debidamente **coordinados** a través de una agenda programada de señalamientos.

— Si concurren el Ministerio Fiscal y acusación particular personada que ha solicitado la apertura de juicio oral, entonces el juez de Guardia les emplaza en el acto para que presenten escrito de acusación en el plazo improrrogable de dos días. Presentado escrito de acusación, entonces se convoca de nuevo a todas las partes y se da traslado de la acusación al acusado asistido de abogado. A partir de aquí el trámite es idéntico al narrado anteriormente para cuando sólo el Ministerio Fiscal está constituido en acusación particular.

— Si el **Ministerio Fiscal no presenta acusación** una vez abierto el juicio oral, el juez de Guardia debe emplazar al perjudicado que no se haya mostrado parte para que en el plazo de quince días pueda comparecer en el proceso mediante abogado y procurador a defender su acción. Además, el juez

de Guardia requerirá inmediatamente al superior jerárquico del fiscal para que, en el plazo de dos días, presente el escrito que proceda. Si el superior jerárquico no presenta escrito, se entenderá que considera procedente el sobreseimiento libre.

9.1.7. *Especialidades de la conformidad.*

El artículo 801 de la LECR, en relación con el artículo 87 de la LOPJ, atribuyen al juez de Instrucción en funciones de guardia la competencia para dictar sentencias de conformidad en causas por delito, imponiendo la pena solicitada reducida en un tercio y resolviendo también sobre la suspensión o sustitución de la pena impuesta si es privativa de libertad. Esta nueva competencia atribuida por la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, no infringe el derecho constitucional al juez imparcial, que queda vulnerado cuando las facultades de instrucción y enjuiciamiento se concentran en un mismo Tribunal. Y ello porque el juez de Instrucción en funciones de Guardia, que dicta la sentencia de conformidad, se limita a controlar la legalidad de tal conformidad, reproduciendo en la sentencia como hechos probados los que hayan sido aceptados por todas las partes y muestra conformidad con ellos el acusado e imponiendo la pena solicitada y conformada reducida en un tercio, de manera que no lleva a cabo un verdadero enjuiciamiento ni valora pruebas para narrar los hechos delictivos probados y atribuir su autoría al acusado.

Para que la conformidad prestada por el acusado ante el juez de Instrucción en funciones de Guardia conlleve el dictado por éste de una sentencia de conformidad es necesario (art. 801):

1.º Que no se hubiera constituido acusación particular y el Ministerio Fiscal hubiera solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada, hubiera presentado en el acto escrito de acusación.

2.º Que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de **hasta tres años de prisión**, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de diez años.

3.º Que, tratándose de pena privativa de libertad, **la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión.**

Pero antes de que el juez de Guardia dicte la sentencia de conformidad, concurriendo tales requisitos, debe realizar un **control de la conformidad** de acuerdo con el **artículo 787** de la LECR. De este control debe resultar, para poder dictar sentencia de conformidad, lo siguiente:

— La conformidad ha de ser total. Ha de afectar a los hechos, su calificación jurídica y a la pena solicitada, y también a la responsabilidad civil exi-

gida, tanto frente al acusado como frente a terceros civiles responsables, debiendo éstos mostrar también su conformidad. No caben conformidades parciales ni condicionales.

— Una vez que la defensa del acusado ha manifestado oralmente o por escrito su conformidad, el secretario debe informar al acusado de las consecuencias de su conformidad. Tras esto, el juez oye al acusado acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con pleno conocimiento de sus consecuencias, a cuyo fin le requiere para que de forma expresa manifieste su conformidad. Si el acusado responde afirmativamente, el juez dictará sentencia de conformidad, salvo que albergue dudas sobre si el acusado ha prestado libremente aquélla, en cuyo caso mandará continuar el juicio. También mandará el juez la continuación del juicio cuando, no obstante la conformidad del acusado, su defensor lo estime necesario y el juez estime fundada su petición.

— El juez de Guardia ha de realizar un **control de legalidad de la calificación** a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes. El juez queda vinculado por los hechos y, a partir de ellos, debe valorar si la calificación de tales hechos es correcta por haber sido subsumidos en el tipo penal correspondiente. Además, el juez de Guardia (al igual que cuando le corresponde el juez de lo Penal) debe hacer un control de legalidad de la pena solicitada, es decir, que está entre las previstas en el Código Penal para el delito calificado correctamente. En el caso de que el juez entienda que la pena solicitada no es la legalmente prevista o considere incorrecta la calificación formulada, requerirá a la parte que haya presentado el escrito de calificación más grave para que manifieste si se ratifica en él o no. Si la parte lo rectifica y la calificación y la pena modificadas son correctas desde el punto de vista legal, el juez dictará sentencia de conformidad siempre que el acusado la haya prestado de nuevo a la vista de las modificaciones realizadas. En otro caso, si por el juez o las acusaciones se mantienen discrepancias al respecto, procederá la continuación del juicio ante el Juzgado de lo Penal.

Si hubiera acusación particular en la causa, el acusado podrá, en su escrito de defensa, prestar conformidad con la más grave de las acusaciones formuladas.

La sentencia de conformidad recogerá como hechos probados los aceptados por todas las partes. En la fundamentación jurídica recogerá la calificación de tales hechos, la autoría, la pena a imponer y, en su caso, la responsabilidad civil que resulte del delito. El fallo de la sentencia impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aún cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal.

Si el fiscal y las partes personadas manifestaran su decisión de no recurrir la sentencia de conformidad, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia, que ha sido dictada oralmente sin perjuicio de

su documentación en el acta y su ulterior redacción. La sentencia de conformidad únicamente será recurrible cuando no haya respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada.

Si la pena impuesta es privativa de libertad, el juez de Guardia debe resolver sobre su suspensión o sustitución previa audiencia de las partes, en los términos previstos en el Código Penal, debiendo tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 801-3 de la LECR.

Dictada la sentencia de conformidad firme, el juez de Guardia acordará lo procedente sobre la puesta en libertad o el ingreso en prisión del condenado y realizará los requerimientos que de ella se deriven (pago de multas, entrega de permiso de conducir, etc.), remitiendo seguidamente las actuaciones junto con la sentencia redactada al Juzgado de lo Penal que corresponda, que continuará la ejecución.

Suspensión de las penas privativas de libertad.

Requisitos (art. 81 CP):

- Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados o debieran serlo, con arreglo a lo establecido en el artículo 136 del CP.
- Que la pena impuesta, o la suma de las impuestas en sentencia firme, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.
- Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieran originado, salvo que el juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas. Pero en los casos de sentencias de conformidad, según el artículo 801-3 de la LECR, **basta con el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles** que se hubieren originado en el plazo prudencial que el Juzgado fije.

Tiempo de la suspensión.

Será de dos a cinco años.

CONDICIONES PARA EL MANTENIMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO:

1. Que **el reo no delinca en el plazo de suspensión**. Si delinquiera, la consecuencia sería que el juez o Tribunal revocaría la suspensión de la ejecución de la pena.

2. Si la pena suspendida fuese de prisión, y se tratase de **delitos relacionados con la violencia de género (art. 83 del CP)**, el juez o Tribunal debe condicionar en todo caso la suspensión al cumplimiento de las siguientes obligaciones o deberes:

1.º *Prohibición de acudir a determinados lugares.*

2.º *Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos.*

3.º *Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.*

El **incumplimiento** por parte del reo de estos deberes conllevará la revocación de la suspensión de la pena.

3. En los demás casos en que la pena suspendida fuera la de prisión, el juez o Tribunal puede condicionar también la suspensión al cumplimiento de las obligaciones relacionadas con anterioridad para la violencia de género y, además, los siguientes:

— *Prohibición de ausentarse sin autorización del lugar donde resida.*

— *Comparecer personalmente ante el Juzgado o servicio de la Administración que se señale para informar de sus actividades y justificarlas.*

— *Cumplir los demás deberes que se señalen al penado para su rehabilitación que no atenten a su dignidad.*

El **incumplimiento** de estos deberes puede conllevar la sustitución de la regla de conducta impuesta por otra, prorrogar el plazo de suspensión sin que pueda exceder de cinco años, revocar la suspensión si el incumplimiento fuera reiterado (art. 84).

Supuesto especial del artículo 87 del CP en relación con el artículo 801-3 de la LECR.

Se puede acordar la suspensión, aunque el penado no haya sido la primera vez que delinque o la pena privativa de libertad sea superior a dos años e inferior a cinco, cuando el penado hubiera cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a las sustancias señaladas en el número 2 del artículo 20 del CP (alcohol, drogas), bastando para aceptar la conformidad y suspender la pena privativa de libertad impuesta el compromiso del acusado de obtener dicha certificación en el plazo prudencial que el Juzgado fije.

Sustitución de las penas privativas de libertad (arts. 88 y 89 del CP).

Supuesto general.

Cabe la posibilidad de que en la misma sentencia o en auto motivado posterior, previa audiencia de las partes, los jueces o Tribunales puedan **sustituir las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad**, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate.

El acuerdo de sustitución debe venir aconsejado por las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado.

No ha de tratarse de un reo habitual, siendo éste el que hubiere cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello (art. 94 del CP).

La sustitución consistirá en lo siguiente: **Cada día de prisión se sustituirá por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo.**

Adicionalmente el juez o tribunal puede imponer al penado la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes a que se refiere el artículo 83 del CP, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustitutiva, siempre que tales obligaciones o deberes no vinieran impuestas en la sentencia.

Supuestos especiales.

1. Se pueden también sustituir las **penas de prisión que no excedan de dos años**, de la misma manera que en el supuesto general, a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social.

2. Si el reo hubiera sido **condenado por un delito relacionado con la violencia de género**, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad, y además el juez o tribunal debe imponer la sujeción del reo a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico y la observancia de las obligaciones o deberes de prohibición de acudir a determinados lugares o de aproximarse a la víctima o comunicarse con ella o los familiares que indique el juez.

En caso de **incumplimiento** de todo o de parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte del tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras.

Penas privativas de libertad impuestas a un extranjero no residente legal en España (art. 89).

Al extranjero no residente legal en España que fuera condenado a pena privativa de libertad inferior a seis años no le es de aplicación lo dispuesto sobre la suspensión y sustitución de las penas en los artículos 80, 81 y 87 del CP.

Ello es así porque el artículo 89 señala que las penas de libertad referidas serán sustituidas en la sentencia por su **expulsión del territorio español**, salvo que excepcionalmente se aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en España. No obstante, se ha de tener en cuenta si el extranjero se encuentra tramitando los papeles para su regularización, en cuyo caso puede no acordarse la medida.

Si la expulsión no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, con lo que, en caso de sentencia de conformidad, la consecuencia sería que el juez de Guardia o el juez de Violencia ordenarían el inmediato ingreso en prisión del condenado a disposición del Juzgado de lo Penal encargado de la ejecución de la pena.

9.1.8. Desarrollo del juicio y sentencia.

El juicio oral se desarrollará en los términos previstos por los artículos 786 a 788. Hacer aquí una breve referencia a lo que se debe decir en el tema anterior.

En el caso de que, por motivo justo, no pueda celebrarse el juicio oral en el día señalado o de que no pueda concluirse en un solo acto, el juez señalará para su celebración o continuación el día más inmediato posible y, en todo caso, dentro de los quince días siguientes, haciéndolo saber a las partes.

La sentencia se dictará dentro de los tres días siguientes a la vista, en los términos previstos en el artículo 789 de la LECR.

Impugnación de la sentencia.

Frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal cabe interponer recurso de apelación, que se sustanciará de la manera prevista en los artículos 790 a 792 de la LECR, pero con algunas especialidades:

- El plazo para presentar el escrito de formalización será de cinco días.
- El plazo de las demás partes para formular alegaciones es de cinco días.
- La sentencia habrá de dictarse dentro de los tres días siguientes a la celebración de la vista, o bien dentro de los cinco días siguientes a la recepción de las actuaciones si no se celebrara vista.

— La tramitación y resolución de estos recursos de apelación tienen carácter preferente.

— Respecto a las sentencias dictadas en ausencia del acusado hay que estar a lo dispuesto en el artículo 793.

— Tan pronto como la sentencia sea firme se procederá a su ejecución, conforme al artículo 794.

EL ARBITRAJE SOCIETARIO EN LOS TIEMPOS DE LA GLOBALIZACIÓN

La cuestión de la arbitrabilidad de la materia societaria y la vinculación subjetiva de la cláusula arbitral a la luz de la nueva legislación. La previsión del arbitraje en los estatutos y reglamentos de órganos colegiados de sociedades mercantiles y en pactos parasociales, protocolos familiares y contratos de colaboración y concentración empresarial

FERNANDO OLAIZOLA MARTÍNEZ

Notario

SUMARIO: **I. INTRODUCCIÓN.** **1.** La determinación de la materia arbitrable. **2.** El criterio tipológico: sociedades abiertas y sociedades cerradas. **II. PERSPECTIVA HISTÓRICA Y COYUNTURA ACTUAL.** **1.** Auge y repliegue del antiarbitralismo. **2.** La incidencia del nuevo panorama geopolítico y socioeconómico. **3.** El arbitraje como fórmula alternativa a la resolución de conflictos. **4.** Su reflejo en el actual derecho español: **A)** *Manifestaciones normativas.* **B)** *Manifestaciones jurisprudenciales.* **C)** *La Ley de Arbitraje 60/2003.* **III. EL ÁMBITO DE LO ARBITRABLE EN MATERIA SOCIETARIA.** **1.** El planteamiento de la nueva Ley. **2.** Arbitrio, pericia, jurisdicción voluntaria y mediación. **3.** La arbitrabilidad y la nueva regulación del arbitraje internacional. **4.** El arbitraje

interno en materia societaria. **A)** *Su admisibilidad como principio general: superación de los tradicionales argumentos antiarbitralistas.* **B)** *Cuestiones societarias excluidas de satisfacción por el cauce arbitral.* **a)** *Responsabilidad penal de los administradores.* **b)** *La declaración del concurso de acreedores y su efecto sobre la arbitrabilidad de cuestiones societarias.* **c)** *Sustitución de los órganos sociales.* **d)** *Adaptación o modificación de los estatutos sociales.* **C)** *Otras posibilidades controvertidas de actuación arbitral.* **a)** *Autorización de transmisión de acciones o participaciones sociales.* **b)** *Asuntos relativos al principio de capital social o controversias en materia de balances; nombramiento de expertos o auditores.* **c)** *Disolución de la sociedad.* **d)** *Nulidad de la sociedad.* **IV.** **LA VINCULACIÓN SUBJETIVA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL.** **1.** *Sociedad, fundadores y ulteriores socios.* **2.** *Herederos de los socios.* **3.** *Titulares de derechos sobre acciones o participaciones sociales.* **4.** *Los socios como terceros; las acciones de regreso entre socios.* **5.** *Obligacionistas: especial referencia al supuesto de obligaciones convertibles en acciones; warrants societarios.* **6.** *Terceros legitimados para la impugnación de acuerdos sociales.* **7.** *Administradores, contratos de alta dirección y administradores de hecho.* **8.** *Auditores.* **9.** *Fusiones y escisiones.* **V.** **LA PREVISIÓN DEL ARBITRAJE EN LOS ESTATUTOS Y REGLAMENTOS DE ÓRGANOS COLEGIADOS DE SOCIEDADES MERCANTILES Y EN PACTOS PARASOCIALES, PROTOCOLOS FAMILIARES Y CONTRATOS DE COLABORACIÓN Y CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL.** **1.** *En los estatutos sociales: sociedad irregular, modificación estatutaria y fundación sucesiva.* **2.** *En los reglamentos de los órganos colegiados.* **A)** *Reglamento de la Junta general; el problema de la inidoneidad de la Junta como órgano de control y la doctrina del gobierno corporativo.* **B)** *Reglamento del Consejo de administración; su inscribibilidad.* **3.** *En pactos parasociales.* **4.** *En pactos supraestatutarios.* **A)** *El protocolo empresarial familiar: sus instrumentos de ejecución y el arbitraje testamentario.* **B)** *Contratos de colaboración empresarial: la joint venture.* **5.** *En contratos de concentración empresarial: el contrato de grupo y su inscribibilidad.* **VI.** **CONCLUSIÓN.** **VII.** **NOTA BIBLIOGRÁFICA.**

I. Introducción

1. La determinación de la materia arbitrable.

Se ha señalado reiteradamente cómo el arbitraje es una institución frente a la que no hay quien permanezca indiferente. Más aún, se trata de una figura que, aun en lo que debería ser un debate asépticamente jurídico, da lugar a respuestas viscerales y posicionamientos numantinos.

Ello no deja de tener su lógica si se considera que el arbitraje, en cuanto medio de resolución de conflictos basado en el principio de autonomía de la voluntad al margen de la actuación del Estado (que se limita a atribuir a la resolución que recae, el laudo, los plenos efectos de la cosa juzgada, y a ofrecer su aparato coactivo para lograr la efectividad de lo resuelto), está dotado de fuertes connotaciones metajurídicas: es inevitable que las ideas de cada cual sobre el alcance de la soberanía y el ámbito de actuación del Estado se proyecten en tales debates.

Por ello, el arbitraje es una figura sujeta como ninguna otra a la cambiante coyuntura histórica y socioeconómica. La mayor o menor beligerancia que haya de darse la institución arbitral, y por excelencia, la determinación del ámbito de lo arbitrable, de cuáles sean las materias susceptibles de sumisión a arbitraje, han venido siendo cuestiones sujetas a numerosos vaivenes.

Frente a otros sectores del ordenamiento jurídico en los que las pretensiones que se planteen, dada la preponderancia del interés común, deben dirigirse necesariamente a un órgano jurisdiccional, y ser resueltas por medio de sentencia (por excelencia, en el ámbito del derecho privado, así ocurre en gran medida en el derecho de familia, con las controversias relativas al estado civil, filiación, alimentos, etc.; las cuestiones, en suma, tradicionalmente insusceptibles de transacción), en la esfera de lo mercantil, y en concreto en materia societaria, están en juego fundamentalmente intereses de tipo patrimonial. Pese a ello, y sorprendentemente, la arbitrabilidad de las cuestiones societarias ha sido fuertemente contestada.

Como señala Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, el terreno de lo arbitrable en materia societaria es extraordinariamente resbaladizo y vidrioso. Nos encontramos, en palabras de este autor, ante “una doctrina todavía aficionada a desmenuzar en enumeraciones pretendidamente exhaustivas y en todo caso prolijas los diversos supuestos de controversias dirimibles y no dirimibles por árbitros; sin que todavía parezca existir un criterio plenamente satisfactorio para determinar la inclusión o la exclusión de las mismas”.

Lo cierto es que los argumentos utilizados por los antiarbitralistas para rechazar la posibilidad de sumisión a arbitraje de determinadas materias o para restringir el ámbito subjetivo de aplicación de la cláusula arbitral resultan en ocasiones difícilmente defendibles con criterios estrictamente jurídicos. Se establecen delimitaciones y se trazan líneas divisorias que llegan a parecer caprichosas. Así, cuando en relación a la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de acuerdos sociales se nos dice que no cabe el arbitraje cuando los acuerdos son contrarios al orden público o a la ley, pero sí que cabe si se trata de acuerdos meramente anulables; o que no es admisible el arbitraje si los acuerdos en cuestión son contrarios al orden público, pero sí en los demás casos; o que no es admisible el arbitraje de equidad, pero sí el de derecho; o que la cuestión ha de remitirse a la índole del interés tutelado que se ve afectado por la infracción (si es el interés social, el de terceros o el interés colectivo, la materia no sería arbitrable, mientras que sí lo sería en los demás casos); o cuando se nos dice que el heredero del socio queda vinculado por la cláusula arbitral si adquiere a su vez la condición de socio, pero no en otro caso.

2. El criterio tipológico: sociedades abiertas y sociedades cerradas.

José María MUÑOZ PLANAS, en su fundamental trabajo de 1978 sobre la materia que nos ocupa, propuso un criterio tipológico como determinante de la arbitrabilidad de la materia societaria. Entendía este autor que no cabe un planteamiento indiscriminado de la cuestión a toda sociedad anónima, con abstracción de sus singulares características tipológicas.

Así, en las sociedades abiertas, de base institucional, confluyen intereses múltiples que por su relevancia trascienden al orden público económico y que por ello reclaman una disciplina legal marcadamente imperativa (téngase en cuenta el gran margen de protagonismo que se concede hoy en la normativa del Mercado de Valores a la autoridad reguladora: el art. 60 de la Ley del Mercado de Valores legitima a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para impugnar los acuerdos nulos adoptados con el voto del que haya adquirido una participación significativa en el capital social sin la preceptiva oferta pública de adquisición; la propuesta de Código de Sociedades Mercantiles aprobada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación el 16 de mayo de 2002 –formulada por SÁNCHEZ CALERO, BERCOVITZ y ROJO– va más allá y legitima a la Comisión con carácter general para impugnar acuerdos de las Juntas de accionistas de las sociedades cotizadas). Todo ello hace, según este autor, que en relación a estas sociedades el ámbito del arbitraje como

medio de solventar conflictos intracorporativos tenga que ser con carácter general muy reducido.

Por el contrario, el arbitraje en las sociedades cerradas o familiares puede cumplir una función mucho más relevante, en la medida en que la dinámica de estas sociedades, de clara contextura contractual, con un acentuado personalismo y en las que la solidaridad de intereses entre los socios funciona a modo de condición existencial, es incompatible con los antagonismos y con las situaciones conflictivas, que deben ser superados para mantener entre los socios o entre éstos y la sociedad ese clima de armonía y confianza mutuas tan necesario para el buen desenvolvimiento del grupo social.

Tal planteamiento es muy loable por su carácter flexible o “aperturista” en el momento en que se hizo (en el que apenas se percibían las primeras fisuras en el bloque antiarbitralista), y desde luego revela una gran sensibilidad hacia la realidad socioeconómica en que ha de desenvolverse la institución. Pero desde un punto de vista estrictamente jurídico no deja de resultar un tanto insatisfactorio. Para el derecho, un acuerdo social es un acuerdo social, lo adopte una Junta universal de cuatro socios o la Junta de una sociedad cotizada (al menos mientras el legislador no abandone de una vez la ficción que supone el principio de democracia accionarial en las grandes sociedades, y de momento no parece que vaya a ser así, a la vista de la Ley 26/2003, de 17 de julio, de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas, que siguiendo las directrices del Informe Aldama –propiamente, el “Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados y en las Sociedades Cotizadas” de enero de 2003– apuesta por la revitalización y potenciación del papel de la Junta general de la sociedad cotizada). Y las razones conceptuales para rechazar o admitir la arbitrabilidad de las controversias que genere la adopción de un acuerdo social no deberían depender de la realidad socioeconómica que la Junta encarne en cada caso.

La distinción tipológica sí que tiene sentido en relación a una cuestión fundamental en las grandes sociedades cotizadas: el campo en que se librarán las batallas entre los intereses confluyentes en las mismas no va a ser la Junta general, sino el Consejo de administración. Los conflictos se darán en el seno del Consejo, donde los accionistas significativos habrán situado a los consejeros dominicales representantes de sus intereses. Y es allí donde la institución arbitral podrá tener un papel destacado en estas sociedades. Luego volveremos sobre esta cuestión.

II. Perspectiva histórica y coyuntura actual

1. Auge y repliegue del antiarbitralismo.

Como se ha apuntado muy certeramente, si ambas instancias, societaria y arbitral, se repelieran por su intrínseca naturaleza, lo más natural sería que siempre hubiera sido así, cuando por el contrario el arbitraje societario llegó a estar previsto con carácter forzoso en nuestras leyes mercantiles. Así, en nuestro primer Código de Comercio, de 30 de mayo de 1829, el arbitraje societario tenía carácter obligatorio. Y aún tras su derogación, hasta mediados de los años cincuenta del pasado siglo XX, se mantuvo una postura doctrinal y jurisprudencial favorable con carácter general al arbitraje societario (el Tribunal Supremo admitió la arbitrabilidad de conflictos relativos a acuerdos sociales en sentencias de 26 de abril de 1905 y 9 de julio de 1907).

Sin embargo, una vez que, superadas las convulsiones de la quiebra de la Restauración, la República, la Guerra Civil y la posguerra, la sociedad española empezó a estar en condiciones de preocuparse de nuevo por cuestiones de esta índole; entramos en una etapa marcadamente antiarbitralista, con escaso apoyo en nuestra muy prudente, por no decir restrictiva, primera Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953. La doctrina científica, siguiendo el posicionamiento de GARRIGUES Y URÍA, dio un giro radical, asumiendo y formulando planteamientos claramente antiarbitralistas. Y el Tribunal Supremo también varió su criterio, pasando a rechazar la arbitrabilidad de las controversias relativas a acuerdos sociales en sentencias de 15 de octubre de 1956, 27 de enero de 1968, 21 de mayo de 1970 y 15 de octubre de 1971. Ello no dejaba de resultar coherente con una legislación societaria (las Leyes de Sociedades Anónimas de 1951 y de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953) promulgada y entendida desde planeamientos marcadamente institucionalistas y en general con una coyuntura político-económica totalitaria, aislacionista y autárquica.

Todavía en los años setenta DE CASTRO tronaba contra las nuevas orientaciones del arbitraje, que venían a constituir una “fuga del derecho” como articulación instrumentada en el mundo del derecho internacional económico de los grandes intereses en perjuicio de los más débiles.

Pero frente a todo ello, con el desarrollismo y los tecnócratas a las riendas de los destinos del país, se va produciendo una progresiva apertura de nuestra economía a los tráficos internacionales. Y sobre todo, se ratifican dos de los principales convenios multilaterales sobre arbitraje: El Convenio Europeo sobre Arbitraje en Comercio Exterior de Ginebra de 21 de abril de 1961 (se ratifica el 5 de marzo de 1975) y el Convenio so-

bre el Reconocimiento y Ejecución de las sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 10 de junio de 1958 (se ratifica el 29 de abril de 1977). Con la Transición y la aprobación de la Constitución de 1978 se consagran entre nosotros los principios políticos de un sistema democrático, sobre todo los de libertad y autonomía de la voluntad, y con el ingreso en la Comunidad Europea se produce la definitiva apertura de nuestro país a la cooperación e integración internacional.

La sociedad española se va equiparando progresivamente a la de los países industrialmente avanzados y a mediados de los setenta se parece muy poco a la de veinte años antes. Se ha señalado que acudir al arbitraje es un síntoma claro de madurez de una sociedad; como también lo es el incremento de la litigiosidad. La evolución social y económica fomenta el crecimiento de la conflictividad en todos los ámbitos, especialmente en el económico y mercantil. Y en efecto, asistimos en esta etapa a un fenómeno de masificación de la litigiosidad que es debido también a la implantación entre nosotros de un estado de derecho y a la consecuente judicialización de la actuación pública y administrativa (de ahí que el arbitraje vaya a dejar de ser en breve de derecho privado y se extienda al derecho público: así, se contemplará en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en materia tributaria o en la legislación sobre contratos y patrimonio de las administraciones públicas).

Fundamental fue por todo ello la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 (inmediatamente seguida de la gran reforma societaria de 1989), que, haciéndose eco de esta evolución socioeconómica, acomete una profunda remodelación de la institución arbitral entre nosotros que supone una notable mejora respecto de la situación legislativa precedente.

2. La incidencia del nuevo panorama geopolítico y socioeconómico.

El mismo año de la reforma societaria, 1989, cae el muro de Berlín, y con ello empieza a gestarse una nueva coyuntura social, política y económica que también va a tener su repercusión en el entendimiento y aplicación de la institución arbitral.

Se trata, naturalmente, de la tan traída y llevada globalización, esto es, el doble fenómeno de liberalización e integración, a lomos de las nuevas tecnologías, de los mercados de trabajo, bienes, servicios y capitales. Fenómeno que, como apunta Francesco GALGANO, se encuentra íntimamente vinculado al advenimiento de la sociedad posindustrial, que “es, ante todo, la sociedad de la riqueza desmaterializada; es la sociedad del mercado financiero. En ella la tecnología industrial es sustituida por la técnica contractual: los productos financieros... Hasta ayer los contratos habían asumido únicamente la función de hacer posible la circulación de las cosas;

hoy sirven también para producirlas, para crear los productos financieros, las *new properties*". Nos dice este autor que en esa sociedad posindustrial la innovación jurídica ya no se canaliza a través de las leyes, sino del contrato. Surgen así nuevas figuras contractuales, modelos internacionalmente uniformes que son contratos atípicos respecto de los derechos estatales individualmente considerados, resultando las jurisdicciones nacionales cada vez más insatisfactorias para dar respuesta a los conflictos que nacen de los mismos. Es la llamada nueva *lex mercatoria*, un derecho supranacional formado espontáneamente, propio de la comunidad empresarial y que regula las transacciones internacionales, que implica en estos ámbitos un progresivo arrinconamiento de las leyes estatales y, en definitiva, un cuestionamiento de la propia idea de estatalidad del derecho.

El fundamento doctrinal de la globalización es el neoliberalismo. El fin de la historia que con ufanía (y según se ha visto, con cierta precipitación) anunciara Francis FUKUYAMA ha supuesto un nuevo protagonismo del mercado, que para los seguidores de estos planteamientos, con una voluntad de retrotraernos a la época Victoriana, vuelve a erigirse en el modelo de toda dinámica social y jurídica. Eficacia, competencia, desregulación y liberalización pasan a ser el nuevo credo. Asistimos a una pretensión de privatización del poder, a un traspaso del mismo desde las instituciones del Estado a las del mercado (lo que, como apunta GALGANO, queda simbolizado por el predominio cada vez mayor de las autoridades tecnocráticas —como los gobernadores de los bancos centrales— sobre las autoridades políticas), a una clara erosión, en definitiva, de planteamientos soberanistas.

Todo ello corre parejo a planteamientos economicistas cada vez más radicales: la interrelación de la ciencia económica y el derecho se pretende plantear ahora como una subordinación de éste a aquélla. Por la corriente de pensamiento jurídico conocida como análisis económico del derecho se propugna una explicación de las reglas jurídicas exclusivamente desde una lógica económica: las normas se justifican en la medida en que produzcan resultados eficientes desde el punto de vista económico.

Semejante coyuntura económica e ideológica supone el caldo de cultivo ideal para las doctrinas favorables a las fórmulas de resolución de conflictos alternativas a la vía judicial. En realidad, a lo largo de todo el siglo XX se fue consolidando un movimiento en los países anglosajones bautizado como ADR (Alternative Dispute Resolutions, o cauces alternativos de resolución de conflictos, a los que últimamente se prefiere llamar "eficientes" —cómo no— más que "alternativos", no obstante lo cual las indicadas siglas se mantienen). Pero el panorama es hoy para las mismas inmejorable, y se formulan y plantean con bríos renovados. Buen exponente de ello es el profesor de la Universidad de Florida Bruce L. BEN-

SON. Este economista (autor de obras de títulos tan expresivos como *Justicia sin Estado*) cuestiona la idea de que la justicia haya de ser un servicio cuya provisión corresponda en exclusiva al Estado; es más, nos dice, el de la estatalización de los mecanismos de resolución de conflictos es un fenómeno relativamente reciente. Claro que este autor también defiende la privatización de los servicios de orden público, y viene a equiparar el auge del arbitraje con el de las empresas de seguridad; y cuando desde nuestra mentalidad continental (o no anglosajona) se piensa en los ejércitos privados (hablando en plata, mercenarios) que actúan en Irak contratados por Estados Unidos, lo cierto es que no se puede evitar un escalofrío.

3. El arbitraje como fórmula alternativa a la resolución de conflictos.

Tales planteamientos economicistas y antisoberanistas ven así en la institución arbitral el método más “eficiente” para la resolución de conflictos.

Es desde hace mucho tiempo un lugar común entre nosotros hablar de la degradación de la administración de justicia, a la que se califica de tardía, imprevisible, desorganizada, infradotada materialmente, ineficaz y muchas cosas más.

Es habitual que las empresas extranjeras operantes en España, o las empresas españolas participadas mayoritariamente por capital extranjero, en asuntos en los que no es posible llegar a un acuerdo, prefieran desistir de su pretensión antes que embarcarse en un largo e incierto pleito, por mucha razón que les asista. Dentro de estas empresas, los gabinetes jurídicos están orgánicamente subordinados a instancias económicas, las cuales hacen sus estimaciones y llegan a la conclusión de que aun con éxito, el litigio a la postre resulta antieconómico. Más vale un mal arreglo que un buen pleito, dice el refrán; y si no es posible arreglo alguno, ni bueno ni malo, más vale por lo visto ningún pleito que un buen pleito. A este grado de irracionalidad jurídica (o de racionalidad económica) hemos llegado.

Lo cierto es que el procedimiento arbitral se ha caracterizado tradicionalmente frente a la vía judicial por la reducción de plazos y la simplificación de trámites y formalismos, con lo que se logra, se nos dice, la agilidad que reclama el dinamismo del tráfico mercantil y societario, y que desde luego no procuran hoy por hoy los Tribunales.

A ello hay que añadir otra circunstancia: la baja calidad del fallo que finalmente recae. Ello suele achacarse a la formación generalista de los jueces. La Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, de Reforma Concursal introduce la figura de los Juzgados de lo Mercantil, buscando, según su ex-

posición de motivos, “avanzar decididamente en el proceso de especialización” de los jueces y lograr el objetivo de 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”. Ignacio Díez-PICAZO ha expuesto el cúmulo de contrasentidos que supone esta nueva figura de los jueces de lo mercantil, así como las críticas que se han formulado a la idea de especialización como panacea o remedio para los males indicados.

Apuntemos que dicha Ley introduce un artículo 86 ter en la Ley Orgánica del Poder Judicial (que reproduce el art. 8 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio), atribuyendo a estos Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de “cuantas incidencias o pretensiones se promuevan como consecuencia de la aplicación de la normativa vigente sobre arbitraje en las materias a las que se refiere este apartado (entre ellas, “todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional —el civil— se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas”).

No mejora el panorama la circunstancia de que las propuestas de reforma de la justicia se realicen siempre considerando criterios cuantitativos más que cualitativos: como señala Alejandro NIETO, la solución al problema de la justicia parece cifrarse únicamente en que se dicten más sentencias, con independencia de su contenido; y con toda razón apunta este autor que el estajanovismo puede funcionar si se trata de extraer carbón, pero no respecto de resoluciones judiciales. El buen funcionamiento de la justicia, en definitiva, no se puede medir por metros cúbicos de papel.

De ahí que uno de los factores clave del arbitraje sea el de la elección de los árbitros, que las partes llevarán a cabo buscando personas con una formación o cualificación específica. Y una de las cuestiones cruciales del arbitraje institucional (aquel en que las partes encomiendan la gestión o administración del arbitraje a un centro creado con esta finalidad, cuyo reglamento disciplina e impulsa el procedimiento, reglamento que se asume contractualmente como contenido integrante del convenio arbitral), es la de los mecanismos de selección de los árbitros, mecanismos normalmente recogidos en los Reglamentos de esas instancias arbitrales.

Se ha apuntado también como característica del procedimiento arbitral que lo hace asimismo especialmente idóneo, en contraposición a la vía judicial, para la resolución de controversias societarias la garantía de confidencialidad y discreción que conlleva (el art. 24, apartado segundo, de nuestra vigente Ley de Arbitraje recoge ese deber de confidencialidad),

y que resulta incompatible con la publicidad legalmente prevista para los procedimientos judiciales.

Y se nos dice, por último, que el arbitraje es un medio de resolución de controversias que por su carácter menos traumático, menos virulento que la vía judicial, favorece la continuidad de la armonía y la existencia de unas buenas relaciones entre las partes enfrentadas, lo que tiene especial importancia tratándose de integrantes de un mismo colectivo societario (aunque tal vez en ocasiones lo que se busque sea justamente lo contrario: no será infrecuente que los demandantes no quieran paños calientes ni medias tintas, sino precisamente hacer padecer a la contraparte la violencia y el trauma del procedimiento judicial; desde luego, en mi experiencia profesional, al asistir a Juntas generales para levantar la correspondiente acta notarial, he podido constatar que el encono entre socios en sus controversias no desmerece en nada, conatos de agresión física incluidos, del de los propietarios de fincas rústicas en cuestiones de lindes, o del de los vecinos de una propiedad horizontal enfrentados por la utilización de las terrazas comunes).

4. Su reflejo en el actual derecho español.

A) *Manifestaciones normativas.*

Nuestro legislador no ha podido menos que ir acogiendo estos nuevos planteamientos.

En el proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1994 se contemplaba expresamente la cuestión del arbitraje societario: “Podrá válidamente pactarse en los estatutos que todas o determinadas cuestiones litigiosas que puedan surgir entre los socios, o entre algunos 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. Para introducir la cláusula arbitral con posterioridad a la constitución se requiere el consentimiento de todos los socios sin perjuicio de que pueda establecerse como simple modificación estatutaria respecto de los administradores. Si se estableciere la cláusula arbitral y no se dispusiera otra cosa, se entenderá que se extiende a todos los casos y a todas las personas. El arbitraje comprenderá también los procedimientos especiales y los actos de jurisdicción voluntaria contemplados en esta Ley. En los estatutos podrá expresamente establecerse que la sociedad, los socios y los administradores se someten asimismo a arbitraje en su relaciones con terceros, siendo esta cláusula vinculante para los primeros”. Si finalmente se

rechazó tal enmienda no fue por un planteamiento teórico contrario al arbitraje societario, como se ha llegado a sostener, sino simple y llanamente por encontrar superflua tal previsión. Ya está ahí, se apuntó, la Ley Especial de Arbitraje, y no hay que ir incorporando específicamente a cada norma sectorial las posibilidades que la misma abre: “se da por sentado que cuando la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada plantea un tema de recurribilidad al juez, si las partes acuerdan previamente ir a una solución arbitral eso es perfectamente válido”.

La disposición adicional 10 de la Ley General de Cooperativas de 16 de julio de 1999 establece que: “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 sometidos a arbitraje de derecho...; no obstante si la disputa afectase principalmente a los principios cooperativos podrá acudir al arbitraje de equidad. 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”.

La Orden del Ministerio de Justicia de 4 de junio de 2003 aprueba los estatutos orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, cuyo artículo 15 tiene el siguiente tenor: “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 mediante arbitraje formalizado con arreglo a las prescripciones legales”.

Los proyectos legislativos de reforma del derecho de sociedades apuntan en el mismo sentido. La propuesta de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales contempla un artículo 16 con el siguiente contenido: “Las controversias derivadas del contrato de sociedad que surjan entre socios, entre socios y administradores y entre cualesquiera de éstos y la sociedad incluidas las relativas a la separación, exclusión y determinación de la cuota de liquidación, podrán ser sometidas a arbitraje. Las impugnaciones de acuerdos sociales para las que estén legitimadas personas distintas de los socios y administradores no podrán ser objeto de arbitraje”. Y la antes citada propuesta de Código de Sociedades Mercantiles se ocupa de la cuestión del arbitraje en estos términos en su artículo 109: “Los estatutos sociales originarios podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros de derecho, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una corporación

o asociación. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje de la impugnación de los acuerdos sociales requerirá el acuerdo de todos los socios”.

B) *Manifestaciones jurisprudenciales.*

También se van produciendo movimientos significativos en el ámbito jurisprudencial.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de febrero de 1998 admitió la validez de la siguiente cláusula estatutaria: “Todas las cuestiones societarias litigiosas que se susciten entre la sociedad y sus administradores o socios, o entre aquéllos y éstos, o estos últimos entre sí, se someten al Arbitraje Institucional de... Se exceptúan de esta sumisión cuestiones que no sean de libre disposición”. El Centro Directivo refuta en los términos que iremos viendo los argumentos del registrador calificador (un verdadero despliegue de la artillería antiarbitralista: según el registrador, la cláusula arbitral no podía incluirse en los estatutos, vinculando a futuros socios; en los términos en que se formulaba suponía una renuncia anticipada a la jurisdicción, contraria al orden público; no puede vincular la cláusula a quienes no ostenten la condición de socios, concretamente a los administradores; y su amplitud produciría indeterminación sobre las relaciones jurídicas sobre las que ha de recaer el arbitraje).

Con posterioridad, la Dirección General de los Registros y del Notariado, mediante Resolución de 1 de octubre de 2001, ha aprobado una cláusula modelo tipo de arbitraje societario, elaborada por acuerdo de las Cámaras de Comercio, el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores, del siguiente tenor: “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” mediante arbitraje de derecho.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998, calificada de hito histórico en la jurisprudencia sobre la materia, con expresa referencia a la citada Resolución de 19 de febrero de 1998, admite la posibilidad de incluir una cláusula de convenio arbitral en los estatutos sociales; y admite asimismo la aplicabilidad del arbitraje y, por ende, del convenio arbitral, a la impugnación de los acuerdos sociales de una sociedad. Recoge esta sentencia la jurisprudencia contradictoria del propio Tribunal y señala que “actualmente, tras las reformas legales, tanto de la legislación de arbitraje como de la societaria, esta Sala debe pronunciarse confirmando la última doctrina (la contraria al arbitraje que arranca de 1956)

o volviendo a la más antigua (la favorable de 1905)". Y opta por lo segundo, entendiendo no excluidas del arbitraje y por tanto del convenio arbitral la nulidad de la Junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales.

C) *La Ley de Arbitraje 60/2003.*

Llegamos así a la promulgación de la norma vigente en la materia, la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, que sigue muy de cerca la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada el 21 de junio de 1985. Se trata de una norma predominantemente dispositiva, que avanza en un entendimiento contractualista de la institución y que profundiza en planteamientos antiformalistas (así, ya no es necesaria la protocolización del laudo); a diferencia de la Ley anterior, opta supletoriamente por el arbitraje de derecho; define el arbitraje internacional y, en cuanto a la delimitación de la materia arbitrable, nos dice el artículo segundo en su apartado primero que: "Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho": si bien la arbitrabilidad se sigue conectando con la disponibilidad de la materia, ya no se habla, como en las normas precedentes, de "conflicto" o de "cuestión litigiosa", sino de "controversia".

III. El ámbito de lo arbitrable en materia societaria

1. El planteamiento de la nueva Ley.

Se ha destacado por sus comentaristas cómo la vigente Ley de Arbitraje nos incorpora por primera vez con perfecta sincronía a las corrientes internacionales en materia arbitral. Es una norma avanzada, de una gran flexibilidad, inspirada por el principio del *favor arbitrii*, por una voluntad de facilitar al máximo el sometimiento de los litigios y controversias a arbitraje y convertirlo definitivamente entre nosotros en una alternativa efectiva al procedimiento judicial.

2. Arbitrio, pericia, jurisdicción voluntaria y mediación.

Podemos señalar, por otra parte, una tendencia, o retorno, hacia concepciones amplias del arbitraje (que enlazarían con las de comienzos del siglo XIX), según las cuales el árbitro podría extender su actuación a la determinación de cuestiones que no sean en rigor litigiosas o conflictivas.

Ésta es una cuestión relacionada con la polémica sobre la naturaleza predominantemente procesal o predominantemente contractual del arbitraje. Los defensores de la primera ponen el acento en la naturaleza de la función arbitral (declarativa y cautelar) y en los efectos que el ordenamiento otorga al laudo (cosa juzgada). Los valedores de la segunda hacen hincapié en que la esencia del arbitraje, como reiteradamente ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, se encuentra en el principio de autonomía de la voluntad y por tanto en la libertad como valor constitucional; el arbitraje nace de un contrato y se desenvuelve a través de relaciones jurídico-privadas. Las partes, en definitiva, reconocen a los árbitros la facultad de decidir, pero éstos no ejercen una potestad jurisdiccional, que es exclusiva del Estado. Es el Estado quien atribuye al laudo la fuerza de cosa juzgada, amén de poner a continuación su aparato coactivo al servicio de la efectividad del mismo.

La relevancia de la cuestión dista de ser meramente teórica. Como señala PERALES VISCASILLAS, si se defiende la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, ello nos llevará a concluir que el árbitro no puede asumir otras funciones que las que son típicas de un juez, aparte de las ejecutivas. Si se defiende el predominio de su naturaleza contractual, el árbitro podría extender naturalmente su actuación a la determinación de cuestiones que no fueran en rigor litigiosas: el litigio sería un elemento natural, pero no consustancial al arbitraje. Por el arbitraje se resolverían así controversias en sentido amplio, abarcándose también el complemento o integración de relaciones jurídicas o la mera determinación de hechos con trascendencia jurídica.

Con ello se reabre la posibilidad de que el árbitro realice una labor propia del arbitrador, o de arbitrio de terceros (por ejemplo, determinando conforme al art. 1.690 del Código Civil la parte de cada socio en las ganancias y pérdidas de la compañía; o fijando el precio de compra o valor razonable de acciones o participaciones con ocasión de la aplicación de cláusulas estatutarias de adquisición preferente).

O incluso cabe que el árbitro desempeñe una tarea de pericia contractual (como en el supuesto del art. 327 del Código de Comercio, en que el perito nombrado por ambas partes decide si los géneros comprados sobre muestras y concretamente ofrecidos son o no de recibo, al efecto de entender consumada la venta o rescindido el contrato; piénsese también en la esfera societaria en su posible aplicación a supuestos en que los dividendos pasivos en una sociedad anónima consistan en futuras aportaciones no dinerarias, o a la realización por los socios de prestaciones accesorias de dar o incluso de hacer).

Todo ello lleva asimismo a que el arbitraje se vea y plantee no sólo como alternativa a la tutela jurisdiccional civil, sino también a la tutela jurisdiccional voluntaria. Se ha señalado cómo los actos de jurisdicción voluntaria contemplados por nuestro legislador en el ámbito mercantil son heterogéneos, de naturaleza jurídica diversa e incompletos. No ha dejado de denunciarse (así, por FERNÁNDEZ DE BUJÁN) que la discrepancia entre socios relativa a la administración de la sociedad y el nombramiento de coadministrador de que se ocupan los artículos 131 y 132 del Código de Comercio y el artículo 2.163 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 siga regulado y contemplado como un acto de jurisdicción voluntaria. El proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1994 establecía, recordemos, que “el arbitraje comprenderá también... los actos de jurisdicción voluntaria contemplados en esta ley”. Habrá que esperar a que la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria resuelva todas estas cuestiones.

Se plantea por último la concomitancia del arbitraje con la mediación, aquella figura en la que el tercero se limita a formular a las partes una propuesta de solución que debe ser aceptada y voluntariamente cumplida por ellas. Obsérvese la posibilidad, prevista en el artículo 36 de la Ley 60/2003, de que las partes lleguen a un acuerdo que ponga término a la controversia, solicitando de los árbitros que hagan constar ese acuerdo en forma de laudo. Pues bien, si son los propios árbitros los que pueden propiciar ese acuerdo, se superpondrán las figuras de árbitro y conciliador. Se trataría de intentar un acuerdo mediado antes de recurrir al arbitraje (la figura americana del *Med-arb*), es decir, de introducir la mediación como cauce previo, complementario a un proceso arbitral, solución más ágil y menos conflictiva que el arbitraje (a su vez más ágil y menos conflictivo que el proceso judicial). Existe un debate abierto sobre si puede ser mediador el árbitro (aunque expresamente se contempla entre nosotros esta labor de mediación en relación a los arbitrajes de consumo en el art. 12 del Real Decreto 636/93, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo). En todo caso, la norma citada ha sido objeto de críticas por cuanto el legislador ha desaprovechado la ocasión de contemplar expresamente esta mediación como paso previo al arbitraje.

3. La arbitrabilidad y la nueva regulación del arbitraje internacional.

Dentro ya de lo que tradicionalmente se ha admitido como ámbito propio del arbitraje, esto es, las controversias sobre relaciones jurídicas y derechos subjetivos, la nueva Ley, insistimos, consagra el principio de interpretación favorable a la validez del convenio y a la arbitrabilidad de las cuestiones susceptibles de entenderse comprendidas en el mismo.

La regulación que la Ley hace del arbitraje internacional resulta al respecto muy significativa. El artículo 9, apartado sexto, señala las normas por las que en tales casos se determinará y controlará la arbitrabilidad de la controversia: “Cuando el arbitraje fuese internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia o por el Derecho español”. De las normas aplicables al fondo de la controversia se ocupa a su vez el artículo 34, apartado segundo: “Cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes” (y en otro caso los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas).

Obsérvese que, conforme al artículo 3, para que el arbitraje se considere internacional basta con que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional, o que el convenio sitúe la sede del arbitraje en el extranjero. Y que el artículo 34, apartado segundo, no habla de ley aplicable al fondo del litigio, sino de “normas jurídicas elegidas por las partes”. No se exige la remisión al ordenamiento de un Estado, sino que puede haberla a reglas de varios ordenamientos, a las reglas comunes del comercio internacional (esto es, a la nueva *Lex Mercatoria*) o incluso a normas elaboradas por un organismo internacional no incorporadas a ningún ordenamiento. Y sin que en la Ley, como plena expresión del fenómeno conocido como *shopping* del Derecho, se condicione dicha elección a la vinculación o conexión de la normativa señalada por las partes con el conflicto a resolver.

El artículo 9, apartado sexto, ha sido criticado en la línea del profesor DE CASTRO porque deja en manos de las partes y no del legislador la delimitación de lo que sea arbitrable: bastaría, nos dice GÓMEZ JENE, con elegir un ordenamiento aplicable al fondo de la controversia que admitiera la arbitrabilidad de la materia para burlar la limitación hecha por la norma española. Habrá que esperar, como apunta ESPLUGUES MOTA, a ver el modo en que nuestros tribunales proceden en su labor de control del orden público por la vía de la anulación del laudo o del exequátur (que aun así habrá de referirse a la noción más flexible de orden público propia de la esfera internacional). Pero lo cierto es que de mantenerse por nuestros tribunales en la práctica de los años venideros un planteamiento desnacionalizador, acorde con los planteamientos de la Ley 60/2003, ello repercutirá en una importante limitación al control de los arbitrajes internacionales. Y con ello, los intentos de los antiarbitralistas de acotar o cercenar el ámbito de lo arbitrable se asemejarán definitivamente a la estéril labor de poner puertas al campo.

4. El arbitraje interno en materia societaria.

A) *Su admisibilidad como principio general: superación de los tradicionales argumentos antiarbitralistas.*

Centrándonos en el arbitraje interno, hay que rechazar y entender hoy definitivamente superadas las razones esgrimidas tradicionalmente para negar la arbitrabilidad de materias societarias tanto de orden procesal (la existencia, en su día, en la Ley de Sociedades Anónimas de un procedimiento específico para la impugnación de acuerdos sociales) como jurisdiccional (la pretendida competencia exclusiva de los tribunales ordinarios en materia societaria que supuestamente formularía el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Y también la objeción de los posibles efectos frente a terceros del laudo, que los tendrá en los mismos términos y con los mismos requisitos que la sentencia que en su caso hubiera recaído.

Hay que rechazar el argumento de que la cláusula arbitral supone una renuncia a la tutela jurisdiccional: como señala la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje de 1988, “el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial consagrado en el artículo 24 de la Constitución”. El convenio arbitral no es una renuncia al Derecho, sino una renuncia a una determinada vía, la judicial, de resolución de controversias, optando por otra, la arbitral, que se considera más idónea. Como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1995, el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil”.

Hay que rechazar la pretendida equivalencia entre comprometer y transigir (y por tanto disponer). La sumisión a arbitraje implica una exclusión voluntaria del orden procesal, pero no de la ley material aplicable. Y hay que rechazar la identificación de lo inarbitrable con lo regulado por normas imperativas. Un derecho irrenunciable no es inarbitrable: someterlo a arbitraje no es renunciar al mismo, sino, insistamos, hacerlo valer por un cauce procesal distinto, cauce en el que el árbitro deberá observar y respetar las normas imperativas que resulten aplicables. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de mayo de 2005, frente al argumento del registrador de que determinadas materias expresamente contempladas en la correspondiente cláusula (reparto de beneficios, ampliaciones o disminuciones de capital, disolución y liquidación social, separación o exclusión de socios, exigencia de responsabilidad a los

administradores sociales e impugnación de todo tipo de acuerdos sociales), por su regulación legal, no son de libre disposición ni por tanto susceptibles de arbitraje, entiende que tal argumento “no es atendible, pues el conflicto puede surgir, precisamente, sobre el ajuste o desajuste de la cuestión que se plantee al régimen legal que le es aplicable”.

En cuanto al orden público, otro de los grandes baluartes antiarbitralistas, hay que señalar que se trata de una noción no sólo mutable y variable a lo largo del tiempo, sino sometida a una progresiva dilución en las últimas décadas. Y además, como ya hemos indicado, hay que distinguir entre un orden público nacional (que cada Estado determina sobre la base de sus intereses particulares), un orden público internacional y un orden público transnacional (en fase de configuración, desvinculado del influjo estatal que recibe el anterior).

En la esfera societaria, ese orden público estaría encarnado en los famosos principios configuradores del tipo social en cuestión. Y, propiciado por la dinámica neoliberal, estamos asistiendo en esta materia a un tránsito o deslizamiento, en palabras de PAZ-ARES, de un “paradigma institucional” a un “paradigma contractual”.

El primero obedece a la idea de una regulación societaria de carácter imperativo que deja un escaso margen al ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual, para evitar la desvirtuación de la “institución” o “tipo ideal legal”. Se considera la ley como instrumento, no de integración, sino de conformación del contrato social, partiendo de la voluntad del legislador como expresión abreviada de un contenido axiológico que encarna el tipo.

El alternativo “Paradigma contractual” supone una visión negocial del fenómeno societario como nuevo modelo cultural para interpretar la realidad de las sociedades en cuanto particulares formas de empresa. El protagonismo conformador y regulador han de tenerlo los socios, quienes han de poder configurar sus relaciones internas de acuerdo con el modelo organizativo de sociedad más acorde a sus intereses. El legislador ha de limitarse a una tarea facilitadora, a procurar una normativa esencialmente dispositiva que recoja la regulación que las partes se habrían dado en ausencia de costes de transacción.

La repercusión de tal planteamiento en la cuestión de la arbitrabilidad de la materia societaria es evidente. Pero en todo caso el orden público supondrá normalmente un límite al poder decisorio de los árbitros, que no podrán contravenirlo con sus decisiones, y que en tal caso se hará valer *a posteriori* instando la anulación del laudo (art. 41, apartado primero, de la Ley vigente) o con ocasión de su exequátur. Sólo de forma excepcional habrá que atender al orden público para delimitar o acotar

inicialmente la materia arbitrable. Inmediatamente volveremos sobre este punto.

Rechacemos también el argumento del interés social: otro cambio de criterio relevante a nuestros efectos es precisamente el del relativo a lo que sea ese interés social.

Según un planteamiento institucionalista, el mismo vendría a ser una síntesis de diversos intereses: el de los socios, pero también el de los trabajadores, los consumidores o el propio interés de la economía nacional en su conjunto.

Frente a ello, la tesis contractualista o economicista entiende que el único interés a considerar es el interés común de los socios. Planteamientos recientes (que recoge el informe formulado por la comisión de expertos presidida por el profesor OLIVENCIA en febrero de 1998, conocido como “Informe Olivencia”) incluso sostienen que el interés social consiste en la creación de valor para el accionista, esto es, la maximización del valor de la empresa entendida como incremento del valor de la participación del socio.

Aun cuando no se comparta semejante extremismo economicista, desde luego hay que estar de acuerdo, sobre todo en relación a cuestiones como la que ahora nos ocupa, en que el interés social no es una entelequia metasocietaria, sino el interés patrimonial de los socios en cuanto partícipes en la concreta empresa.

B) Cuestiones societarias excluidas de satisfacción por el cauce arbitral.

Sentado lo anterior, hay que plantearse qué cuestiones societarias son insusceptibles de satisfacción mediante arbitraje.

a) Responsabilidad penal de los administradores. Claramente no se puede someter a arbitraje la exigencia de responsabilidad penal a los administradores.

b) La declaración del concurso de acreedores y su efecto sobre la arbitrabilidad de cuestiones societarias. La Ley Concursal 22/2003, en su artículo 52, apartado primero, establece que la competencia arbitral es desplazada por la del juez del concurso: “Los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales” (en términos similares y para el arbitraje de consumo, la disposición final trigésimo tercera añade un apartado cuarto al art. 3 de la Ley 26/1984, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Ahora bien, frente a la generalidad del precepto citado hay que entender que tal suspensión de efectos del convenio arbitral se produce tan sólo en relación a las materias que son competencia exclusiva del juez del concurso. En cuanto aquí nos interesa, tales materias son: las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (no dejará de ocasionar problemas la necesidad de determinar caso por caso si la acción tiene o no esa trascendencia); las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores, auditores o liquidadores por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento (art. 8 de la Ley Concursal); las acciones de responsabilidad en general contra los mismos (art. 48, apartado segundo); las acciones de reintegración de bienes del deudor a la masa (art. 72, apartado tercero); y parece que también la reclamación a los socios de su responsabilidad subsidiaria por deudas de la sociedad anteriores a la declaración del concurso (art. 48, apartado quinto) y las cuestiones relativas al reconocimiento y graduación de créditos (art. 86 y art. 95, apartado cuarto). Ha de rechazarse *a fortiori* (como se venía haciendo por la doctrina en relación a la quiebra bajo la anterior regulación), por un principio de orden público económico, la arbitrabilidad de la controversia relativa a la misma declaración del concurso.

Pero cabrá someter a arbitraje, por ejemplo, las reclamaciones que se dirijan contra terceros en ejercicio de acciones del concursado a que se refiere el artículo 54 de la Ley, que admite su ejercicio por la administración concursal (en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor) o por el propio concursado (en caso de mera intervención) con la conformidad de la administración concursal (incluso tratándose de acciones personales del concursado, que necesariamente ejercita éste, con trascendencia patrimonial, se le permite desistir, allanarse o transigir con dicha conformidad).

En el supuesto de declaración de concurso de una sociedad mercantil, téngase en cuenta que, conforme al artículo 44 de la Ley Concursal, dicha declaración no interrumpe la actividad empresarial de la sociedad; y que, de acuerdo con el artículo 48, se mantendrán los órganos de dicha persona jurídica, sin perjuicio de los efectos que en su funcionamiento produzca la intervención o suspensión de sus facultades. La cláusula arbitral incluida en los estatutos sociales seguirá siendo en consecuencia aplicable a las cuestiones que suscite la dinámica interna del ente entre la sociedad, los socios y los administradores que no caigan en las redes competenciales del juez del concurso.

c) *Sustitución de los órganos sociales.* Fuera de los dos supuestos anteriores, cabría entender que nos encontramos con un principio de orden

público societario que incide sobre el ámbito de lo arbitrable cuando se pretende que los árbitros sustituyan a los órganos sociales en cuestiones cuya competencia viene atribuida a los mismos de forma legal e imperativa.

Nos dice Eduardo POLO que el árbitro puede determinar si un acuerdo es nulo, pero no sustituir la voluntad de los órganos sociales dictando un laudo que supla el acuerdo o decisión orgánica, convirtiéndose de hecho en una suerte de tercer órgano parasocial. Con ello sí que cabe entender que se desnaturaliza su esencia como ente corporativo, y no debe olvidarse que en la cuestión de la estructura orgánica de las sociedades de capital no está presente únicamente el interés particular de los socios, ya que afecta a la seguridad del tráfico y la protección de los terceros.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en este sentido, en Resolución de 27 de abril de 1989, entendió que no cabe la remisión al arbitraje para resolver los empates en el seno del Consejo de Administración. Tales empates “se desenvuelven en el seno del proceso de formación de la voluntad social”; los consejeros “no actúan, al menos directamente, sus propios derechos e intereses, ni tratan de conciliar pretensiones jurídicas enfrentadas sino que con sus posiciones contribuyen a definir una voluntad jurídicamente ajena”.

Podrá admitirse, eso sí, para estos supuestos, el recurso a un tercero mediador que aproximando las posturas de sus miembros posibilite que sea finalmente el propio órgano social el que adopte el acuerdo.

d) Adaptación o modificación de los estatutos sociales. Tampoco parece que quepa encomendar a los árbitros la adaptación y modificación de los estatutos sociales a circunstancias sobrevenidas (aunque en la contratación internacional sí que se admite que a los árbitros se les atribuya una función de adaptación del contrato mercantil ante un cambio de los presupuestos fácticos contemplados por las partes).

C) Otras posibilidades controvertidas de actuación arbitral.

a) Autorización de transmisión de acciones o participaciones sociales. La posibilidad de encomendar estatutariamente a un tercero la facultad de autorizar la transmisión de acciones o participaciones ha sido estudiada cumplidamente por PERDICES HUETOS.

Frente a la postura que considera que la autorización de tales transmisiones es un acto de gestión que solamente la sociedad a través de sus órganos tiene competencia para verificar, y que invoca el artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas, que sólo contempla la “previa autorización de la sociedad”, y sobre todo el artículo 123, apartado segundo, del

Reglamento del Registro Mercantil, según el cual “los estatutos no podrán atribuir a un tercero la facultad de consentir o autorizar la transmisión”, considera este autor que la encomienda de la facultad de autorizar la transmisión a un tercero (que venía siendo admitida bajo la vigencia de la legislación anterior por autores como GARRIGUES, URÍA o BROSETA) es perfectamente posible.

Así, entiende que el artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas se limita a guardar silencio sobre la cuestión, sin excluir esta posibilidad. El artículo 188 del Reglamento del Registro Mercantil no recoge una regla paralela a la del artículo 123 para las sociedades de responsabilidad limitada, lo que denota la inexistencia dogmática de impedimentos al efecto. Desde un punto de vista valorativo, no se ve diferencia entre que decida un tercero o un administrador no socio; más aún, y como señalara BROSETA, “incluso puede ofrecer mayores garantías la discrecionalidad de un tercero que la de los órganos sociales, que deciden según los dictados de la mayoría” (discrecionalidad que, recordemos, en todo caso habrá de operar dentro de las coordenadas que señalen las causas de denegación que necesariamente han de contener los propios estatutos, conforme al art. 63, apartado tercero, de la Ley de Sociedades Anónimas). Es más, si cabe que se encomiende a un tercero la facultad de autorizar o no la transmisión como beneficiario y en su propio interés (en congruencia con la posibilidad de que la cláusula de adquisición preferente se establezca a favor de terceros conforme a los arts. 123, apartado tercero, y 188, apartados segundo y tercero, del Reglamento del Registro Mercantil), tanto más habrá que admitir que se encomiende a un tercero atendiendo precisamente al interés de la sociedad.

b) Asuntos relativos al principio de capital social o controversias en materia de balances; nombramiento de expertos o auditores. No vemos tampoco inconveniente en someter a arbitraje cuestiones relativas al principio de realidad del capital social, o controversias en materia de balances. Tal posibilidad se ha rechazado argumentando que las mismas afectan al interés público y tienen trascendencia frente a terceros. Sin embargo, la respuesta a tal cuestión es susceptible de matizaciones.

Planteémonos un acuerdo que vulnere frontalmente el principio de capital real: un acuerdo que decida, por ejemplo, una condonación de dividendos pasivos sin reducción de capital o una emisión de acciones por una cifra inferior a su valor nominal. Un árbitro podrá decidir la controversia planteada por la impugnación de tal acuerdo, y naturalmente, en aplicación de la Ley, lo declarará nulo. Y por supuesto un árbitro podrá intervenir en conflictos relativos a cómo y cuándo se desembolsan los dividendos pendientes, a las consecuencias del incumplimiento de la obliga-

ción de desembolso, a la posibilidad o imposibilidad de realizar el desembolso no dinerario *in natura*, etc.

Consideramos asimismo admisible que pueda nombrarse un árbitro en relación a determinados supuestos en los que la Ley encomienda la elaboración de un informe o verificación de un balance a expertos o auditores, y ello aún cuando atribuya su nombramiento al registrador mercantil. GIMÉNEZ DUART se pronuncia en contra, y también FERNÁNDEZ DEL POZO, que señala, en relación a este último supuesto, que si la ley atribuye a una autoridad, el registrador, la designación del experto o auditor, su intervención no es fungible, como no lo es en general la intervención judicial o parajudicial en el ámbito de la jurisdicción voluntaria.

En el caso de sociedades obligadas a verificación contable, la designación del auditor y su actuación sí que cabe entenderlas dotadas de una dimensión de interés público general u orden público económico: La revisión contable, esto es, el examen y comprobación de la regularidad o exactitud de las cuentas sociales de las grandes empresas (que son las obligadas a dicha verificación) por expertos profesionales e independientes persigue efectivamente la tutela de intereses generales y colectivos. Pero es que aquí no hay posibilidad de arbitraje porque no se conecta la intervención de estos expertos a litigio alguno: la verificación es necesaria aunque las cuentas se aprueben por unanimidad.

Como tampoco se parte de la existencia de controversia en los supuestos de aportación no dineraria o adquisición onerosa por la sociedad en los dos primeros años a partir de su constitución, respecto de las que se exige el informe pericial de los artículos 38 y 41 de la Ley de Sociedades Anónimas, ni tiene por qué haberlo en los casos de aumento de capital por compensación de créditos o con cargo a reservas, o de fusión y escisión, respecto de los cuales los artículos 156, 157, 236 y 239 de la misma contemplan la intervención de auditores y expertos, supuestos en los cuales la intervención del experto o auditor obedece a la salvaguarda del principio de capital real o en los que en todo caso es evidente su trascendencia para el interés general. Lo mismo cabe decir en los supuestos de intervención de auditor previstos por la Ley si se procede a una reducción de capital para compensar pérdidas, y en el caso de la sociedad anónima, también para dotar la reserva legal, conforme a los artículos 168 de la Ley de Sociedades Anónimas y 82 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

No se ve, sin embargo, por qué no podría acudirse a un árbitro para dirimir controversias entre minoría y mayoría si la sociedad no está obligada a verificación contable, en lugar de acudir al procedimiento previsto en los artículos 205, apartado segundo, de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil: aquí la actuación del

auditor se presenta como un mecanismo de tutela de la minoría social. Igual que la minoría puede optar por no solicitar un auditor, también habrá de poder optar por otro mecanismo dirimente de la controversia.

También podrá prescindirse del informe del auditor que exige el artículo 159, apartado primero, de la Ley de Sociedades Anónimas en los supuestos en que se pretenda la exclusión del derecho de suscripción preferente, que se exige por el legislador pensando en los socios que se verán privados de ese derecho más que en la salvaguarda del principio de realidad del capital social.

Más clara resulta aún la cuestión en supuestos como el contemplado en el artículo 68, apartado tercero, de la Ley de Sociedades Anónimas, en que se acude al auditor para la liquidación de las relaciones entre usufructuario y nudo propietario a la extinción del usufructo o en caso de disolución de la sociedad durante el usufructo: tampoco se acaba de ver por qué de mutuo acuerdo no pueden ese usufructuario y ese nudo propietario someter a arbitraje la cuestión, por mucho que las normas hablen de auditor designado por el registrador mercantil si la sociedad no está obligada a verificación contable (e incluso aunque lo estuviere y tuviese nombrado un auditor).

Y lo mismo cabe decir en los supuestos en que la función del auditor consiste en determinar el valor de acciones o participaciones sujetas a restricciones estatutarias en cuanto a su transmisibilidad, o el valor de las acciones o participaciones del socio separado o excluido de una sociedad de responsabilidad limitada (arts. 64, apart. primero, y 147, apart. segundo, de la Ley de Sociedades Anónimas y 29, 32 y 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

En todos estos casos, en la medida en que a la intervención del auditor, y del registrador que lo designe, se antepone el posible acuerdo de las partes, también ha de anteponerse el acuerdo que consista precisamente en reconducir la cuestión a la vía arbitral. Y siendo incluso posible en todos estos supuestos, como ya antes indicábamos, acudir a un arbitrador si ni tan siquiera hay cuestión o controversia, sino voluntad de remitir a un tercero la fijación de los extremos que procedan.

c) *Disolución de la sociedad.* La arbitrabilidad de las controversias relativas a la disolución de la sociedad (y a su ulterior liquidación) ha venido siendo pacíficamente aceptada.

Quizá podría pensarse que concurre una causa de orden público económico con trascendencia para el interés general que impediría el recurso al arbitraje si la disolución se pretende por la concurrencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio de la sociedad a una cantidad inferior a la mitad del capital social [prevista en el punto cuarto del apart. prime-

ro del art. 260 de la Ley de Sociedades Anónimas y en la letra e) del punto primero del art. 104 de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada] y la correspondiente declaración judicial, si no se adopta el acuerdo social de disolución, es instada por socios o administradores.

d) Nulidad de la sociedad. Finalmente, tampoco debe verse inconveniente en que la cláusula arbitral surta su efecto cuando se pretenda la declaración de nulidad de la sociedad (arts. 34 y 35 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Téngase en cuenta el principio de separabilidad de la cláusula arbitral y el contrato en que se inserta, que recoge hoy el artículo 22 de la Ley 60/2003: los árbitros pueden declarar la nulidad del contrato sin que ello entrañe por sí la nulidad de la cláusula arbitral en virtud de la cual actúan. Tradicionalmente se rechazó la arbitrabilidad de las controversias relativas a la nulidad de la sociedad, con las consabidas invocaciones al orden público, al interés social y a la seguridad del tráfico, razones por las cuales se venía considerando que el conocimiento de tal cuestión debía entenderse atribuido imperativamente a los tribunales. Al ordenamiento, se argumentaba, no le es indiferente la existencia y subsistencia de estos sujetos de derecho, que crean un entramado de relaciones que hay que preservar. Pero obsérvese que todas esas objeciones son predicables también del supuesto de disolución de la sociedad, cuestión cuya arbitrabilidad ha venido siendo admitida sin mayores problemas. Los terceros no quedan afectados por la nulidad en mayor medida que por la disolución de la sociedad, es más, la ley busca precisamente su protección aplicando a aquélla el procedimiento previsto para ésta (art. 35 de la Ley de Sociedades Anónimas).

IV. La vinculación subjetiva de la cláusula arbitral

1. Sociedad, fundadores y ulteriores socios.

La vinculación de la cláusula arbitral incluida en los estatutos sociales es clara respecto de los socios fundadores. Y la propia sociedad como sujeto de derecho, como persona jurídica, es la primera en quedar vinculada, aun cuando propiamente no haya sido parte en el contrato de sociedad y por tanto en el convenio arbitral.

Sin embargo, no ha sido cuestión pacífica que la cláusula estatutaria (debidamente inscrita en el Registro Mercantil, claro está) vincule a quienes ulteriormente adquieren la condición de socios. Los antiarbitralistas se aferraban a la exigencia (hoy felizmente suprimida) de la Ley de 1988

de que hubiese una voluntad “inequívoca” de las partes de someterse al cauce arbitral, señalando que la mera compra de acciones o participaciones (o su suscripción o asunción con ocasión de un aumento de capital) no implicaba tal consentimiento inequívoco. Ahora bien, como señala la citada Resolución de 19 de febrero de 1998, “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, la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria”.

2. Herederos de los socios.

No ha sido tampoco pacífica la vinculación a la cláusula arbitral de los herederos de los socios cuando no asuman esa condición, esto es, cuando no sucedan al causante en la posición jurídico-social (al heredar o recibir por legado la condición de socio). Hay que entender que en todo caso podrán reclamar, por ejemplo, dividendos devengados y no satisfechos, o la liquidación de la participación social cuando la parte del difunto se amortiza. En relación a las controversias que de todo ello puedan derivarse, la cláusula arbitral afecta a dichos herederos y ello porque, asuman o no la condición de socios, continúan la personalidad del causante y siguen ostentando un legítimo interés jurídico societario.

3. Titulares de derechos sobre acciones o participaciones sociales.

¿Quedan sujetos a la cláusula arbitral contenida en los estatutos sociales los titulares de derechos sobre las acciones o participaciones, como usufructuarios o acreedores pignoratícios? Hay que entender que sí, en la medida en que puedan y pretendan ejercitar los derechos sociales frente a la sociedad (como los de voto en las Juntas, reclamación del pago de dividendos sociales, derecho de suscripción preferente, etc.)

Frente a la sociedad, el ejercicio (que no titularidad) de los derechos del socio corresponde, como sabemos, al nudo propietario o acreedor pignoratício, salvo disposición contraria en los estatutos (arts. 67 y 72 de la Ley de Sociedades Anónimas y 36 y 37 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). Por lo demás y como establecen los artículos 67 de la Ley de Sociedades Anónimas y 36 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada para el usufructo, las relaciones entre las partes se regirán por lo que determine el título constitutivo. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha distinguido reiteradamente (en Resoluciones de 30 de julio de 1994 y 19 de febrero de 1998) entre estos dos planos interno (propietario *versus* titular del derecho) y externo (uno u

otro frente a la sociedad). Los estatutos no pueden inmiscuirse en aquél, ni el pacto de las partes anteponerse a la norma estatutaria en cuanto atañe a éste. Y las respectivas cláusulas arbitrales deberán constar en uno u otro para ser aplicables en el respectivo ámbito.

Cabría pensar, no obstante, en situaciones como la contemplada por la Resolución de 26 de octubre de 1989, en que ante las especiales circunstancias concurrentes en el concreto supuesto (no existía razón para proteger a la sociedad por razón de la alteridad de la relación de prenda, ya que era el acreedor titular de una prenda sobre la totalidad de las acciones el que se constituía por sí solo en Junta universal de la sociedad y adoptaba una serie de acuerdos) terminó dándole la razón al registrador, que rechazaba el acceso de esos acuerdos sociales al Registro por infringir lo previsto en el título constitutivo de la prenda que atribuía a los titulares pignorantes el ejercicio de los derechos sociales. Así, supongamos que el usufructuario de la totalidad de las acciones o participaciones en que se divide el capital social, y al que estatutaria y contractualmente corresponde el derecho de voto, lo ejercita adoptando un acuerdo social que vulnera lo convenido con los nudo propietarios; por ejemplo, decidiendo repartir dividendos de determinada forma o en determinado momento. Si en dicho acuerdo interno se contempla la sumisión a arbitraje, pero en los estatutos sociales no, entendemos que la controversia societaria consistente en la impugnación de tal acuerdo podrá ser reconducida al cauce arbitral, con base en lo pactado al constituir el usufructo, precisamente por la apuntada falta de alteridad de la relación interna.

4. Los socios como terceros; las acciones de regreso entre socios.

La cláusula arbitral no vinculará a los socios en cuanto sean parte en una relación jurídica extracorporativa entablada con la sociedad, al contratar o relacionarse con la misma como terceros. Si por ejemplo un socio vende un bien a la sociedad o adquiere por compra un bien de la misma, no puede pretenderse por ninguna de las partes, vendedora o compradora, socio o sociedad, la aplicación de la cláusula arbitral establecida en los estatutos (aunque no falta alguna jurisprudencia menor que sí lo ha admitido, atendiendo al hecho de que la condición de socio del contratante en cuestión fue determinante para la fijación de alguno de los elementos esenciales del negocio, como el precio).

También debe rechazarse la pretensión de sumisión a arbitraje por virtud de la correspondiente cláusula estatutaria de controversias entre socios y terceros ajenos a la sociedad, por mucho que el objeto de la controversia lo sea precisamente la cualidad de socio (en ocasiones se ha planteado ante los tribunales tal pretensión por el socio oculto que se en-

frenta a su testaferro, o por determinados socios que quieren conseguir la declaración de simple apariencia de la cualidad de tal de otro de ellos).

No obstante, es clara la vinculación a la cláusula arbitral de quien ha dejado de ser socio (por amortización de sus acciones o participaciones, o por separación o exclusión), si la controversia se refiere a la liquidación de tal situación o en general a corolarios de la misma; y más aún de aquel socio que como consecuencia de la amortización de sus acciones recibe los bonos de disfrute que contempla el artículo 49, apartado tercero, de la Ley de Sociedades Anónimas, por los que, como sabemos, se busca no desvincular definitivamente de la sociedad al socio tenedor de los mismos, confiriéndole un derecho al dividendo y pudiendo también atribuirle los otros derechos sociales de carácter económico.

También es claro que el socio que ejercita la acción individual de responsabilidad contra los administradores por los actos de éstos que lesionen directamente sus intereses (art. 135 de la Ley de Sociedades Anónimas) no está actuando como tercero. Sin entrar en la naturaleza contractual o extracontractual de tal responsabilidad, esta acción presupone en primer lugar una actuación de los administradores precisamente como tales, es decir, en el desempeño de las funciones inherentes al cargo; y en segundo lugar un daño a los socios como consecuencia de tal actuación, que ha de ser “directo”, es decir, autónomo y distinto del originado en el patrimonio social o al interés social. Así, cuando el administrador vulnera los derechos del socio (por ejemplo, cuando desconoce su derecho de suscripción preferente, o cuando impide o permite una venta de acciones); o también cuando proporciona informaciones falsas que inciden en el proceso de formación de la voluntad del socio, induciéndole, por ejemplo, a participar —o no— en un aumento de capital o en general a actuar en determinado sentido. Pues bien, tales controversias han de considerarse reconducibles a la vía arbitral: por mucho que al socio se le confiera una acción individual y por mucho que el daño que se pondere lo sufra directamente en su propia esfera patrimonial, ello no incide sobre la índole plenamente societaria de la controversia, ocasionada, insistimos, por una actuación de los administradores como tales y relativa, todo lo mediatamente que se quiera, al contenido de la posición de socio.

¿Qué ocurre en aquellos supuestos en que los socios deben responder solidariamente frente a terceros (como los socios colectivos por las deudas sociales, o los fundadores de una anónima o limitada por los actos y contratos celebrados antes de la inscripción o por la realidad y valoración de las aportaciones no dinerarias) y habiendo satisfecho uno de ellos la deuda u obligación reclama en vía de regreso contra los restantes? Cabe

sostener que tales controversias quedan sujetas a la cláusula arbitral, en cuanto que, aun tratándose la vía de regreso entre deudores solidarios de una relación interna u horizontal entre socios, tiene un claro vértice u origen en el vínculo social: la reclamación de unos contra otros tiene lugar precisamente en cuanto socios (también cabrá por igual razón entender vinculados entre sí por la cláusula arbitral a los administradores en las controversias que entre ellos se produzcan con ocasión de las acciones de regreso por razón de su responsabilidad solidaria, conforme al art. 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, o por la responsabilidad solidaria por las deudas sociales que a los mismos impone la Ley ante determinados incumplimientos: aun cuando no es propiamente una controversia con la sociedad, sino entre ellos, lo es precisamente en cuanto administradores y deriva de la dinámica societaria).

5. Obligacionistas: especial referencia al supuesto de obligaciones convertibles en acciones; *warrants* societarios.

Los obligacionistas, como terceros acreedores, no se verán en principio afectados por la cláusula arbitral recogida en los estatutos de la sociedad emisora. Podrá, claro está, preverse el recurso al arbitraje en la escritura pública de emisión (que conforme al art. 285 de la Ley de Sociedades Anónimas habrá de contener “las reglas fundamentales que hayan de regir las relaciones jurídicas entre la sociedad y el sindicato”, y que se entiende ratificado al suscribir las obligaciones). O podrá ello acordarse posteriormente por la asamblea de obligacionistas (entre cuyas competencias está la de “acordar lo necesario a la mejor defensa de los legítimos intereses de los obligacionistas frente a la sociedad emisora”, conforme al art. 300 de la Ley de Sociedades Anónimas); acuerdo que, del mismo modo que el acuerdo mayoritario de los socios en el seno de la Junta general de la sociedad, según luego se expone, entendemos vinculante para los obligacionistas ausentes y disidentes.

Ahora bien, caso aparte lo constituyen las obligaciones convertibles en acciones. Los obligacionistas no son entonces titulares de valores que incorporen un mero crédito contra la sociedad, sino que el legislador (presuponiendo que se ha acordado una relación de cambio fija) establece una serie de medidas para la salvaguarda de sus intereses durante la fase previa a la conversión: pueden estos obligacionistas ejercitar el derecho de suscripción preferente sobre las nuevas acciones que se emitan (art. 158 de la Ley de Sociedades Anónimas); en determinados supuestos de aumento y reducción de capital será necesario modificar la relación de cambio, o garantizar la posibilidad de conversión de las obligaciones (conforme al art. 294, aparts. segundo y tercero de la Ley de Sociedades Anónimas); y

por supuesto, llegado el momento, pueden solicitar la conversión de sus obligaciones en acciones.

Entendemos que las controversias que de todo ello puedan seguirse quedarán sujetas a la cláusula arbitral recogida en los estatutos sociales. Y ello porque la suscripción de estas obligaciones convertibles supone no sólo la ratificación de la correspondiente escritura de emisión, sino que también, en la medida en que su titularidad está llamada a convertirse en la titularidad de acciones, e implica de modo inmediato y sin esperar a la correspondiente conversión la atribución de determinados derechos sociales, o interfiere o se imbrica con cuestiones estrictamente societarias para preservar su posición como futuros socios, debe suponer la aceptación de los estatutos sociales en cuanto afecten o se relacionen con todo ello. Así, si los obligacionistas impugnan un acuerdo social de aumento de capital con cargo a reservas, o de reducción de capital social por pérdidas, porque les afecta (negativamente) en distinta medida que a los socios actuales, no lo están haciendo como meros terceros: su interés legítimo es el que deriva de su potencial condición de socios. Y tanto más cuando la controversia se relacione precisamente con su propósito de adquirir esa condición de socios, en ejercicio de los derechos de suscripción preferente o conversión de sus obligaciones, por un principio de congruencia y buena fe (sería claramente contrario a la misma pretender que no se les aplique la cláusula estatutaria arbitral alegando que todavía no son socios, cuando lo que pretenden es precisamente adquirir tal condición).

Una problemática similar se plantea, y la misma solución cabe defender por análogas consideraciones, en relación a las controversias que deriven del ejercicio de sus derechos por titulares de los conocidos como *warrants* societarios, aquellos valores negociables que incorporan un derecho a la suscripción de acciones de nueva emisión de la sociedad en cuestión (incluso se reconoce a sus titulares un derecho de suscripción preferente sobre otras emisiones de acciones y obligaciones convertibles de la sociedad, conforme al art. 19, apart. segundo, del Real Decreto 291/1992, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores, por remisión a lo establecido al efecto respecto de titulares de obligaciones convertibles en el art. 293 de la Ley de Sociedades Anónimas). Tales *warrants* pueden entregarse a los administradores como modalidad retributiva (dentro de las *stock options* que contempla hoy el art. 130 *in fine* de la Ley de Sociedades Anónimas), con lo que la sumisión de las correspondientes controversias a la cláusula arbitral tendrá entonces lugar también por este concepto.

6. Terceros legitimados para la impugnación de acuerdos sociales.

¿Qué ocurre en aquellos supuestos en que están legitimados para impugnar un acuerdo social nulo los terceros que acreditan en ello un interés legítimo? Estos terceros evidentemente no están vinculados por la cláusula arbitral. Pero en estas situaciones nos encontramos más bien ante un problema procesal que debe tener una solución procesal y que no puede constituir un obstáculo sustantivo a la admisión del arbitraje. La cuestión se reducirá a evitar el solapamiento entre la jurisdicción ordinaria y la arbitral. Se han propuesto al efecto diversas soluciones: entender que no cabe el arbitraje en cuanto a la impugnación de tales acuerdos, puesto que dichos terceros no se ven afectados por el convenio arbitral y no les es imponible el laudo (es la solución que adopta la propuesta de anteproyecto de ley de sociedades profesionales en su art. 16, apart. segundo); o bien entender que la materia es arbitrable cuando hayan decaído los derechos de estos terceros; o que la materia es arbitrable únicamente en cuanto afecte a las partes del convenio; o defender una acumulación de procedimientos, bien en favor del arbitraje, bien en favor de los órganos jurisdiccionales.

Distinto es el caso de la acción social de responsabilidad contra los administradores: pueden ejercitarla los acreedores, pero sólo en defecto de la sociedad y los accionistas (art. 134, apart. quinto, de la Ley de Sociedades Anónimas), luego si se hace valer por el cauce arbitral, falla el presupuesto de la legitimación del acreedor, que consiste en que la acción no haya sido ejercitada por la sociedad o los socios; no es que los acreedores queden entonces vinculados por el convenio arbitral, sino que simple y llanamente no están legitimados para el ejercicio de la acción.

7. Administradores, contratos de alta dirección y administradores de hecho.

Ha sido también cuestionada la vinculación de administradores (y liquidadores) de la sociedad a la cláusula estatutaria arbitral. Se llegó a defender que la cláusula no les afectaba, salvo que, además de desempeñar tales cargos, tuvieran la condición de socios, entendiéndose que no bastaba con aceptar su nombramiento para que se entendiera prestado el consentimiento expreso al convenio que exigía, como ya hemos visto, la Ley de Arbitraje de 1988. Pero como establece la citada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de febrero de 1988: "los administradores, aunque no ostenten la condición de socios, no por ello son terceros desvinculados del régimen estatutario en su relación orgánica con la sociedad pues si así fuera tampoco podrían invocar en su

favor los derechos que como puede ser la retribución, les reconocieran”.

Cuestión distinta es la de aquellas relaciones del administrador con la sociedad que obedezcan a un vínculo distinto de la relación orgánica societaria, como el establecido entre uno y otra mediante un contrato laboral que tenga por objeto actividades ajenas a la gestión social, a las que no se aplicará la cláusula arbitral.

Pero consideración aparte merecen a su vez los contratos de alta dirección que la sociedad celebra con sus administradores (normalmente con aquellos consejeros que desempeñan funciones ejecutivas en el seno del Consejo). El Tribunal Supremo reiteradamente ha entendido, en materia de retribución, que, cuando el alto directivo es también administrador, la relación orgánica absorbe a la laboral, por lo que la retribución que por todos los conceptos haya de percibir debe constar en los estatutos sociales para ser lícitas. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de abril de 2002, frente al argumento del registrador calificador de que ésta es una cuestión ajena a los estatutos, sigue el referido criterio del Tribunal Supremo, señalando que “la absorción de las funciones directivas por la relación societaria determinará que su retribución haya de sujetarse a las exigencias de ésta”. Siendo así, una controversia relativa a tal retribución como alto directivo deberá entenderse incluida en el ámbito objetivo de la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje. Y en definitiva, la misma solución cabe aplicar más allá de la materia estrictamente retributiva. En la medida en que un contrato de alta dirección (o de arrendamiento de servicios, o de gestión o administración) que tenga por objeto la dirección de las incumbencias sociales se otorgue causalmente conectado con la relación orgánica societaria, precisamente para regular con carácter complementario determinadas condiciones o aspectos de la misma, se dará esa indicada “absorción de las funciones directivas por la relación societaria”, siendo necesario que el contrato de dirección se supedite y no contradiga lo establecido en los estatutos sociales; por ello, en relación a las controversias que se planteen (piénsese, por ejemplo, en las relativas a la indemnización que en dichos contratos se establece para el caso de cese, incluida la controversia relativa a la propia validez de tal estipulación), cabrá invocar la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje.

¿En qué medida afecta la cláusula arbitral al administrador de hecho? Nos referimos aquí al conocido como administrador de hecho oculto o indirecto, es decir, aquel que oculta su intervención y no aparece frente al exterior como administrador, sino que se limita a decidir de hecho la gestión social ejerciendo una influencia decisiva sobre los administradores formalmente tales e incluso llegando a suplantarlos en el plano inter-

no. Así, en los casos de gestión *de facto* de la sociedad por los socios dominantes, o en los supuestos de control en el seno de grupos de sociedades, a que luego aludiremos.

La Ley 26/2003, de 17 de julio, de Transparencia en Sociedades Anónimas Cotizadas, modifica el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas introduciendo un nuevo apartado segundo, conforme al cual “el que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, accionistas y acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador”. La equiparación que realiza el legislador con los administradores formalmente tales es pues plena a efectos de responsabilidad.

Pues bien, entendemos que precisamente por esa equiparación legal el administrador de hecho siempre podrá pretender que, conforme a la correspondiente cláusula estatutaria, la controversia relativa a su responsabilidad como tal se sustancie por la vía arbitral.

No cabrá, sin embargo, someter a arbitraje la controversia conceptualmente previa relativa a si concurre o no en determinada persona la condición de administrador de hecho, por la que se decide precisamente la atribución o no de esa condición.

Si se da la circunstancia de que el administrador de hecho es socio de la mercantil (normalmente se tratará del socio dominante o de control, como hemos apuntado), la sociedad o los demás socios podrán asimismo exigir la intervención de los árbitros. Incluso cabrá en este supuesto someter a arbitraje también la controversia sobre su condición de administrador de hecho.

8. Auditores.

La sujeción a la cláusula arbitral de los auditores de la sociedad, que se ha sostenido por algunos autores, no nos parece tampoco defendible.

No creemos que la cuestión pueda hacerse depender de la postura que se adopte en la polémica relativa a la consideración como órganos sociales de los auditores.

En el caso del administrador, como sabemos, es del acto unilateral y estrictamente societario de nombramiento por la Junta, seguido del acto unilateral de aceptación por el nombrado (presupuesto o condición de la efectividad de su nombramiento) del que nace la relación jurídica entre uno y otra, con el conjunto de derechos y deberes que resultan de la Ley, la escritura social y los estatutos (sin perjuicio de que en ocasiones se celebre además un contrato *sui generis* de gestión o alta dirección en los

términos que antes hemos visto). Frente a todo ello, en el caso de los auditores, y aun tratándose de auditores designados por la Junta general de una sociedad obligada a verificación contable, el acuerdo de la Junta no es sino el presupuesto del contrato que celebrarán el designado y los administradores de la sociedad, que de ese modo ejecutan tal acuerdo de nombramiento; y la aceptación de los auditores se confunde con el consentimiento contractual que para la perfección del mismo prestan. Tampoco el contenido de la relación jurídica entre el auditor y la sociedad resulta sin más de las disposiciones legales y de lo previsto en la escritura social y los estatutos, sino que debe determinarse en ese contrato que insoslayablemente debe celebrar el auditor con el órgano de administración de la sociedad (sin perjuicio de que el núcleo mínimo de atribuciones y el régimen de responsabilidad del auditor estén previstos por la Ley). Así ocurre en un aspecto tan relevante como es el de su retribución, que se fija caso por caso (y no necesariamente por la Junta), previa negociación con el auditor designado o propuesto, “antes de que comiencen el desempeño de sus funciones y para todo el período en que deban desempeñarlas”, conforme al artículo 207 de la Ley de Sociedades Anónimas.

No puede en consecuencia decirse de los auditores, como sí de los administradores, que la aceptación del cargo imponga o conlleve la aceptación íntegra de los estatutos sociales y, en concreto, de la cláusula arbitral; cláusula que, por otra parte, siempre podrá incluirse en el contrato que celebren con la sociedad.

9. Fusiones y escisiones.

¿Es aplicable la cláusula arbitral recogida en los estatutos de la nueva sociedad surgida de una fusión o en los estatutos de la sociedad absorbente a la controversia consistente en la impugnación de la fusión, instada por los socios o administradores, y a las consecuencias que de ello se deriven?

Al efecto hemos de partir de la consideración de la fusión como fenómeno esencialmente negocial: se trata de un contrato que celebran las sociedades que se fusionan. Aún cuando la fusión suponga, lógicamente, la realización de una serie de actos de naturaleza societaria, la dimensión contractual de la fusión prima sobre los elementos corporativos que la integran, que se supeditan a aquélla.

El contenido de ese contrato de fusión es el que resulta del proyecto formulado por los respectivos administradores a que se refiere el artículo 234 de la Ley de Sociedades Anónimas (y que las Juntas se limitan a ratificar, ya que han de aprobar la fusión ajustándose al mismo, como establece el art. 240), complementado por el informe que asimismo deben

aquéllos elaborar, informe que, como nos dice el artículo 237, desarrolla el proyecto en sus aspectos económicos y jurídicos. Entre esos aspectos jurídicos estará el texto de los estatutos de la nueva sociedad o el de las modificaciones estatutarias de la sociedad absorbente, y en uno u otro se comprenderá en su caso la cláusula arbitral; todo lo cual deberá recogerse en la escritura de fusión, conforme al apartado segundo del artículo 244.

Y aún cuando nada se contemple ni establezca en el informe ni en la escritura de fusión respecto del arbitraje, si la cláusula constaba ya en los estatutos de la sociedad absorbente, única que subsistirá tras la fusión, hay que entender que dicho contenido estatutario preexistente integra asimismo por remisión el negocio de fusión y que el consentimiento negocial que se presta se extiende al mismo y por tanto a tal cláusula arbitral.

El artículo 246 de la Ley de Sociedades Anónimas se ocupa de la nulidad de una fusión inscrita, que sólo podrá basarse en la nulidad o anulabilidad de los acuerdos de las Juntas de las sociedades participantes. Obsérvese que el precepto contempla la impugnación de la fusión como realidad jurídica unitaria, y no la impugnación autónoma de los acuerdos de las Juntas que se consideren nulos; y establece que la acción de nulidad debe dirigirse contra la sociedad absorbente o contra la nueva sociedad resultante de la fusión.

Pues bien, la aplicación de la cláusula estatutaria arbitral a esta controversia sobre nulidad del contrato de fusión y sus consecuencias no viene a ser muy distinta de su aplicación al supuesto, antes contemplado, en que lo que se pretende es la nulidad de la sociedad, esto es, del contrato de constitución de la sociedad en cuestión; y de igual manera, debe admitirse. Insistamos en el principio de separabilidad de la cláusula arbitral y el contrato en que se inserta, del artículo 22 de la Ley 60/2003: la nulidad del contrato no entraña por sí sola la del convenio arbitral.

Por otra parte, el artículo 246 de la Ley de Sociedades Anónimas está pensando en una fusión ya inscrita. Cabe plantearse qué ocurre entonces cuando la fusión aún no ha accedido al Registro Mercantil. Se ha sostenido que, dado que, conforme al artículo 245, la eficacia de la fusión queda supeditada a dicha inscripción, hasta que la misma se practica, la fusión no se ha perfeccionado o consumado, y que, por tanto, antes de la inscripción sí que habrá que acudir a la impugnación separada conforme a las reglas generales de los distintos acuerdos sociales.

A ello cabe contraargumentar que la fusión se “realiza” (como se desprende del art. 243) precisamente por la escritura pública que ha de otorgarse conforme al artículo 244, es decir, que el contrato de fusión se perfecciona por medio de la misma: desde entonces la fusión existe, y su impugnación, a partir de ese momento, lo será del total contrato. Lo que

se supedita a la inscripción en el Registro Mercantil es la “eficacia” de esa fusión ya existente. Habrá pues que precisar en qué consiste esa eficacia.

Y como nos dice Manuel GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, la cuestión de cuál sea el peculiar efecto que corresponda a los diversos supuestos de inscripción constitutiva en el Registro Mercantil (supuestos cuya concreción es ya de por sí polémica), “difícilmente puede plantearse en términos dogmáticos, sistemáticos y generales, puesto que, en realidad, se trata de un problema de política legislativa con justificaciones y alcances muy variados según la heterogénea naturaleza de los diversos actos sujetos a inscripción, por lo que habría que ir estudiando la posible justificación y alcance de la eficacia constitutiva de la inscripción en cada caso”.

En concreto, el carácter constitutivo de la inscripción de la fusión parece conectarse con ese peculiar efecto de la misma que es la sucesión universal en los derechos y obligaciones de las sociedades que se extinguen (art. 233, apart. segundo, de la Ley de Sociedades Anónimas), de modo similar a lo que se establece en ese otro supuesto de sucesión universal que es la cesión global de activo y pasivo, cuya eficacia también se supedita, conforme al artículo 117, apartado cuarto, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, a la inscripción de la escritura de extinción de la sociedad cedente. En ambos supuestos se busca, en definitiva, vincular ese efecto de sucesión universal a la constancia registral de la extinción de la sociedad “causante” de la sucesión.

Pues bien, semejante fundamento claramente no justifica el privar de efecto interpartes a contenidos del contrato de fusión como la cláusula arbitral, ni impedir la sumisión a arbitraje de la controversia relativa a la impugnación de una fusión no inscrita instada por socios o administradores.

No vemos por último inconveniente en que se puedan someter a arbitraje conforme a la correspondiente cláusula estatutaria otras controversias consistentes, no ya en la impugnación de la fusión, sino, presuponiendo su validez, relativas a su desenvolvimiento, como las que puedan plantearse respecto de las ventajas que en el proyecto se hayan atribuido a los administradores (art. 235, letra f) o las surgidas de la concreción o aplicación de las cláusulas o mecanismos por los que se pretenda conseguir la equivalencia de derechos especiales que exige el artículo 248 de la Ley de Sociedades Anónimas.

En el caso de la escisión pueden plantearse controversias en relación a la asignación de elementos del activo no contemplados en el proyecto, o al ejercicio acciones de regreso por razón de responsabilidad solidaria por elementos del pasivo no atribuidos en el mismo, o por incumplimiento de alguna de las sociedades beneficiarias de sus compromisos (art. 255,

aparts. segundo y tercero, y art. 259 de la Ley de Sociedades Anónimas). Pues bien, tampoco parece problemático el recurso al arbitraje si la correspondiente cláusula está recogida en los estatutos de la sociedad escindida. Y ello aun cuando la misma se extinga por razón de la escisión, del mismo modo que en los casos de disolución y liquidación de una sociedad, la cláusula arbitral incluida en sus estatutos vincula a los socios en cuanto a las controversias relativas a elementos sobrevenidos del activo o del pasivo.

V. La previsión del arbitraje en los estatutos y reglamentos de órganos colegiados de sociedades mercantiles y en pactos parasociales, protocolos familiares y contratos de colaboración y concentración empresarial

1. En los estatutos sociales: sociedad irregular, modificación estatutaria y fundación sucesiva.

El convenio arbitral en materia societaria se recogerá normalmente en la escritura de constitución de la sociedad como cláusula incluida en los estatutos sociales, y necesariamente habrá que acudir a esta forma pública si se quiere lograr el acceso al Registro Mercantil.

El convenio y el arbitraje podrán referirse y aplicarse a las sociedades irregulares. Como sabemos, la de irregularidad es aquella situación consistente en que la sociedad comienza a operar en el tráfico sin haber cumplido el requisito de la inscripción registral y sin tener además voluntad de hacerlo. Como señalan CABANAS TREJO y BONARDELL LENZANO, el legislador se encuentra en estos casos con una sociedad externa y personificada (con el “dato empírico” de que hablaba GIRÓN TENA) a la que ha de asignar un régimen jurídico que proporcione una adecuada tutela a los terceros y un marco normativo a los mismos socios, aplicándose las normas propias de la sociedad civil o de la colectiva. El convenio arbitral en estos casos, además de su ámbito normal (controversias entre los socios y la sociedad, entre la sociedad y sus administradores, etc.), puede extenderse a la pretensión de disolución de la sociedad irregular que solicite un socio conforme al artículo 16, apartado primero, de la Ley de Sociedades Anónimas y a las incidencias que dimanen de su liquidación.

Si la cláusula arbitral pretende incluirse ulteriormente en los estatutos sociales, se ha debatido acerca de cuál sea quórum necesario para tal modificación estatutaria. ¿Será necesario el acuerdo de todos los socios?

¿O bastará con la adopción del correspondiente acuerdo por mayoría según las reglas generales, resultado vinculante el mismo una vez adoptado para los socios ausentes y disidentes?

A favor de la unanimidad (que se exige en el proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1994 y en la propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, como hemos visto), se venía invocando la necesidad de un expreso consentimiento de las partes para su sometimiento al convenio arbitral que establecía la Ley de Arbitraje de 1988. También se han esgrimido el artículo 145 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 71 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al entender que la inclusión de la cláusula conllevaría una renuncia o privación del derecho individual del socio de acudir a la vía jurisdiccional ordinaria, siendo necesario para ello el consentimiento de todos y cada uno de los afectados.

Se ha entendido, sin embargo, por algunos mantenedores de esta postura que bastará con un acuerdo mayoritario si de lo que se trata es de suprimir la cláusula estatutaria arbitral, por cuanto ello implicaría el restablecimiento del modo normal de tutela de los derechos —la vía judicial—, que no se considera atentatoria a un supuesto derecho individual de los socios.

Frente a todo ello cabe insistir en que por el establecimiento de la cláusula arbitral no se priva a los socios de su derecho a la tutela judicial ordinaria, sino que esa tutela se procura por otro cauce, sin que deba entenderse que queda con ello el socio en peor posición.

Incluso, y puestos a entrar en valoraciones al respecto, ¿por qué no entender que la peor posición es, en realidad, la que supone tutela de sus derechos por la vía judicial? Supongamos que la mayoría social quiere excluir la cláusula arbitral para que sus continuas controversias con la minoría (que hasta entonces se han venido resolviendo con demasiada celeridad y acierto, para su gusto, por los árbitros designados al efecto) se reconduzcan a la vía judicial y allí se eternicen, con el propósito de forzar a la minoría a negociar a corto o medio plazo en circunstancias desventajosas su salida de la sociedad. ¿Qué posibilidad de reacción le queda a la minoría? Ninguna, porque según los antiarbitralistas se ha restablecido el modo normal de tutela de sus derechos a través del cauce judicial.

En el mismo sentido, y admitiendo la suficiencia de un acuerdo mayoritario, si se acordase la sumisión a arbitraje de las controversias de la sociedad con los titulares de una determinada clase de acciones, ¿a qué grupo se aplicaría el artículo 148 de la Ley de Sociedades Anónimas para exigir a su vez un acuerdo mayoritario dentro del mismo? ¿Cuál es el grupo al que perjudica la cláusula? ¿El que queda sometido a la misma o el que no?

Curiosamente no he visto contemplado en la doctrina antiarbitralista un supuesto en el que la apuntada objeción podría plantearse aún con mayor rotundidad: el de la fundación sucesiva de la sociedad anónima. En el programa fundacional, redactado por los promotores, se contendrá el texto literal de los estatutos, en los que constará en su caso la cláusula arbitral. El programa se deposita en el Registro Mercantil, y al suscribir las acciones, mediante el boletín de suscripción se acepta expresamente por parte del suscriptor el contenido de ese programa fundacional (art. 24, apart. primero, de la Ley de Sociedades Anónimas), con lo que se habrá prestado un consentimiento expreso a la cláusula arbitral. Pero, ¿qué ocurre si la cláusula arbitral no está incluida en el proyecto de estatutos y se introduce en la Junta constituyente? Será necesario al efecto el voto, eso sí, unánime, pero sólo de los suscriptores concurrentes a la misma (art. 27, apart. tercero), que bastará que sean los que representen la mitad del capital suscrito (art. 26, apart. segundo). Pues bien, consideramos también admisible esta posibilidad, en la medida en que entendemos que la cuestión es en general susceptible de ser acordada por mayoría, y dado que el propio legislador ha querido que la Junta constituyente, no siendo aún el órgano de una sociedad ya existente, funcione ya como tal, decidiendo por mayoría (o en nuestro caso por unanimidad) de los presentes y vinculando a los ausentes.

2. En los reglamentos de órganos colegiados.

Puede recogerse también la cláusula arbitral en los reglamentos de los que se doten la Junta general o el Consejo de administración de la sociedad.

Hay que destacar que tales reglamentos son obligatorios e inscribibles si se trata de sociedades cotizadas. El artículo 113 de la Ley del Mercado de Valores (introducido por la Ley de Transparencia 26/2003) establece que estas sociedades deberán aprobar, comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores e inscribir en el Registro Mercantil un reglamento específico para la Junta general en que “podrán contemplarse todas aquellas materias que atañen a la Junta general, con respeto de las materias reguladas en la Ley y en los estatutos”. Y conforme al artículo 115 de la Ley del Mercado de Valores, “el Consejo de administración, con informe de la Junta general, dictará un reglamento de normas de régimen interno y funcionamiento del propio Consejo, de acuerdo con la ley y los estatutos, que contendrá las medidas concretas tendentes a garantizar la mejor administración de la sociedad”, que asimismo será objeto de comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y de inscripción en el Registro Mercantil. Inscripción que se realiza, según ambos artícu-

los, “con arreglo a las normas generales”, lo que presupone la previa calificación por el registrador competente, de conformidad con las normas generales, y conlleva los plenos efectos de la publicidad registral, entre ellos su oponibilidad a terceros (como los futuros socios o administradores).

Si los estatutos sociales recogen ya una cláusula arbitral amplia, del tenor de las antes apuntadas, la que se incluya en estos reglamentos resultará superflua. Por lo que habremos de considerar ahora aquel supuesto en que los estatutos o bien no recogen una cláusula arbitral, o bien incluyen una cláusula que se refiera sólo a determinadas cuestiones; y en que los reglamentos de los órganos colegiados se establece una cláusula arbitral relativa a las cuestiones de su respectiva competencia (huelga decir que la línea delimitadora de esa competencia no siempre es fácil de trazar).

A) *Reglamento de la Junta general; el problema de la inidoneidad de la Junta como órgano de control y la doctrina del gobierno corporativo.*

En el caso del reglamento de la junta, del citado precepto de la Ley del Mercado de Valores no resulta con claridad cuál deba ser su contenido (“todas las materias que atañen a la Junta general”). El informe Aldama alude a la “convocatoria, preparación, información, concurrencia, desarrollo y ejercicio de los derechos políticos”. Parece que el reglamento deberá regular la organización y el funcionamiento de las reuniones más que los elementos materiales de la junta (como los quórum de constitución y votación, o las limitaciones a los derechos de asistencia y voto, por ejemplo), que serían competencia estatutaria. Así, el reglamento de la junta podrá ocuparse, entre otras cuestiones, de la formación y aprobación de la lista de asistentes, de las facultades de ordenación del presidente, de la acreditación de la condición de accionista para el ejercicio de sus derechos sociales, de la asistencia por representante o de los conflictos de intereses de los consejeros en relación con las delegaciones de votos.

Pues bien, pensemos en una cláusula arbitral relativa a la impugnabilidad de los acuerdos de la Junta recogida en su reglamento. Lo que ante todo hay que cuestionar es que semejante cláusula sea incluible en el mismo, puesto que no parece que la impugnación de sus acuerdos sea una materia que atañe a la Junta general. Una vez adoptado el acuerdo por la misma, la cuestión de su impugnación ya no le “atañe” en un sentido estricto (como tampoco, por ejemplo, la de su formalización y ejecución). Además, y en cuanto a la impugnación de acuerdos sociales por los socios, estamos ante uno de los derechos mínimos del socio, como establece el artículo 48, apartado segundo, de la Ley de Sociedades Anónimas, y no cabe entender que sea materia propia del reglamento de la Junta el determinar el modo de ejercicio de este derecho. Aunque admitamos que

el reglamento puede ocuparse del desarrollo y ejercicio de determinados derechos políticos del socio, ha de entenderse, en congruencia con el sentido y finalidad de la norma (esto es, revigorizar la Junta como órgano de control y potenciar la participación en la misma de los accionistas minoritarios), que tales derechos son los que se ejercitan con carácter previo o durante el desarrollo de la Junta, relacionados con su desenvolvimiento y con la adopción de acuerdos en su seno. E incluso la facultad de impugnación del acuerdo por los administradores integraría su estatuto particular como representantes orgánicos (íntimamente conectado, por ejemplo, con su régimen de responsabilidad), lo que tampoco cabe entender incluido en el ámbito competencial del reglamento de la Junta (aunque sí, como veremos, en el del Consejo de administración).

Aun salvando esta objeción, la operatividad de la cláusula arbitral recogida en el reglamento de la Junta sería muy limitada, ya que, como al comienzo apuntábamos, no es la Junta el campo de batalla en que se contiene en el seno de las sociedades cotizadas. En estas grandes sociedades se produce el conocido fenómeno (los “nuevos hechos” de que ya hablaba GARRIGUES en 1933) de atomización de la participación en el capital social, que se reparte entre un gran número de pequeños accionistas cuyo perfil no es el del accionista clásico, involucrado en la buena marcha de la sociedad y deseoso de participar en los mecanismos de decisión y control, sino el de un inversor que se desentiende de toda participación en la vida social y busca tan sólo una expectativa de rentabilidad. Se desemboca así en la inoperatividad de la Junta como órgano soberano y de control y en la concentración del poder en manos del Consejo de administración. Es claro por todo ello que las controversias que surjan en el seno de la sociedad no se van a plantear en las Juntas.

La doctrina o corriente del gobierno corporativo o *Corporate Governance* busca precisamente responder a esta degeneración del modelo estructural de la sociedad cotizada partiendo de lo que es el modelo real de distribución del poder y de toma de decisiones en su seno. Puesto que el poder reside de hecho en el Consejo de administración, es allí donde ha de procurarse su control. Ahora bien, todo ello a través de procesos de autorregulación: se busca y alienta una incorporación por las propias sociedades a sus estatutos y a los reglamentos de sus Juntas y Consejos de las recomendaciones al respecto contenidas en diversos informes y propuestas de expertos. En nuestro país, el primer paso en esta materia lo constituye la actuación de la ya citada comisión de expertos presidida por el profesor OLIVENCIA formulando el documento titulado “El Gobierno de las Sociedades Cotizadas”, del que forma parte el referido “Informe Olivencia”. A partir de estos trabajos, la Comisión Nacional del Mercado

de Valores redactó un modelo de “Reglamento Tipo del Consejo de Administración ajustado al Código del Buen Gobierno”. Posteriormente el Gobierno promovió una nueva Comisión de expertos, que ha dado a luz el conocido como Informe Aldama, a que también hemos ya aludido, cuyas recomendaciones ha incorporado en gran medida la Ley de Transparencia 26/2003.

Los informes de expertos y reglamentos tipo citados (partiendo del hecho de que en las grandes sociedades cotizadas los nombramientos de consejeros se realizan por cooptación, limitándose la Junta a confirmar o ratificar tales designaciones) recomiendan la designación de consejeros independientes (personas de reconocido prestigio que vendrían a ser representantes del capital flotante) junto a los consejeros dominicales (nombrados por los accionistas de control o accionistas significativos), estableciendo la proporción entre unos y otros teniendo en cuenta la existente en el accionariado de la sociedad entre el capital flotante y el capital estable, y contemplan la constitución en el seno del Consejo, junto a la comisión ejecutiva, de diversas comisiones delegadas de control (de auditoría, de nombramientos, de retribuciones y de cumplimiento de las reglas que componen el sistema de gobierno de la compañía), integradas por consejeros externos, esto es, los no implicados directamente en funciones ejecutivas.

Se ha cuestionado la idoneidad del planteamiento de autorregulación por la propia sociedad de estas cuestiones, y la correlativa abdicación del legislador, basada en la confianza de que el mercado será un estímulo suficiente, premiando a aquellas sociedades que se preocupen de asumir las recomendaciones y ofrezcan una mayor transparencia de cara a los mercados (la candorosa idea del “capital reputacional”), que conduce al peligro de que las medidas de autocontrol adoptadas tengan más de cosmética que de ética, en palabras de ESTEBAN VELASCO. En este sentido, en el Informe Aldama se propone una regulación legal de los aspectos más relevantes del gobierno corporativo, la exacción en definitiva también en estas cuestiones del “precio normativo” que han de pagar las sociedades cotizadas por recabar y obtener financiación del ahorro público, línea que ha iniciado, como decimos, la Ley 26/2003.

B) *Reglamento del Consejo de Administración; su inscribibilidad.*

Mayor significación práctica está llamado a tener por todo ello el recurso al arbitraje previsto en el reglamento del Consejo. Entendemos además que es posible la reconducción con carácter general de las controversias relativas a la impugnación de los acuerdos del Consejo a la vía arbitral prevista en su reglamento, obedezca dicha impugnación a la vulneración

de las disposiciones del propio reglamento (lo que consideramos admisible, dando por superada la polémica al respecto) o no. Y siempre, claro está, que quien pretenda tal impugnación sea alguno de los consejeros, ya que estamos hablando de una regulación de la que se dota a sí mismo el propio órgano de administración, y que por tanto no vinculará a la Junta o a los socios individualmente considerados.

El ámbito competencial del reglamento del Consejo, tal y como lo perfila la nueva normativa (según hemos visto deberá contener “las medidas concretas tendentes a garantizar la mejor administración de la sociedad”) y presuponen las recomendaciones y reglamentos tipo, es desde luego más amplio y tiene una dimensión más sustantiva que el de la Junta: no se limitará a regular el funcionamiento del Consejo como estructura orgánica, sino que se ocupará también, por ejemplo, de cuestiones relativas a los concretos contenidos a delegar en las distintas comisiones y a los mecanismos de control del ejercicio de las facultades delegadas.

Pero aun cuando el acuerdo del Consejo se impugne (insistimos, por alguno de los consejeros) por ser contrario a la ley o a los estatutos sociales o por lesionar el interés social en beneficio de determinados socios o terceros, el cauce por el que tal controversia se solvente es sin duda cuestión que repercute en esa “mejor administración de la sociedad” (siendo precisamente una de las preocupaciones que impregna toda la materia de la impugnación de los acuerdos del órgano de administración el evitar la excesiva judicialización de la gestión societaria) y por tanto también y en todo caso cuestión que puede considerarse competencia del reglamento de su Consejo de administración. No se pierda de vista, además, que este reglamento también puede ocuparse de materias relativas al estatuto personal del administrador, como su retribución (pueden señalar criterios para la fijación o determinación de las políticas retributivas por la correspondiente comisión, sin perjuicio siempre y en última instancia del refrendo por la Junta) o su responsabilidad (así, mediante el establecimiento y precisión en el reglamento del Consejo de elencos de deberes de los administradores como cauce de integración de los presupuestos sustantivos de la misma).

Ha sido cuestión controvertida la inscribibilidad del Reglamento del Consejo de Administración en el Registro Mercantil. La relevancia de la misma en cuanto ahora nos atañe es evidente: inscrito el reglamento, la cláusula arbitral en él incluida será oponible a quienes ulteriormente asuman la condición de administradores.

Se venía rechazando por la doctrina la inscripción de estos reglamentos invocando el principio de tipicidad legal o *numerus clausus* de actos relativos a los sujetos inscritos susceptibles de acceder a su hoja personal

en el Registro Mercantil. No obstante, y como sabemos, la misma consideración de tal principio de tipicidad no ha dejado de estar sujeto a controversia. Así, no han faltado autores que defienden el acceso al Registro de actos atípicos, por una aplicación analógica (analogía *iuris* o general) de los principios legales que justifican el acceso al Registro de actos típicos, ni doctrina que, con criterio más restrictivo, tan sólo admite la aplicación analógica de las concretas normas que configuran determinados actos como inscribibles a otros semejantes.

Solventada la cuestión por el legislador en cuanto al reglamento del Consejo de las sociedades cotizadas puede aún plantearse respecto del las no cotizadas. Dada la polivalencia funcional de los tipos sociales, una sociedad anónima no cotizada no es necesariamente una sociedad cerrada (y a la inversa: entre nosotros no son infrecuentes sociedades cotizadas sin accionariado disperso); y en la misma pueden darse perfectamente los problemas de control de ejercicio del poder por el órgano de administración propios de las sociedades cotizadas. Incluso, en sociedades relativamente cerradas, los problemas de defensa de las minorías o de articulación de las relaciones entre grupos de socios pueden tener un cauce adecuado de regulación en el reglamento del Consejo. Ese “buen gobierno” de las sociedades, como señala VICENT CHULIÀ, es hoy una idea que impregna las cuestiones de organización y funcionamiento del derecho societario y empresarial en general (este autor lo defiende incluso con relación a las sociedades familiares, que son por antonomasia sociedades cerradas). Y téngase en todo caso en cuenta que la “mejor administración de la sociedad” es una noción que abarca, pero no se limita, a las cuestiones de composición y autocontrol del Consejo.

Contando ya con una específica norma de rango legal que admite la inscripción de estos reglamentos para las sociedades cotizadas, es defendible por aplicación analógica de la misma y por identidad de razón la inscripción de los reglamentos de los Consejos de sociedades mercantiles no cotizadas, considerándolos igualmente merecedores de publicidad y oponibilidad a terceros. Como señala FERNÁNDEZ DEL POZO, “la propia naturaleza de los reglamentos orgánicos reclama su estabilidad: el reglamento, para ser reglamento y para cumplir su finalidad específica, debe ser oponible no sólo a los socios presentes, sino a todos los socios y administradores futuros... La vocación de permanencia de las normas reglamentarias exige su oponibilidad en condiciones análogas a las de las normas estatutarias”.

3. En pactos parasociales.

También puede incluirse la cláusula arbitral en pactos parasociales. Como sabemos, los pactos parasociales o extraestatutarios son aquellos

que, celebrados por los socios (o por los socios y administradores, o por unos u otros y terceros), regulan contractualmente cuestiones sociales reemplazando o eludiendo lo que serían las normas ordinarias (estatutarias) del derecho de sociedades, buscando mantener un criterio de actuación personalista pese al funcionamiento de la sociedad como estructura corporativa, o bien eludir el constreñimiento que pueda resultar de las normas imperativas reguladoras del tipo social.

Tales pactos vinculan a los partícipes en los mismos, pero no son oponibles a la sociedad (art. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas y 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada); y en la medida en que permanezcan reservados y no accedan al Registro Mercantil, tampoco vincularán a los ulteriores adquirentes de las acciones o participaciones de quienes han suscrito el pacto. Por ello, la cláusula arbitral contenida en el pacto se aplicará normalmente a las controversias relativas a la responsabilidad dimanante de su incumplimiento.

Pero también podemos pensar en su aplicación a controversias sobre la misma validez del pacto parasocial, ya que la nulidad del pacto, insistamos una vez más, no conlleva la de la cláusula arbitral. O, siempre que no haya terceros afectados, cabrá su aplicación a las controversias que deriven de su exigibilidad, de su pretensión de cumplimiento: así, el pacto por el que un socio deberá vender a los demás su participación, o por el que éstos deberán comprársela, llegado cierto plazo o acaecido cierto evento, como su jubilación.

¿Puede el convenio arbitral recogido en un pacto parasocial extender su eficacia a conflictos estrictamente societarios relativos a las materias objeto de aquél si los estatutos de la sociedad no contienen asimismo una cláusula arbitral? Por ejemplo, si en el pacto parasocial se conviene que la transmisión de participaciones sociales sea totalmente libre y la Junta deniega la autorización para transmitir determinadas participaciones a un tercero, o si los socios se reconocen recíprocamente en el pacto un derecho de libre separación de la sociedad, pero posteriormente la Junta rechaza la pretensión de uno de ellos en tal sentido: supongamos que, impugnando el socio afectado el correspondiente acuerdo, se pretende que, según lo previsto en el pacto parasocial, la controversia sea dirimida por árbitros. Pues bien, habrá que admitirlo, como habrá que admitir con carácter general la oponibilidad del pacto parasocial a la sociedad cuando haya sido firmado por todos aquellos que en el momento de plantearse la controversia ostentan la condición de socios. Se acude al efecto a la idea del levantamiento del velo, o a la regla del *pacta sunt servanda* y la teoría de los actos propios. La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 26 de octubre de 1989, considera que el mantenimiento de las cláusulas estatutarias frente a los pactos parasociales tiene

por misión la protección de terceros, pero cuando no hay tercero a quien proteger debe pregonarse el respeto a lo pactado entre todos los socios, porque lo contrario sería un acto contrario a la buena fe, que implicaría un ejercicio abusivo del derecho. En tal sentido también se ha pronunciado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones (sentencias de 24 de septiembre de 1987, 26 de febrero de 1991 y 10 de febrero de 1992), acudiendo incluso a la ficción de considerar que el pacto parasocial entre todos los socios debe asimilarse a un acuerdo informal en Junta universal y entender que como acuerdo societario vincula a la sociedad.

De algunos de estos pactos (en concreto, de los que tienen por objeto la regulación del ejercicio del derecho de voto en las Juntas o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones en las sociedades cotizadas o entre los miembros de su sociedad de control) se ocupa la Ley 26/2003 en el nuevo artículo 112 de la Ley del Mercado de Valores y en su disposición transitoria tercera. Tales pactos o su modificación se comunicarán a la sociedad y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y a continuación el documento se depositará en el Registro Mercantil. Todo ello es presupuesto de eficacia del pacto: en tanto no se cumplan los deberes de publicidad se da una suspensión provisional y parcial de su eficacia, no encontrándose las partes en ese ínterin vinculadas. Ahora bien, todo este régimen de publicidad no busca otro propósito que lograr la transparencia de tales sociedades y avisar al mercado de su existencia y de los grupos de poder o al menos de los coágulos de intereses en el accionariado de la sociedad de que son expresión. Parece obvio que tal publicidad, mera publicidad noticia, no implicará que tales pactos (y en concreto, la cláusula arbitral que en los mismos se contenga) resulten vinculantes para la sociedad o para terceros adquirentes de las acciones implicadas.

4. En pactos supraestatutarios.

Junto a estos pactos extraestatutarios nos encontramos en la práctica con otros pactos, negocios o contratos que podríamos considerar supraestatutarios, esto es, que no tienen ya una relación de accesoriedad con el contrato social, considerado como principal, sino que son en ocasiones previos y en todo caso superiores causalmente a éste, en cuanto que la constitución del ente que por el mismo nace se lleva a cabo como desarrollo o plasmación de aquéllos.

A) *El protocolo empresarial familiar: sus instrumentos de ejecución y el arbitraje testamentario.*

Entre los mismos se cuenta el conocido como protocolo empresarial familiar, denominación bajo la que se pretende englobar aquel conjunto de acuerdos que celebran los familiares implicados en una empresa familiar para regular su organización y gestión, así como las relaciones económicas y profesionales entre la familia, la propiedad y la empresa.

La materia de estos protocolos es amplísima: entre otras muchas cuestiones, pueden ocuparse de la determinación de los miembros de la familia que hayan de acceder a la empresa familiar y de las condiciones o circunstancias que hayan de concurrir al efecto; establecer límites en relación con las distintas ramas familiares para mantener una determinada distribución del poder decisorio entre dichas ramas; señalar criterios para establecer la edad de abandono de las responsabilidades ejecutivas en la empresa; o prever limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o participaciones o derechos de adquisición preferente sobre las mismas.

Y suelen establecerse también en los protocolos familiares cláusulas de sumisión a arbitraje en caso de controversia o litigio (también será fecunda la mediación en estas cuestiones, reconducible al ámbito de la mediación familiar, objeto ya de regulación por nuestros legisladores autonómicos: así, la Ley Valenciana de 26 de noviembre de 2001, en su art. 13, hace expresa referencia como objeto de esta mediación a los conflictos surgidos en el seno de la empresa familiar).

Insistamos en que lo principal es el protocolo familiar y lo accesorio la sociedad que se constituye o cuya regulación y desenvolvimiento se busca orientar mediante el mismo. En este sentido apunta la Ley 7/2003, de 1 de abril, reguladora de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, cuando en su disposición final segunda señala que: “Reglamentariamente se establecerán las condiciones, forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares, así como en su caso el acceso al Registro Mercantil de las escrituras públicas que contengan cláusulas susceptibles de inscripción”. Doctrinalmente ya se venía abogando por esta publicidad de los pactos del protocolo familiar, como factor de causalización, interpretación e integración del estatuto social. Tal inscripción y su oponibilidad a terceros (incluida, en su caso, la cláusula arbitral extraestatutaria) dependerán de la naturaleza de las cláusulas y pactos del protocolo y de su choque o no con la norma imperativa: obsérvese que ha de tratarse de cláusulas “susceptibles de inscripción” y por tanto la labor calificadora del registrador mercantil se desplegará de acuerdo a las reglas generales.

Muchas de las estipulaciones del protocolo familiar podrán plasmarse en los estatutos de la sociedad, aunque otras chocarán con el corsé impe-

rativo del tipo social que se elija, por lo que en cuanto a ellas el protocolo operará a modo de pacto parasocial. Téngase en cuenta, en todo caso, que normalmente se dará una identidad subjetiva entre socios y firmantes del pacto (o vinculados por el mismo como causahabientes), ya que el mismo habrá sido suscrito por todos los familiares (incluso por los familiares que en tal momento no ostentan la condición de socios), o les vinculará en cuanto herederos y continuadores de la personalidad del causante suscriptor del pacto. Esa identidad subjetiva llevará a que, aun no estando el convenio arbitral recogido en los estatutos, pero sí en el protocolo familiar, pueda ser invocado en relación con controversias societarias por los socios familiares entre sí, o incluso por familiares no socios frente a los socios familiares o la sociedad: piénsese en la controversia planteada por un familiar no socio al que se niega su acceso a la sociedad vulnerando lo establecido en el protocolo familiar.

Además de los estatutos sociales, el protocolo necesita también de otros instrumentos de desarrollo o aplicación (se refiere GOMÁ LANZÓN al mismo como “caja de herramientas” que compendia diversos instrumentos jurídicos, cada uno de los cuales tiene su eficacia y su función); por ejemplo, para preservar la titularidad familiar de la empresa será necesario el otorgamiento por los miembros de la familia de capitulaciones matrimoniales (normalmente para pactar un régimen de separación de bienes); o con relación a la articulación de la sucesión en la empresa familiar que en el protocolo se contenga, será necesario el otorgamiento de actos de última voluntad, y en los derechos forales en que se admite, la celebración de contratos sucesorios.

La cláusula arbitral del protocolo no se extenderá a las controversias nacidas de estos actos o negocios que como desarrollo del mismo se otorguen (aunque podrá por supuesto incluirse una cláusula arbitral específica en los mismos). Por ejemplo, no se aplicará a los conflictos que deriven de un acuerdo capitular entre esposos relativo a la preliquidación de la sociedad conyugal, determinando anticipadamente el modo en que se procederá a la adjudicación de las participaciones en la sociedad familiar. No obstante, habrá que exceptuar aquellos supuestos en que se dé la aludida identidad subjetiva; así, cuando el padre e hijos que celebran un contrato sucesorio son todos ellos familiares firmantes del protocolo, cabe entender aplicable la cláusula arbitral recogida en el mismo a las controversias que se sigan del contrato sucesorio que se otorga en desarrollo del mismo.

Téngase en cuenta, por otra parte, la posibilidad de que el protocolo familiar no venga establecido contractualmente, sino unilateralmente por

el fundador de la empresa por vía testamentaria. Así, cuando el fundador dispone en su testamento de las acciones de la sociedad y establece las normas que van a regir las relaciones de los distintos miembros de la familia en el marco de la misma; o, como ha estudiado VALLET, cuando el fundador impone testamentariamente como modo o carga la constitución de una Sociedad Anónima a sus herederos como forma de dar continuidad a lo que hasta entonces era una empresa individual, dictando las directrices fundamentales; o incluso constituye la sociedad en el propio testamento, con todas las determinaciones legales, a falta sólo del consentimiento de los socios herederos, que derivaría de la aceptación de la herencia, naciendo la sociedad por la declaración de voluntad del testador junto con la de sus herederos contenida en los negocios jurídicos de aceptación de su herencia.

Es por ello obligada una breve referencia al arbitraje testamentario, que al igual que sus antecesoras contempla en su artículo 10 la vigente Ley de Arbitraje: “será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia”.

La limitación del arbitraje testamentario respecto a los herederos forzosos parece conectarse con la protección cuantitativa y cualitativa de los derechos legitimarios, ante el carácter unilateral y no convencional de este arbitraje, que se les impone por el causante en lugar de ser convenido entre ellos. Aquí normalmente los herederos testamentarios serán descendientes, lo que limita mucho el juego de la cláusula arbitral en el ámbito de la sucesión de la empresa familiar. A la espera de que nuestro legislador atempere nuestro decimonónico régimen de legítimas (o mejor todavía, lo suprima), caben dos matizaciones: la posibilidad del arbitraje testamentario sin limitación alguna en derechos forales con legítima formal (los famosos sueldos febles o carlines de Navarra) o con legítima configurada como mero derecho de crédito (el *pars valoris* catalán); y su posible refuerzo mediante una cautela *socini*, que si se admite sin problemas referida a la prohibición de intervención judicial, tanto más habrá que hacerlo cuando no se cierra toda posible impugnación, sino que se reconduce la controversia a la vía arbitral.

B) Contratos de colaboración empresarial: la joint venture.

En cuanto a los contratos de colaboración empresarial, para el desempeño de concretos cometidos o el despliegue de actividades auxiliares respecto de la actividad principal de quienes los celebran, no plantea problemas la previsión de la cláusula arbitral en las figuras de colaboración típicas,

como los contratos de cuentas en participación (arts. 239 y siguientes del Código de Comercio), las Uniones Temporales de Empresas (Ley 18/1982, de 26 de mayo) o las Agrupaciones de interés económico (Ley 12/1991, de 29 de abril). La cláusula arbitral, con mayor o menor amplitud, podrá incluirse en el contrato de colaboración que se celebre, o en la escritura de constitución o en los estatutos de tales entidades, aplicándose a los conflictos o controversias que se deriven del desenvolvimiento de la relación contractual o de la dinámica del ente que por el contrato se constituya, personificado (como las agrupaciones de interés económico) o no, entre sus miembros, entre éstos y los órganos de gestión y representación designados, o en el seno de sus órganos deliberantes.

Una figura de la colaboración atípica es la conocida como sociedad conjunta o *Joint venture corporation*. Se trata de una figura de raigambre anglosajona que se desarrolla en dos fases: en un primer momento se celebra un acuerdo de colaboración para la explotación de un determinado negocio (*joint venture agreement*), normalmente entre sociedades de capital, normalmente una nacional y otra extranjera (que por lo demás, es decir, en todo lo no relacionado con ese concreto negocio, mantienen una plena autonomía económica); y en un segundo momento se lleva a cabo o desarrolla ese acuerdo constituyendo una sociedad, participada y controlada conjuntamente por aquéllas. Aquí nos encontramos de nuevo con que el acuerdo preliminar es el verdadero contrato: así, sus vicisitudes afectarán de modo directo a la subsistencia de la sociedad creada. Y dado que en esta figura nos encontramos por definición con un supuesto de identidad subjetiva entre socios y firmantes del pacto, los socios quedarán vinculados por la cláusula arbitral incluso para cuestiones estrictamente societarias, aunque en los estatutos sociales no se haya recogido la cláusula arbitral.

5. En contratos de concentración empresarial: el contrato de grupo y su inscribibilidad.

Los contratos de vinculación o concentración empresarial son aquellos negocios atípicos de organización, normalmente plurilaterales, por los que se constituyen o articulan grupos de sociedades.

El grupo de sociedades (vamos a ceñirnos al supuesto generalmente contemplado de grupo de sociedades mercantiles, descartando los supuestos en que se integran en el grupo otras entidades, como las cooperativas, o en que el control del grupo lo ostenta una fundación, o una o varias personas físicas) es una empresa policorporativa: las sociedades que lo componen son entes jurídicamente independientes, pero integran una misma empresa, son una misma realidad económica y están sometidas por ello a una unidad de dirección.

La figura del grupo es contemplada fragmentariamente por nuestro legislador. Una excepción la encontramos en materia de cooperativas, tanto en la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio (que dedica a la integración cooperativa los arts. 77 a 79, y el art. 78 específicamente a los grupos cooperativos), como en las distintas leyes autonómicas. También se contiene una regulación general de los grupos de sociedades en la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, que les dedica los artículos 590 y siguientes.

Se viene distinguiendo por la doctrina entre grupos verticales o por subordinación frente a grupos horizontales o por coordinación. En los primeros, una de las sociedades del grupo tiene una situación de predominio sobre las demás, normalmente a través de una participación significativa en su capital social (lo que se conoce como control interno); aunque se contempla también el grupo por subordinación sin ese previo control interno, que nacería de un contrato de dominación, por el que una sociedad se somete a otra a la que cede su control (se habla entonces de control externo, o contractual). En los grupos horizontales, por el contrario, ninguna de las sociedades domina *a priori* a las otras, ni se van a establecer relaciones contractuales de control de una sobre otras: es aquí cuando cabe entender que se celebra propiamente un contrato de constitución de grupo, en cuanto existe un acuerdo libre de las sociedades que deciden agruparse por el que en un plano de igualdad coordinan su actuación y limitan recíprocamente su autonomía de gestión y decisión.

El contrato de constitución del grupo deberá ante todo ordenar la estructura y funcionamiento del mismo, articular la dirección unitaria, que es su esencia. Pero además de ello podrá también establecer cláusulas penales para el caso de negativa de las sociedades del grupo a ejecutar o seguir las directrices que se impartan; podrá articular medidas de tutela o salvaguarda para los afectados por el predominio del interés del grupo sobre el particular de sus miembros, o de los socios externos de éstos (así, se podrán regular las compensaciones por el daño que ocasione el seguimiento de instrucciones perjudiciales para un miembro del grupo, siempre que tal daño esté amparado o justificado por la persecución del interés del grupo —de “compensación adecuada” habla para estos casos la propuesta de Código de Sociedades Mercantiles—, y se podrá regular también como mecanismo de tutela un derecho de separación); podrá prever mecanismos de compensación o indemnización cuando uno de los miembros del grupo responda exclusivamente frente a terceros por deudas directamente contraídas con los mismos en interés del grupo, o establecer pactos de asunción con efectos internos de tales deudas o algunas de ellas, y también cabrá regular la duración y terminación del grupo.

Las controversias que de todo ello se sigan son perfectamente susceptibles de resolución por árbitros (como también será posible, en su caso, la previsión de recurso a terceros arbitradores que integren las correspondientes relaciones jurídicas), y quedarían abarcadas por una cláusula general de sumisión a arbitraje contenida en el contrato de grupo.

Además de la celebración del contrato de grupo es posible la constitución de una persona jurídica que externalice la estructura que por el mismo se articula. Así, se ha apuntado por la doctrina la posibilidad de que las propias sociedades miembros del grupo constituyan una sociedad instrumental que se ocupe de la gestión común. O puede acudir a la creación de una filial común a la que las sociedades del grupo aportan los respectivos activos empresariales (lo que vendría a suponer la aplicación de la figura del *joint venture* con fines de integración y no de colaboración) o a la creación de una filial *holding* a la que transmiten las participaciones de sus respectivas filiales. La entidad que en todos estos casos se constituya será un instrumento de ejecución del contrato de constitución del grupo, vinculada y subordinada causalmente a aquél. De nuevo cabe contemplar aquí el supuesto de cláusula arbitral contenida en el contrato de constitución de grupo, pero no en los estatutos, y en su aplicación a conflictos societarios, dada la normal identidad subjetiva entre socios y firmantes del contrato extraestatutario.

En los supuestos en que no se acuda a la constitución de un ente personificado, normalmente se establecerán comisiones u órganos de coordinación de carácter interno. Pero entonces la ejecución de lo pactado en el seno de tales órganos suprasociales no personificados requerirá una actuación singular de los órganos de todas y cada una de las sociedades del grupo; y, como ya indicábamos, se plantea la posibilidad de que las instrucciones impartidas no sean acatadas por sus destinatarios por entender que exceden del ámbito reconocido a la dirección unitaria (no debe perderse de vista que, junto al interés del grupo, de la empresa que subyace a su estructura, subsiste el concreto interés de cada una de las sociedades que lo integran). La negativa a seguir tales acuerdos dará lugar a la correspondiente controversia, y en su caso al resarcimiento de los daños y perjuicios que se sigan, todo lo cual podrá solventarse por el cauce arbitral, si así se ha establecido en el contrato de grupo.

Los acuerdos que cada sociedad del grupo adopte en ejecución de las directrices impartidas podrán ser por su parte impugnados por los socios externos de las mismas (que pueden considerar que el acuerdo adoptado es perjudicial al interés social más allá de lo justificado por el interés del grupo), y al ser éste un conflicto que se desenvuelve en la esfera interna

de la sociedad miembro del grupo, no quedará sujeto a la cláusula arbitral contenida en el contrato de grupo.

No obstante, si esos socios externos se muestran conformes con el acuerdo adoptado, pero plantean una controversia relativa a la concreción por los órganos suprasociales de la compensación que directamente se haya previsto a su favor en el contrato de grupo, tal controversia sí que será arbitrable conforme a lo previsto en el contrato de grupo: si reclaman la compensación es porque están reconociendo y aceptando el contrato, y por tanto la cláusula arbitral que en el mismo se contenga.

Como ya antes indicábamos, la responsabilidad de los administradores de hecho que establece el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas tendrá especial relevancia en el caso de los grupos de sociedades, pudiendo exigirse dicha responsabilidad de los administradores de la sociedad dominante que actúen al impartir instrucciones como administradores de hecho de las dominadas, o en general de quienes ejerzan el poder de dirección en el seno del grupo. Ya hemos visto que una cosa es la controversia relativa a su responsabilidad y otra la relativa a su condición de administrador de hecho. Pues bien, no se pierda de vista que la atribución de esa condición de administrador de hecho en estos casos resultará de la existencia del contrato de grupo. Si en el contrato de constitución del grupo se ha incluido una cláusula arbitral, una vez que éste aflora debe hacerlo en su conjunto, cláusula arbitral incluida. Y consideramos que en tal caso la controversia, la planteen la sociedad o los socios externos, será reconducible a la vía arbitral, incluso en el supuesto de que la cláusula esté recogida en el contrato de grupo, pero no en los estatutos de la sociedad reclamante.

Destaquemos también ahora la fundamental importancia del acceso al Registro Mercantil de estos contratos de constitución de grupo (y de su cláusula arbitral), de cara a su publicidad y oponibilidad a terceros, lo que de nuevo nos lleva a la cuestión de la tipicidad de los actos inscribibles. Si bien en la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles se contempla su acceso al Registro Mercantil, en nuestro derecho positivo vigente sólo se contempla su reflejo registral indirectamente con ocasión del depósito de las cuentas consolidadas del grupo, con la correspondiente constancia en la hoja abierta a cada una de las sociedades que lo integran. La Ley de Transparencia impone también una publicidad (aun mera publicidad noticia) de determinadas situaciones de grupo. No olvidemos que el legislador sí que contempla el acceso de los acuerdos de integración de grupos cooperativos a la hoja correspondiente a cada sociedad en el Registro de Cooperativas; y de los mismos, según la clase de Cooperativa,

también deberá dejarse constancia en el Registro Mercantil. Y en el mismo sentido apunta, en definitiva, el innegable reconocimiento por nuestro legislador de la legitimidad de los grupos de sociedades, por mucho que la regulación de los mismos sea fragmentaria y dispersa.

VI. Conclusión

El arbitraje, como técnica heterocompositiva de resolución de conflictos sin la intervención del Estado, ha venido siendo durante mucho tiempo contemplado con profundas reservas por nuestra doctrina y jurisprudencia. Tampoco encontró, hasta la vigente Ley de Arbitraje 60/2003, una acogida realmente favorable en nuestro ordenamiento jurídico positivo: de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953 casi podría decirse que fue promulgada por el legislador con la boca pequeña; incluso, la Ley de 5 de diciembre de 1988, pese al gran avance que supuso, incorporaba determinados aspectos no plenamente satisfactorios, al ser el resultado de transacciones y componendas a los que hubo de llegarse para aplacar a los defensores de planteamientos antiarbitralistas, precisamente para contrapesar su carácter radicalmente innovador. Todo ello en sintonía con unos planteamientos políticos y económicos que nos veían como la reserva espiritual de Occidente: se ha señalado con acierto cómo nuestra tradición estatalista y la impronta autoritaria de prolongados períodos de nuestra historia reciente (impronta que los gatopardismos de la transición no contribuyeron precisamente a erradicar) no constituyeron un terreno propicio para el arraigo de planteamientos arbitralistas entre nosotros.

La dinámica globalizadora y los inexcusables requerimientos de la coyuntura social, política y económica propios de la sociedad de la información, de la que para lo bueno y lo malo somos plenos partícipes, junto con el idóneo instrumento jurídico que supone la vigente Ley de Arbitraje 60/2003, nos dirigen a una perceptible recuperación y revalorización de la fórmula arbitral para solventar las discrepancias entre quienes negocian y operan en su seno. Y esta tendencia, de la que han comenzado a hacerse eco nuestro legislador, nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, alcanza también al arbitraje societario, sobre el cual está llamada a incidir, como hemos visto, en diversos y relevantes aspectos, subjetivos, objetivos y formales.

Nos dice el procesalista Jaime GUASP (citado por MUÑOZ PLANAS en su referido trabajo) que “colocado frente al arbitraje no existe ningún grupo de juristas que no reaccione vivamente, a favor o en contra, y acaso sea la mejor manera de diagnosticar la concepción del derecho que cada

uno tiene, la de preguntarle, en sustancia, qué opina del arbitraje, ya que según se manifieste en pro o en contra habremos descubierto sus últimos pensamientos, metafísicos, más que dogmáticos, sobre lo que el derecho verdaderamente deba ser”.

Pues bien, que nuestros planteamientos favorables al arbitraje en general y a la arbitrabilidad de la materia societaria en particular nos definen como juristas bien ubicados en nuestra época y sintonizados con nuestra circunstancia, amantes de la libertad y defensores, servidores y encauzadores de esa expresión de la misma que es el principio de autonomía de la voluntad.

VII. Nota bibliográfica

José María MUÑOZ PLANAS es autor del fundamental trabajo “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles” (*Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, 1978); y junto con José María MUÑOZ PAREDES ha vuelto sobre la cuestión tras los últimos pronunciamientos jurisprudenciales en “La impugnación de acuerdos de la Junta general mediante arbitraje” (*Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, McGraw Hill, 2002). Elías CAMPO VILLEGAS, notario y vicepresidente del Tribunal Arbitral de Barcelona, ha publicado varios trabajos sobre el arbitraje; específicamente sobre el arbitraje societario, “El arbitraje en las sociedades mercantiles” (*Revista Jurídica de Cataluña*, número 2, 1998) y “El arbitraje societario en la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo” (*Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona*, número 10, 1998). Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, registrador mercantil de Barcelona, tiene sobre la materia tres trabajos: “Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral” (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 612, 1992), “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de acuerdos sociales” (*Revista General de Derecho*, número 609, 1995) y “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones?” (*Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona*, número 2, 2001). Una monografía reciente y completa es la de Pilar PERALES VISCASILLAS: *Arbitrabilidad y convenio arbitral. La Ley 60/2003, de Arbitraje y derecho societario* (Thomson/Aranzadi, 2005); esta autora también se ha ocupado de las relaciones entre arbitraje y concurso en “Los efectos del concurso sobre los convenios de arbitraje en la Ley 22/2003” (*Revista La Ley*, números 6.035 y 6.036, 2004). También cabe citar a Tomás GIMÉNEZ DUART: “Impugnación de acuerdos sociales y otras cuestiones”; Francisco RAMOS MÉNDEZ: “Cuestiones prácticas de arbitraje en las sociedades anónimas”; Eduardo POLO: “Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisaria en las sociedades mercantiles” (los tres publicados en el número monográfico sobre arbitraje societario de la *Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona*, número 4, 1992). Y a Carlos SUÁREZ

GONZÁLEZ: “Arbitraje y derecho de sociedades”; Juan Manuel GÓMEZ PORRÚA: “La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital” (ambos publicados en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, McGraw Hill, 2002); Francisco VICENT CHULIÁ: “El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales” (*Revista General de Derecho*, número 647, 1998); José María NEILA NEILA: “A vueltas sobre la cláusula de sometimiento a arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales” (*Revista La Ley*, D-179, número 3, 1999).

LA APORTACIÓN DEL SOCIO DE UN DESPACHO DE ABOGADOS

GLORIA ORTEGA REINOSO

Doctora en Derecho.

Profesora de la Universidad de Granada

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA APORTACIÓN EN LA SOCIEDAD PROFESIONAL. 2.1. Introducción. 2.2. La aportación de actividad profesional. 2.2.1. *La aportación de industria.* 2.2.2. *Las prestaciones accesorias.* 2.2.3. *Régimen jurídico.* 2.2.4. *Alcance: la prohibición de concurrencia.* 2.2.5. *Cumplimiento de la prestación de actividad profesional.* 2.3. La aportación de clientela. 2.4. La aportación del nombre del profesional. 3. LA APORTACIÓN EN EL DESPACHO DE ABOGADOS. 3.1. Contenido. 3.2. Prohibición de concurrencia.

1. Introducción

El vigente Estatuto General de la Abogacía Española (1) regula en su sección 4.^a, dentro del capítulo II, del título II, “*De los abogados*”, el “*Ejercicio individual, colectivo y multiprofesional*” de la abogacía. Al “*ejercicio colectivo*” de la abogacía dedica su artículo 28, cuyo primer apartado señala que “*Los abogados podrán ejercer la abogacía colectivamente, mediante su agrupación bajo cualquiera de las formas lícitas en derecho, incluidas las sociedades mercantiles*”. Pese a que no diferencia de forma suficientemente clara entre ejercicio en grupo, colectivo y societario, no cabe duda que se está refiriendo al ejercicio colectivo de la abogacía por una sociedad profesional (2) externa (3) de abogados que ha llamado despacho colectivo, que por tanto se configura como una sociedad (aunque no utiliza este término) personificada, que puede adoptar cualesquiera formas sociales de las admitidas en Derecho, aunque con algunas excepciones que se derivan de la regulación establecida por el EGAE, como veremos (4).

Junto a los despachos colectivos, el EGAE ha declarado, en su artículo 29, que “*Los abogados podrán asociarse en régimen de colaboración multiprofesional con otros profesionales liberales no incompatibles*”. Pese

(1) Aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, que entró en vigor el 11 de julio del 2001 (EGAE, en adelante).

(2) El artículo 1.1 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales, aprobada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia en 1999 (PALSP, en adelante), dice que “Las sociedades profesionales son sociedades que tienen por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales. A los efectos de la presente Ley se entiende por actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria e inscripción en el correspondiente Colegio profesional”.

(3) Cuando unos profesionales liberales se agrupan para ejercer su profesión en común constituyen una sociedad profesional, siendo indiferente para su concepción que, frente al cliente, sea la sociedad la que aparezca como el profesional, en el sentido de que goce de personalidad jurídica (sociedad externa), o que, por el contrario, no se manifieste frente a terceros, actuando cada profesional frente al cliente de forma aislada, pero cooperando recíprocamente en el interior de la sociedad en el ejercicio profesional, es decir, sin personalidad jurídica (sociedad interna). Pese a dejar constancia de que hay autores que consideran que la sociedad profesional es siempre externa –MORENO-LUQUE CASARIEGO, C.: *Sociedades profesionales liberales*, Barcelona, 1994, p. 40–, y otros que han entendido justo lo contrario –TENA PIAZUELO, I.: “Las sociedades de profesionales en Derecho comparado”, en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, p. 179–, aquí se opta por admitir su doble configuración, aunque se considera a la externa como sociedad profesional en sentido estricto.

(4) De forma más correcta, el Código de la Abogacía Catalana (CAC, en adelante), aprobado el 1 de marzo del 2001 por el Consejo de los Ilustres Colegios de Abogados de Cataluña, establece en su artículo 59, dentro del capítulo X, dedicado al “*Ejercicio individual y colectivo de la abogacía*”, que “*Los abogados podrán ejercer la abogacía de forma individual, ..., o de forma colectiva, mediante la constitución de sociedades profesionales de abogados*”.

a la terminología utilizada, se está refiriendo a una sociedad multiprofesional externa, ya que, como dice su apartado 1.a), es la “*agrupación*” la que tiene “*por objeto la prestación de servicios conjuntos determinados, incluyendo servicios jurídicos específicos*”. Por lo que también el despacho multiprofesional se configura como una sociedad personificada y, más en concreto, como una modalidad de sociedad profesional externa, por lo que la multiprofesionalidad ha de circunscribirse a profesiones que sean liberales (5).

Despachos, colectivos y multiprofesionales, que tienen su origen en un contrato de sociedad, el cual presenta algunas peculiaridades que han de examinarse desde la perspectiva conjunta del Derecho de sociedades y del estatuto jurídico de la profesión de abogado.

El socio de cualquier sociedad, también de la profesional, ha de colaborar en el desarrollo del objeto social, lo que conlleva como primera obligación la de realizar la aportación a la que se haya comprometido, la cual constituye presupuesto necesario para adquirir la condición de socio, entendida como la concreta posición que ostenta quien contrae el contrato de sociedad o quien se suma a una sociedad preexistente (6), que se define por la titularidad de una serie de derechos y de obligaciones. Entre los de contenido patrimonial se enumeran como fundamentales: 1) La obligación de aportación; 2) El derecho a participar en los resultados derivados del desarrollo de la actividad social, y 3) El derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación de la sociedad. Fuera quedan otros relacionados con el funcionamiento de la sociedad, como el derecho de asistencia, de voto, de información, de impugnación de acuerdos sociales, etc.

En este momento nos interesa la obligación de aportación del socio de una sociedad profesional, la cual se complica porque, sin perjuicio de lo que en su día pueda establecer una reclamada Ley de sociedades profesionales, hoy por hoy nuestro Ordenamiento acoge un sistema abierto en cuanto a la tipología societaria de las sociedades profesionales, que, por tanto, pueden adoptar cualesquiera formas sociales, lo que impide un tratamiento unitario de la condición de socio, a lo que se suma la posible existencia de varios tipos de socios en razón de su participación en el objeto social: los que ejercen en la sociedad la profesión que constituya su

(5) También de forma más correcta, el CAC establece en su artículo 61 que “*Las sociedades profesionales de abogados son aquellas que tienen por objeto social el ejercicio de la abogacía, bien exclusivamente, bien juntamente con el ejercicio de otra profesión*”, si bien, y a diferencia del artículo 29 EGAE, no indica que la multiprofesionalidad haya de referirse a profesiones que sean liberales.

(6) CAPILLA RONCERO, F.: *La sociedad civil*, Bolonia, 1984, p. 168.

objeto social y los que no, si bien, hay sectores profesionales en los que están prohibidos los segundos.

A continuación se analiza la aportación de actividad profesional, de clientela, y del nombre civil del profesional en la sociedad profesional en sentido estricto como concepto (7), para posteriormente comprobar la regulación dispuesta para los despachos colectivos por el vigente EGAE, cuyas conclusiones son trasladables a los despachos multiprofesionales que regula con tal de sustituir el término abogado por el de profesional

(7) Sobre las sociedades profesionales, *vid.*, entre nosotros, DE BÁRBARA LLAURADÓ, R.: "Delimitación del objeto en las sociedades profesionales", RHP, número 15, 1972, pp. 89-96; PERULES BASSAS: "La constitución de sociedades profesionales y la fiscalidad", HPE, número 15, 1972, pp. 73 y ss.; CAPILLA RONCERO, F.: "Comentario a los artículos 1.665 al 1.708 del Código Civil", en M. ALBALADEJO (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, volumen XVI, Madrid, 1986, pp. 153-176; FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El nuevo Registro Mercantil: sujeto y función mercantil registral. Crítica general sobre su ámbito institucional*, Madrid, 1990, pp. 138-154; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "Comentario de los artículos 1.665-1.708", en PAZ-ARES, Díez-PICAZO, BERCOVITZ, & SALVADOR (coords.), *Comentario del Código Civil*, volumen II, Madrid, 1991, pp. 1352 y ss., "Las sociedades profesionales (Principios y bases de la regulación proyectada)", RCDI, número 653, 1999, pp. 1257 y ss., y "Las agrupaciones de interés económico y las sociedades profesionales", en R. URÍA, & A. MENÉNDEZ (coords.), *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1999, pp. 748-762; ALBIEZ, "Las agrupaciones societarias y no societarias de profesionales liberales", en *Estudio en homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, Barcelona, 1992, pp. 11-37; MEZQUITA DEL CACHO, J. L.: "Las sociedades profesionales", ASN, tomo VII, 1993, pp. 340-419; OLARTE: "Algunas reflexiones sobre la inscripción registral de sociedades mercantiles de profesionales liberales. A propósito de la Resolución de 23-4-1993 de la DGRN", AD, número 43, pp. 1 y ss.; VICENT CHULIÁ, F.: "Nota a la Resolución de la DGRN de 23 de abril de 1993", RGD, 1993, pp. 11972-11976; AAVV: *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993; MORENO-LUQUE: *Sociedades profesionales liberales*, cit.; DELGADO GONZÁLEZ, A. J.: "Las sociedades profesionales", ASN, VIII, pp. 351-384, y *Las sociedades profesionales: (el ejercicio en común de las profesiones en España: sus aspectos administrativos, civiles y tributarios)*, Madrid, 1996; GARRIDO DE PALMA, V. M.: "La sociedad de responsabilidad limitada familiar y de profesionales", GARRIDO DE PALMA (dir.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, volumen I, Madrid, 1996, pp. 29-109; ALBIEZ, & GARCÍA PÉREZ, R.: "Nuevamente sobre la inscripción de las sociedades profesionales en el Registro Mercantil (acerca de la RDGRN de 26 de junio de 1996)", RDPC, número 8, 1996, pp. 211-235; RODRÍGUEZ-POYO GUERRERO, J. M.: "Formas asociativas entre profesionales", *Comunidades de bienes, cooperativas y otras formas de empresa*, 1996; GARCÍA PÉREZ: *El ejercicio en sociedad de profesiones liberales*, Barcelona, 1997; GALLEGO MORALES, A. J.: *Los profesionales y las fórmulas organizativas*, Granada, 1997; CAMPINS VARGAS, A.: *La sociedad profesional*, Madrid, 2000, "«Sociedad civil de actividades entre profesionales». A propósito de una proposición de ley", RdS, número 15, 2000, pp. 173-184, y "Modelo de cláusulas estatutarias en una sociedad de responsabilidad limitada profesional", RdS, número 20, 2004, pp. 145-154; GARCÍA MÁS, F. J.: "Problemas y soluciones de las sociedades profesionales, de cara a una futura ley", RCDI, número 669, 2002, pp. 9-51; VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: "Breves reflexiones sobre las llamadas sociedades de profesionales", *Libro homenaje a Sánchez Calero*, volumen I, Madrid, 2002, pp. 4507-4527; VÁZQUEZ ALBERT, D.: "¿Sociedades profesionales controladas por no profesionales?", *La Ley*, D-95, 2002, pp. 1772-1773, y "Las sociedades profesionales: una realidad pendiente de regulación", BFD-UNED, número 23, 2003; ORTEGA REINOSO: "Sociedades profesionales", RJN, número 54, 2005, pp. 117-162.

perteneciente a una profesión liberal complementaria y no incompatible con la abogacía (8), y a los socios profesionales ejercientes de las “sociedades profesionales de abogados”, con objeto único o plural, que regula el CAC.

2. La aportación en la sociedad profesional

2.1. Introducción.

Entendida la aportación como sinónimo de prestación, aquélla puede tener los mismos contenidos que ésta. Si la prestación consiste en dar, hacer, o no hacer alguna cosa, la aportación puede tener por objeto diversos comportamientos de los socios siempre que tengan contenido patrimonial y permitan la consecución del fin social. Así, pues, la aportación puede consistir en dinero, bienes, o industria (arts. 1.665 CC y 116 CCom) (9).

(8) Sobre los despachos de abogados, *vid.*, entre nosotros, ORTEGA REINOSO, “Despachos de abogados”, RdS, número 23, 2004, pp. 163-189; VÁZQUEZ ALBERT: “Les societats professionals d’advocats: les preguntes més freqüents (I) y (II)”, *Món Jurídic*, número 175, 2002, pp. 15-17, y número 16, 2003, pp. 13-15, respectivamente; ALBIEZ DOHRMANN: “La sociedad de abogados *stricto sensu* en el Estatuto General de la Abogacía”, *La Ley*, D-250, 2002, pp. 1829-1842; TRIGO GARCÍA, B.: “¿Regulación del ejercicio societario de la abogacía mediante normas reglamentarias? El Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española”, *La Ley*, número 5527, 2002, pp. 1844-1850; LECIÑENA IBARRA, A.: “Competencia estatutaria en la regulación de los despachos colectivos: el artículo 28 del Estatuto General de la Abogacía”, AC, número 26, 2002, pp. 855-879; DICTAMEN y ASESORÍA, SA: “Despachos colectivos y responsabilidad compartida”, RJC, número 1, 1994, pp. 255 y ss., y “Relaciones jurídicas entre profesionales en el seno de organizaciones conjuntas; el caso de los bufetes de abogados”, *Revista de Trabajo*, 1988, pp. 177 y ss.; DE ANGULO RODRÍGUEZ, L.: “Los despachos colectivos de abogados y las normas colegiales”, en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pp. 313-357; ALBIEZ, JAIMEZ TRASIERRA, M. C., & OLARTE ENCABO, S.: *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, Granada, 1992; VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: “Organización de despachos de abogados”, *Justicia*, 92, número 2, 1992, pp. 279-297; DE ZULUETA: “Abogados de empresa y bufetes colectivos. Reflexiones sobre la Abogacía y abogados de J. M. Martínez Val”, *La Ley*, número 2, 1982; DE CASTRO: *La abogacía en el momento presente: el nuevo EGA*, Valladolid, 1982; ZARAGOZA, A.: “Los despachos colectivos y la empresa legal como modos de ejercer la abogacía”, *Sociología y Psicología Jurídica*, número 2, 1975, pp. 67 y ss.; CUÉLLAR GRÁCERA, A.: *Asociaciones y sociedades profesionales e interprofesionales de Abogados*, Badajoz, 1967.

(9) El contrato de sociedad es un contrato de colaboración en el que las obligaciones están fundamentadas en atención al fin común. Para un entendimiento correcto de la obligación de aportar es preciso partir de la conceptualización de la aportación de cada socio singular como contribución a la promoción del fin común. La inidoneidad de una prestación para la consecución de este fin determina la improcedencia de la obligación, GIRÓN: *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1972, p. 215; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: *La atipicidad en Derecho de Sociedades*, Zaragoza, 1977, pp. 326-327.

La aportación en una sociedad profesional se somete, en principio, al régimen jurídico predisuesto para el tipo social que haya adoptado, resultando que, si es uno capitalista, la aportación de capital es imprescindible para adquirir la condición de socio, estando prohibida la aportación de industria (arts. 36 LSA y 18 LSRL), mientras que si lo es personalista, dado que los socios (con la salvedad que suponen los comanditarios) responden personal e ilimitadamente de las deudas sociales, no hay que constituir un fondo común de garantía, por lo que la aportación social sólo ha de cumplir la función de contribuir a la finalidad productiva de la sociedad (10). La condición de socio se adquiere aportando sumas de dinero (art. 1.682 CC) o cosas ciertas y determinadas (art. 1.681, párr. 2.º, CC), entre las que cabe mencionar como propias de una sociedad profesional el local donde desarrollar la actividad profesional, los equipos informáticos, la biblioteca, y, en general, cualesquiera bienes que desde el punto de vista del ejercicio profesional puedan calificarse como medios auxiliares (11), pero también industria.

Tratándose de una sociedad profesional, y cualquiera que sea el tipo social que haya utilizado, es necesaria la presencia de socios debidamente cualificados para el ejercicio de la profesión que constituya su objeto social que se comprometan a ejercerla en la sociedad, pues sólo así se podrá calificar de “profesional” y conseguir su finalidad social, lo que conlleva que el contenido típico de la obligación asumida por los socios sea la prestación de servicios profesionales.

Ahora bien, esto no impide que, junto a los socios profesionales ejercientes, haya socios que no sean profesionales, o que siéndolo no desarrollen su actividad profesional en la sociedad, y que, por tanto, contribuyan a la realización del objeto social sólo con bienes o dinero: socios meramente capitalistas cuya presencia, y por tanto su aportación de capital, suele admitirse, pero dentro de ciertos límites, justificados por la necesi-

(10) GARRIGUES: “Teoría general de las sociedades mercantiles”, RDM, 1974, p. 213; VÉRGEZ: *El socio industrial*, Madrid, 1972, pp. 35 y 38; SIMONETTO, E.: “L’apporto nel contratto di società”, *Riv. Dir. Civ.*, I, 1958, pp. 1-68, indica que no hay ventaja posible que no pueda ser objeto de aportación social. A este tipo de aportaciones pertenece la aportación del nombre civil y de la clientela, las cuales tienen especial trascendencia en las sociedades constituidas para el ejercicio en común de una profesión; sobre las distintas funciones del capital social en relación con las aportaciones, *vid.* GARRIDO DE PALMA: “La aportación a la sociedad anónima, hoy”, *La Ley*, 1990-4, pp. 1137 y ss.; MASSAGUER, J.: “El capital nominal”, RGD, 1990, julio-agosto, pp. 5546-5604.

(11) La distinción entre aportación de dinero o de bienes *in natura* tiene trascendencia en las sociedades capitalistas a las que se exige la expresión en dinero de la cifra representativa del capital social, lo que obliga a valorar en dinero las aportaciones no dinerarias, pero también en las personalistas, en las que rige como criterio legal subsidiario para la distribución de pérdidas y ganancias la proporcionalidad con lo aportado (arts. 1.689 CC y 140 y 141 CCom).

dad de asegurar que sean los socios profesionales quienes ostenten el control de la sociedad a través de las correspondientes mayorías (de capital social, de los derechos de voto y del órgano de administración) como única forma de salvaguardar la libertad y la independencia con las que éstos han de ejercer la profesión liberal en nombre y por cuenta de la sociedad profesional (12).

Como también es posible que la sociedad profesional ofrezca al público servicios profesionales prestados por sujetos que no sean socios profesionales, que los realizarán a su favor a través de títulos jurídicos distintos del contrato de sociedad (un contrato civil, normalmente de arrendamiento de servicios, mercantil, o laboral), pero siempre que el número de estos profesionales y su volumen de servicios sea inferior al de los socios profesionales, pues, en otro caso, el objeto social se habrá desplazado desde el ejercicio en común de la profesión liberal, propio de la sociedad profesional, al de su mera organización y explotación, típico de la sociedad de producción de servicios profesionales, que es una sociedad mercantil que explota y coordina la actividad de profesionales liberales para ofrecer sus servicios al público (13).

Por tanto, la prestación de servicios profesionales a favor de la sociedad profesional puede articularse a través de mecanismos propiamente societarios o mediante fórmulas contractuales no societarias. En este sentido, el artículo 68.1 CAC indica que *“Las sociedades profesionales de abogados sólo podrán desarrollar su objeto consistente en el ejercicio de la abogacía mediante abogados en ejercicio, sean socios de la sociedad o colaboradores de la misma...”*.

A veces la sociedad profesional celebra esos contratos con profesionales como fase previa a su incorporación como socios profesionales a fin de valorar la calidad de su prestación de servicios, esto es, su capital humano (entendido como un conjunto de factores tales como el talento, la experiencia, la reputación, etc.), que no es fácil cuantificar económicamente y que no se entrega en un solo acto, sino que se alarga en el tiempo, lo que explica que, por el contrario, la vinculación de un profesional que ya goza de cierto prestigio profesional se produzca directamente en

(12) La presencia de socios netamente capitalistas da lugar a las denominadas “sociedades profesionales mixtas”, admitidas, por ejemplo, en el ámbito de la auditoría, siempre que *“como mínimo, la mayoría de sus socios sean auditores de cuentas, y, a la vez, les corresponda la mayoría de capital social y de los derechos de voto; Que la mayoría de los administradores y directores de la sociedad sean socios auditores de cuentas, debiendo serlo, en todo caso, el administrador único en sociedades de este tipo...”* (art. 10.1 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas); en igual sentido se manifiesta el artículo 3 PALSP.

(13) Vid. ORTEGA REINOSO: “El abogado y las sociedades de servicios jurídicos”, RCDI, número 688, 2005, pp. 539-557.

condición de socio. Pero otras, la sociedad mantiene esas relaciones contractuales con profesionales por ser beneficioso para ambas partes, sin plantearse su posterior incorporación a la sociedad. Así, la sociedad con exceso de capital humano en forma de clientela encarga servicios a profesionales ajenos a la sociedad con exceso de capacidad de trabajo (14).

2.2. La aportación de actividad profesional.

Como se adelantaba, para que una sociedad sea profesional es necesaria la presencia de socios debidamente cualificados que se comprometan a ejercer en su seno la profesión liberal que constituya su objeto social; compromiso que se configura como presupuesto de la condición de socio profesional, que consiste en un *facere*, en una prestación de actividad objeto de una obligación de medios, por la que el profesional pone a disposición de la sociedad sus conocimientos y su trabajo personal (aunque también es posible que el socio profesional comprometa una obra o resultado, por ej., el abogado que se obliga a realizar un número determinado de informes).

Ahora bien, la prestación de actividad del socio profesional a favor de la sociedad profesional se articula a través de distintos mecanismos societarios dependiendo del tipo social que haya adoptado. En los personalistas, como aportación de industria, suficiente para que el profesional adquiera la condición de socio, sin perjuicio de que también puede realizar otras aportaciones. En los capitalistas, en los que está prohibida la aportación de industria, la prestación de servicios no puede ser objeto de aportación social en sentido técnico-jurídico; el mecanismo societario que en este caso la encauza son las prestaciones accesorias, que no otorgan la condición de socio, sino que, por el contrario, la presuponen: en estos tipos sociales la condición de socio profesional también tiene como presupuesto ineludible la aportación de capital. Veamos ambos mecanismos societarios.

2.2.1. La aportación de industria.

La aportación de industria en una sociedad profesional es una prestación de actividad por virtud de la cual el profesional pone su trabajo con las notas de intelectualidad, personalidad e independencia al servicio de la sociedad y adquiere la condición de socio (arts. 1.665 y 1.678 CC). Se trata de una actividad profesional que el socio desarrolla en común (en sociedad) de la que deriva un resultado común partible (15). El objeto de

(14) CAMPINS: *La sociedad profesional*, cit., pp. 206-208.

(15) VÉRGEZ: *El socio industrial*, cit., p. 47.

esa aportación es el trabajo en sí, y no los beneficios derivados del mismo (16), lo que no se contradice con lo dispuesto en el artículo 1.683 CC sobre que “*El socio industrial debe a la sociedad las ganancias que durante ella haya obtenido en el ramo de la industria que sirve de objeto a la misma*”, pues este precepto no está definiendo el contenido de la principal obligación asumida por el socio que aporta su industria a la sociedad, sino que recoge una obligación de no concurrencia, accesoria de la anterior, que pretende garantizar que la obligación del socio de prestar su trabajo a la sociedad es completa, impidiendo, así, que termine en beneficio propio y en detrimento de los intereses sociales, y cuyo incumplimiento se sanciona atribuyendo a los beneficios individuales la condición de ingresos sociales (17).

En una sociedad profesional personalista no cabe duda que la aportación de actividad profesional confiere al profesional la condición de socio. Pero hay que preguntarse si es posible que un profesional adquiera esa condición aportando sólo capital, y que, no obstante, vincule su actividad profesional a la sociedad a través de instrumentos no societarios, como puede ser el contrato de arrendamiento de servicios o el de trabajo celebrado entre ese socio capitalista y la sociedad profesional (18). Pues bien, ya hemos visto que hoy por hoy esto es posible siempre que concurren dos condiciones: una, que en el sector profesional en cuestión no estén prohibidas las sociedades profesionales mixtas; y dos, que la mayor parte de los servicios profesionales que esa sociedad ofrezca al público sean realizados por sus socios profesionales.

Ahora bien, si una futura Ley de sociedades profesionales o la normativa que regule un determinado sector profesional vinculan la condición de socio a la de profesional que ejerza en la sociedad la profesión que constituya el objeto social [denominada principio de identidad absoluta (19)], esto es, si se excluye la presencia de socios netamente capitalistas, y la sociedad en cuestión adopta un tipo personalista, todos los

(16) Si el socio se compromete a aportar las ganancias que pueda obtener con la actividad profesional que realice al margen de la sociedad el objeto de la aportación serán tales ganancias, y no el trabajo, que sólo será el medio para conseguirlo, y en consecuencia, la aportación no lo será de industria, sino de capital. Y si lo único que ponen en común los socios son dichas ganancias, éstos habrán constituido una sociedad de comunicación de resultados, y no una sociedad profesional, *vid.* ORTEGA REINOSO: “Ejercicio en sociedad de la profesión de abogado”, AC, número 22, 2004, pp. 2659-2676.

(17) CAPILLA: “Comentario...”, cit., p. 269; MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1950, p. 355; MUCIUS SCAEVOLA: *Comentarios al Código Civil español*, XXV, II, Madrid, 1948, pp. 71 y ss.

(18) SCHIANO DI PEPE, G.: *Le società di professionisti*, Milán, 1977, p. 179; RESCIGNO: *La società fra professionisti*, Milán, 1985, p. 103.

(19) PAZ-ARES: “Comentario...”, cit., p. 1405.

socios lo serán de industria, sin perjuicio de que, además, puedan aportar bienes, dinero u otras prestaciones de actividad (ya que el legislador no ha impuesto una única o determinada forma de actividad).

La PALSP, que admite las sociedades profesionales mixtas, pero reservando su control a los socios profesionales (art. 3), señala expresamente que éstos “prestarán la actividad profesional a que se hubieren obligado...” (art. 8.1). Por el contrario, la Proposición de Ley de Regulación de Sociedades Civiles de Actividades entre Profesionales (20), que creó *ex novo* un tipo de sociedad exclusivo y excluyente de los profesionales liberales con la intención de abarcar “todas las formas de colaboración profesional”, pero que, según resulta de su articulado, sólo se refiere a la sociedad profesional en sentido estricto, que califica de civil, pero cuyo régimen jurídico se asemeja más al de la sociedad de responsabilidad limitada, no se refiere a la aportación de actividad profesional en su artículo 5, relativo a las aportaciones sociales, en el que únicamente alude a bienes, materiales o inmateriales, susceptibles de valoración económica que sean útiles a las “*actividades participadas*”. No obstante, a lo largo de su articulado y, sobre todo, con motivo de regular la sucesión *mortis causa* resulta evidente la consideración de la actividad profesional como objeto de aportación social, al afirmar que sólo podrán suceder al causante aquellos herederos que reúnan las condiciones profesionales propias de la actividad aportada al objeto social (art. 17.6).

Por último, merece la pena pararse en la regulación que el Derecho francés ha dado a la aportación de industria en la sociedad civil profesional, regulada en la Ley número 66-879, de 29 de noviembre de 1966. Esta Ley estableció como requisito la existencia de un capital social, aunque sin límites cuantitativos máximos ni mínimos (art. 9), lo que fue objeto de general crítica porque en este tipo de sociedad la responsabilidad solidaria e indefinida de los socios priva al capital social de su principal razón de ser (21), y porque tal exigencia podría limitar el acceso a este tipo de sociedad de los profesionales más jóvenes (22); capital social dividido en partes iguales, que no pueden representarse por títulos negociables, y que admite dos tipos de aportaciones: en numerario y en *natura* [arts. 9 y 10 (23)].

(20) Presentada por el Parlamento de Cataluña al Congreso de los Diputados el 2 de junio de 1999 y posteriormente retirada (BOCG del Congreso de los Diputados de 24 de noviembre de 2000).

(21) GOLDSMITH: “A propos du projet de loi sur les sociétés civiles professionnelles”, *Repertoire Dalloz des sociétés*, 1966, Chr., número 2, p. 39.

(22) TERRE, F.: “Les sociétés civiles professionnelles (commentaire de la loi du 29 novembre 1966)”, JCP, I, 1967, ref. 2103, número 133.

(23) Las primeras han de estar liberadas en el momento de su suscripción, al menos en la mitad de su montante, debiendo el resto ser liberado en un plazo máximo de dos años. Las segundas deben estar íntegramente liberadas desde la constitución de la sociedad.

Y también se originó cierta polémica acerca de las aportaciones de industria entre los partidarios de reconocerlas como tales y los defensores de su exclusión. Estos últimos no estimaban necesario que la industria fuese representada mediante una cuota social, al haberse establecido la obligación para todos los socios de ejercer efectiva y exclusivamente su profesión en la sociedad. Por el contrario, los primeros consideraban que, abstracción hecha de la noción de capital, nada se oponía a la creación de derechos sociales o partes idénticas que remuneraran por igual todas las aportaciones, pues también el trabajo en común había de ser objeto de valoración a fin de determinar los derechos de los socios y la parte de cada uno en los resultados sociales (24). Finalmente, la Ley se decantó por reconocer las aportaciones de industria, pero dotándolas de un estatuto singular: no concurren a la formación del capital social, por lo que no se remuneran con partes sociales (que representan participaciones en el capital), pero sí dan derecho a partes de interés (o cuotas de participación) que, no obstante, y a diferencia de aquéllas, no son cedibles y deben anularse cuando el titular pierde su condición de socio por cualquier causa (art. 13 *Décret* núm. 92-680, de aplicación de esta Ley a la profesión de abogado). Peculiaridades que no privan a los que aportan industria de la condición de auténticos socios: tienen derecho a los beneficios, a participar en las decisiones sociales, a las reservas y al activo social tras la liquidación a cargo de contribuir a las pérdidas (25).

2.2.2. *Las prestaciones accesorias.*

La prohibición legal de la aportación de industria en las sociedades capitalistas se justifica por la función que en este tipo de sociedades desempeña el capital social, cual es la de ser la única garantía frente a los acreedores sociales, dada la falta de comunicación entre el patrimonio social y el personal de los socios; garantía que se protege con principios como el de efectividad y el de integridad, que presiden el régimen jurídico del capital social (26). Por lo que sólo pueden formar parte del capital social los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica que constituyan una efectiva aportación patrimonial a la so-

(24) BARDOUL: "Les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles", *Riv. Soc.*, 1973, p. 429.

(25) Vid. GARCÍA PÉREZ: *El ejercicio en sociedad...*, cit., pp. 165-166; LECIÑENA: "La sociedad civil profesional entre abogados en el Derecho francés: la situación jurídica del abogado socio", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, número 19, 2001, pp. 83-98.

(26) GIRÓN: *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1972, p. 218; GARRIGUES: *Tratado de Derecho mercantil*, volumen I, Madrid, 1947, p. 441; NORMAND: "Réflexions sur la place des apports en industrie dans les sociétés de capitaux d'exercice libéral", *JCP*, 1990, pp. 282-288.

ciudad, esto es, que puedan ser objeto de embargo y ejecución (arts. 36.1 y 47.1 LSA). Si bien, en la actualidad se estima que, de las diversas funciones que desempeña el capital social, la más importante no es la de garantía, sino la de constituir un fondo de explotación económica, por lo que basta con que los bienes aportados sean susceptibles de evaluación económica, aunque no lo sean de embargo y ejecución, lo que a su vez depende de su objetiva valoración, de su estabilidad y de su posibilidad de transmisión (*know how*, concesiones administrativas, exclusivas de venta, franquicias, fondo de comercio, etc.) (27). En cualquier caso, es clara la inidoneidad de las prestaciones de servicios para formar parte del capital social, ya que se trata de actividades personales, que además se efectúan de forma continuada mientras dura la vinculación del socio con la sociedad. En consecuencia, no puede aportarse trabajo o servicios futuros, aunque sí pueden prometerse como prestación accesorias, no integrada en el capital social.

Las prestaciones accesorias son obligaciones sociales estatutarias patrimoniales asumidas por todos, algunos, o un solo socio, que se añaden a la obligación ineludible de realizar la aportación social, y que pueden tener por objeto cualquier prestación de dar, hacer, o no hacer (arts. 36.1, párr. 2.º, LSA y 22 LSRL). No tienen la consideración técnica de aportación social, y por ello no atribuyen la condición de socio al sujeto obligado a su cumplimiento, que, en consecuencia, no recibe a cambio acciones ni participaciones sociales. Se configuran como obligaciones sociales accesorias de la obligación principal de aportar capital, lo que significa que sólo quien ya es socio, por haber efectuado aportaciones adecuadas para integrar el capital social y recibido en contrapartida acciones o participaciones sociales, puede asumirlas (28). Accesoriedad que no afecta al carácter social de la obligación (29), permitiendo, así, que el socio profesional vincule su actividad profesional a la sociedad a través de una técnica típicamente societaria frente a otros posibles mecanismos de vinculación extrasocietarios, como el contrato de trabajo o el de servicios.

Puesto que la condición de socio en estos tipos sociales no proviene de la prestación de servicios profesionales en la sociedad, cabe plantear-

(27) VICENT: *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 2003, www.tirantonline.com.

(28) BARBA DE VEGA, J.: *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1984, p. 189.

(29) VICENT: *Introducción...*, cit., afirma que, prueba evidente de que son obligaciones sociales es que obligan a los nuevos socios que ingresan en la sociedad sin necesidad de expresa asunción de ellas, y de su accesoriedad es que la pérdida de la condición de socio extingue los derechos y obligaciones derivados de ellas, y que, al contrario, la nulidad del pacto que las establece no debe afectar a las demás obligaciones sociales, aunque desde el punto de vista económico pueden ser la base esencial de la sociedad.

se si es adecuado calificar a esta sociedad de profesional; es decir, si el objeto social en tales circunstancias es realmente el ejercicio de la profesión liberal (30). Pues bien, la respuesta sigue siendo afirmativa, si bien, las prestaciones accesorias habrán de ser objeto de la oportuna adaptación, pues dada su importancia en el desenvolvimiento del objeto social constituyen en realidad la verdadera causa de participación de los socios profesionales (31). Su accesoriedad legal deberá ser objeto de modificación por la voluntad de los socios, que las impondrán *cuasi ex lege* siempre que se respete su naturaleza, que implica que sólo pueden realizarlas quienes ya son socios en virtud de una aportación principal de capital. En este sentido, el artículo 15.3 de la PALSP señala que “Las acciones y participaciones correspondientes a socios profesionales llevarán aparejada necesariamente la obligación de realizar prestaciones accesorias de contenido profesional”.

Prestaciones que, además, serán remuneradas, pues los profesionales desarrollan su actividad en la sociedad profesional normalmente como único medio de vida, por lo que es necesaria una distribución periódica y adecuada de los resultados sociales durante la vida de la sociedad (32).

2.2.3. Régimen jurídico.

La prestación de actividad profesional, se articule como aportación de industria o a través de prestaciones accesorias, se convierte en una obliga-

(30) CAPILLA: “Sociedades de profesionales liberales. Cuestiones sobre su admisibilidad”, en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, p. 249, señala que, si el instrumento técnico de aportación profesional es la aportación de industria, cabría sostener que aquellos tipos sociales en los cuales no cabe tal modalidad de aportación, como sucede en las SA y en las SRL, no pueden ser utilizados para constituir sociedades profesionales. Para salvar el escollo pueden utilizarse, al menos, dos vías. La 1.ª, incorrecta, fue la empleada por la RDGRN de 2 de junio de 1986, que inventó una sociedad de intermediación donde seguramente había una verdadera sociedad limitada profesional; la 2.ª, articular la prestación de los servicios profesionales por los socios por el cauce de las prestaciones accesorias de los mencionados preceptos de las respectivas leyes; sin embargo, MONTALENTI, P.: “Società di professionisti, società di ingegneria e contratto di ingegneria”, *Giur. Comm.*, 1986, p. 861, afirma que esa subordinación de las prestaciones accesorias al capital social impide que las sociedades profesionales puedan adoptar un tipo social capitalista.

(31) GARRIDO DE PALMA: *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Madrid, 1990, p. 175, señala que “los accionistas... lo serán mientras presten su actividad profesional (supuesto frecuente de arquitectos, abogados...) en la empresa; si dejaran de realizar tal actividad vienen obligados a poner a disposición de la sociedad sus acciones...”.

(32) SECO CARO, E.: “Desigualdad de las participaciones sociales en la Ley de 1995”, *Libro-Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, p. 3309, señala que “Asumir alguna prestación accesorial puede ser el modo de obtener de la sociedad una contraprestación económica que puede ser importante para quien es su titular”; sin embargo, CAMPINS: “Modelo de cláusulas...”, cit., p. 150, señala que la gratuidad de las prestaciones accesorias se justifica fundamentalmente por razones de índole fiscal.

ción societaria que pasa a formar parte del conjunto de derechos y obligaciones que integran el estatuto jurídico del socio profesional. En consecuencia, su régimen jurídico será el propio de las obligaciones sociales, que se encuentra recogido en el Derecho de sociedades, de obligaciones, y de los contratos (33).

1) Del Derecho de sociedades serán aplicables: en primer lugar, las normas que se ocupan de la obligación de prestación de servicios por parte de los socios a la sociedad, como son, fundamentalmente, las que imponen una prohibición de competencia al socio industrial (arts. 1.683 CC y 138 CCom) y las que delimitan las prestaciones accesorias (arts. 9.1 y 65 LSA y 22 y ss. LSRL); en segundo lugar, las normas que regulan la obligación de aportación social en cada tipo social, con las salvedades que derivan de que en nuestro Ordenamiento la prestación de actividad no integra el capital social. Así, no se aplicarán las normas que disciplinan la valoración de las aportaciones no dinerarias, el desembolso, etc., y sí las que regulan el incumplimiento de la obligación de aportación (arts. 1.707 CC y 218 CCom); y por último, las normas que sin estar referidas a las aportaciones han de aplicarse a la prestación de actividad. Así, por ejemplo, los preceptos relativos a la modificación de los estatutos.

2) La insuficiencia de la normativa anterior hace necesario acudir a las normas generales de las obligaciones contractuales, especialmente a las referidas a las obligaciones de hacer (arts. 1.098, 1.151, 2.º, y 1.161 CC).

3) Y también se han de tener en cuenta las normas relativas al objeto particular de la obligación. Dado que la prestación de servicios profesionales se identifica, en general, con la propia de un contrato de arrendamiento de servicios, hay que acudir a las normas previstas para este contrato. Ahora bien, puesto que la actividad profesional se desarrolla en el marco del contrato de sociedad, se aplicarán las normas que específicamente reglamentan la prestación de servicios, y no las que disciplinan el contrato de servicios en su conjunto, y siempre que no contradigan ni desvirtúen la naturaleza estrictamente social de la obligación (34). En la práctica, esta remisión resuelve el problema de la naturaleza jurídica, pero carece de efectividad en cuanto a su régimen jurídico, pues la regulación que del contrato de servicios contiene el Código Civil (arts. 1.583 a 1.587) está obsoleta. Por lo que, en definitiva, habrá que recurrir al cuerpo de doctrina relativo al mismo para aplicarlo por analogía a la prestación de actividad objeto de la obligación social.

(33) Vid. BARBA: *Las prestaciones accesorias*, cit., pp. 257 y ss.

(34) VÉRGEZ: *El socio...*, cit., pp. 169 y ss.; PAZ-ARES: "Comentario...", cit., p. 1417.

2.2.4. *Alcance: la prohibición de concurrencia.*

Sentada la obligación de la totalidad o la mayor parte de los socios de ejercer su profesión en la sociedad profesional como contenido de su aportación social –si es personalista– o de una prestación accesoria –si capitalista–, cabe preguntarse si los socios pueden, además, desarrollar su actividad profesional al margen de la sociedad, o si, por el contrario, tienen que ejercerla en exclusividad en esa sociedad; dicho en otros términos, si sobre los socios profesionales pesa o no una prohibición de concurrencia. Prohibición que restringe el ejercicio de la profesión, pero que, a cambio, garantiza una mayor transparencia en el ejercicio en sociedad de la actividad profesional, con su repercusión en la independencia de los profesionales.

La respuesta depende, en principio, del tipo social que la sociedad profesional haya elegido:

1) Si es uno personalista, las partes pueden reglamentar este aspecto de sus relaciones internas de la forma que estimen más conveniente, dado que la regulación legal tiene carácter dispositivo, pudiendo admitir un ejercicio simultáneo, que normalmente conllevará una menor participación en los beneficios sociales del socio que lo lleve a cabo. Pero, en defecto de acuerdo, rige la prohibición legal de concurrencia: el artículo 138 CCom prohíbe al socio industrial ocuparse en negociaciones de especie alguna, y el artículo 1.683 CC en actividades idénticas al ramo de industria que sirve de objeto a la sociedad.

La sanción que el artículo 1.683 CC establece por quebrantar la prohibición consiste, como hemos visto, en privar al socio infractor de los beneficios individuales obtenidos en el ejercicio profesional concurrente, que se considerarán ingresos sociales, sin perjuicio de otras consecuencias que puedan producirse. Por su parte, el artículo 138 CCom señala que quedará al arbitrio de los socios capitalistas excluir al socio industrial infractor de la compañía, privándole de los beneficios que le correspondan en ella, o aprovecharse de los que hubiera obtenido contraviniendo la prohibición.

Por lo que, tratándose de sociedades profesionales personalistas, el socio profesional, salvo pacto en contrario, tendrá que ejercer su profesión exclusivamente en la sociedad, no pudiendo desarrollarla al margen de ella bajo ninguna modalidad (ni en otra sociedad profesional, ni de forma individual, ya sea por cuenta propia o de otro), pues con la prohibición de concurrencia lo que se impide es el ejercicio de una actividad, y no sólo un determinado modo de ejercicio de esa actividad (35).

(35) SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L.: “Prohibiciones de concurrencia”, *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, I, Madrid, 1971, p. 417.

2) Si es uno capitalista, el socio canalizará su ejercicio profesional a través de una prestación accesoria, respecto de la que no se establece ninguna prohibición legal de concurrencia. Es más, un posible objeto de las prestaciones accesorias es la obligación de no hacer competencia a la sociedad. Ahora bien, si no se ha establecido una prestación accesoria con ese contenido y tampoco ha sido objeto de regulación por las partes, ¿rige o no la prohibición de concurrencia?

A favor de la prohibición, siempre con carácter dispositivo, se ha alegado: a) El deber de fidelidad del socio, que le impone una colaboración para el desenvolvimiento del objeto social, y que, aunque discutido en el ámbito de las sociedades capitalistas, se ha afirmado como general de todas las sociedades, ya que el deber de lealtad es un deber general de Derecho privado, que forma parte del contenido obligacional de cualquier tipo social, pero cuya intensidad depende de las concretas posibilidades de cada socio de afectar con su comportamiento a los intereses sociales (36); b) La prohibición de concurrencia establecida normalmente para los administradores, que es trasladable a los socios que ejercen su profesión en la sociedad a través de prestaciones accesorias siempre que de éstas no resulte lo contrario, y cuya infracción lleva aparejada como regla general la indemnización por daños y perjuicios, y c) Los llamados “deberes accesorios de conducta” que integran el contenido de las obligaciones, que pueden concretarse en el deber de no concurrencia, cuyo origen, a falta de precepto legal o pacto social, se encuentra en el principio de buena fe.

En una sociedad profesional la prohibición de concurrencia trata de proteger el derecho de la sociedad sobre su clientela frente al peligro que presentan los socios profesionales, ya que, aunque la relación contractual se formaliza entre el cliente y la sociedad, la prestación la ejecuta el socio profesional, que ante el cliente “personifica” a la sociedad. El conocimiento que el socio profesional tiene de la sociedad y de la clientela le sitúan en una posición privilegiada respecto de otros miembros del mercado a la hora de competir con la sociedad en cuestión, lo que conlleva que se le prohíba el ejercicio de la profesión al margen de ella bajo cualquier modalidad (37).

(36) CAPILLA: “Comentario...”, cit., p. 284, manifiesta que “la existencia del llamado deber de fidelidad del socio es algo común a todas las sociedades, entendido como plasmación de los deberes y limitaciones cuya observancia viene exigida por los dictados de la buena fe. Y de acuerdo con la conformación a la que obedezca el tipo de sociedad de que se trate y de las circunstancias del caso, las exigencias serán de mayor o menor importancia”; PAZ-ARES: “Comentario...”, cit., p. 1326; RECALDE CASTELLS, A.: “Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil”, *La Ley*, 1993-1, pp. 304 y ss.; ALFARO: *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Madrid, 1995, pp. 34-35, n. 32.

(37) CADARSO PALAU, J.: “La sociedad profesional de arquitectos”, en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, p. 397, señala que “También se impone un deber de

Prohibición de concurrencia que parece adecuada en la sociedad profesional abstracción hecha del tipo social adoptado, ya que el compromiso de ejercicio en común de la profesión, aunque canalizado por distintos mecanismos societarios, es el mismo para todos los socios profesionales, y que, por tanto, se integra en el más amplio deber de fidelidad y de buena fe de éstos. Pero que, en tanto no haya un pronunciamiento legal al efecto, como podría ser la reclamada Ley de sociedades profesionales, mantiene el carácter dispositivo que tiene en nuestro Derecho de sociedades, lo que permite a las partes regular con plena autonomía sus límites materiales, espaciales y temporales (38).

De hecho, la LAC no se ha referido a este aspecto (39), y la PALSP deja la regulación a la voluntad de las partes, si bien impone la prohibición de concurrencia en defecto de pacto. Dice su artículo 8.2 que “Salvo disposición contraria del contrato social, se entenderá que la aportación de actividad de los socios profesionales se concierta con carácter exclusivo y que no da derecho a otras retribuciones que las previstas en el artículo 9” (referido a la “Participación en beneficios y pérdidas”), añadiendo el punto 3 que “Lo dispuesto en el apartado anterior será también de aplicación cuando la aportación de servicios profesionales se instrumentó a través de prestaciones accesorias”.

Algunos autores defienden que, de admitirse el ejercicio individual simultáneo, el socio profesional habría de aportar a la sociedad profesional la retribución o salario percibido, que entonces adquirirá la condición de

fidelidad, o de no competencia, en cuanto se excluye la posibilidad de que un arquitecto pueda pertenecer a más de una sociedad registrada. Pero no se ve por qué no se excluye, en cambio, que el arquitecto-socio pueda ejercer simultáneamente a título individual, pues la misma razón hay para prohibirlo”.

(38) SUÁREZ-LLANOS: “Prohibiciones de concurrencia...”, cit., p. 421; PORTELLANO, P.: *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, 1996, pp. 31 y ss.; CAMPINS: *La sociedad profesional*, cit., p. 219.

(39) CAMPINS: *La sociedad profesional*, cit., p. 327, número 572, pone de manifiesto respecto del socio auditor que “nada (le) impide pertenecer a varias sociedades o, si la sociedad se lo admite, trabajar además como auditor individual”; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, A.: “Acerca de la forma única de ejercicio de la profesión de auditor censor jurado de cuentas”, en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, p. 458, afirma que “no siendo pues –a pesar de su forma jurídica– sociedades capitalistas, no es en absoluto propio de ellas que un miembro auditor, que ejerza su profesión en el seno de una sociedad de esta clase, pertenezca a varias de estas sociedades y reparta su esfuerzo profesional entre todas ellas, pues además de ser en la práctica de dudosa posibilidad, no sería aceptable ni conveniente para el colegio profesional, pues por no poder el auditor colegiado dedicarse al ejercicio de la profesión en varias firmas sociales –pensemos que podrían incluso tener sus domicilios sociales en muy distintas provincias–, ello podría dar lugar a que algunas sociedades se sirvieran de este sistema para cumplir los requisitos de mayoría de socios auditores que exige la LAC, cuando en realidad se trata de socios no activos que de hecho no ejercieran la profesión auditora”.

ingreso social (40). Y otros estiman que no hay motivo para prohibir el simultáneo ejercicio individual por cuenta ajena con el colectivo, pues en el ejercicio individual no suele estar prohibida la concurrencia de ambas modalidades, por cuenta propia y ajena, lo que debe trasladarse al ejercicio colectivo, teniendo en cuenta, además, que en el ejercicio por cuenta ajena la propia situación de dependencia y subordinación del profesional respecto del empleador, que puede dedicarse a las más variadas actividades económicas, disminuye las posibilidades de hacer competencia a la sociedad profesional (41).

No obstante, el primero de tales argumentos no es válido, porque en realidad no guarda la similitud que aparenta: cuando una sociedad profesional prohíbe a sus miembros que ejerzan igual actividad profesional al margen de ella está velando por sus intereses frente a los que puedan corresponder a otros sujetos distintos (sus socios profesionales individualmente considerados u otra sociedad profesional), mientras que en el ejercicio individual se está ante un único sujeto, el profesional-persona física, que vela por sus intereses profesionales en todas las formas posibles de ejercicio profesional, sin perjuicio de que sea al empleador a quien convenga limitar esa concurrencia.

En cuanto al ámbito de la exclusividad, es evidente que no puede afectar al ejercicio de otra profesión que también realice el socio profesional (42) –por ejemplo, el abogado miembro de una sociedad de abogados que también es profesor–. Y tampoco hay razón para impedir, con base en el deber de fidelidad, o en el más concreto de no competencia, que el socio profesional sea miembro de otra sociedad profesional como socio capitalista puro, cuando esto sea posible (43).

Por último, y si repasamos los Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, encontramos que: 1) En Francia, y en relación con las sociedades civiles profesionales, reguladas en la Ley número 66-879, de 29 de noviembre de 1966, rige el principio de exclusividad (art. 4). El profesional no puede ser miembro más que de una sociedad profesional y no puede ejercer la misma profesión a título individual, a salvo lo que puedan establecer los Reglamentos de aplicación de estas Leyes a cada profesión. No obstante, se planteó el problema de si la prohibición de ejercicio simultá-

(40) LYON-CAEN: *L'exercice en société des professions libérales en droit français*, Dalloz, 1975, p. 105; LAMBOLEY: *La société civil...*, cit., p. 106.

(41) LECIÑENA: "Competencia estatutaria...", cit., p. 868.

(42) TERRE: "Les sociétés...", cit., pp. 53 y ss.

(43) CAMPINS: "Modelo...", cit., p. 147, propone como posible cláusula estatutaria que "Tampoco podrán los socios efectuar inversiones financieras o de otro tipo cuando impliquen conflicto con las actividades o intereses de la sociedad, salvo autorización expresa del órgano de Administración".

neo a título individual englobaba las dos modalidades, por cuenta propia y ajena, o sólo impedía el ejercicio por cuenta propia. La solución compartida fue la de permitir el ejercicio simultáneo por cuenta ajena siempre que éste no afectara al cumplimiento de los compromisos adquiridos por el profesional en la sociedad profesional. Y tampoco está prohibido el simultáneo ejercicio, individual o colectivo, pero con carácter accesorio, de una profesión distinta de la que sirva de objeto a la sociedad, siempre que las reglas deontológicas de la profesión en cuestión lo permitan, e incluso podría entenderse necesario el consentimiento de los demás socios (44). En cuanto a las sociedades de ejercicio profesional, tras la reforma del artículo 5.1 de la Ley 90-1258, de 31 de diciembre de 1990, por la Ley 2001-1168, de 11 de diciembre de 2001, sobre medidas urgentes de reforma de carácter económico y financiero (Ley Murcef), el control de estas sociedades puede estar en manos de una persona jurídica (sociedad civil profesional, sociedad de ejercicio liberal, o sociedad de participaciones financieras de profesionales liberales), que antes de la reforma sólo podía detentar una participación en el capital social inferior al 50 por 100. Desde el momento en que la totalidad del capital social puede pertenecer a profesionales que no desenvuelvan su actividad profesional para la sociedad se rompe la correspondencia socio-profesional ejerciente en el seno de la sociedad, imperante hasta ahora. En el ámbito de la abogacía, los Decretos de desarrollo de las anteriores Leyes han establecido una exclusividad absoluta para los abogados que ejercen su profesión en las citadas sociedades, que expresamente extienden al ejercicio asalariado de la abogacía (arts. 43 *Décret* núm. 92-680 y 20 y 22 *Décret* núm. 93-492) (45).

2) En Alemania, los artículos 31 y 59.e) de la Ley de 31 de agosto de 1998, sobre sociedades de responsabilidad limitada de abogados, prohíben a los socios de una sociedad de abogados tener participación en el capital social y/o desarrollar su profesión en otras agrupaciones profesionales, lo sean de ejercicio profesional o de medios, cualquiera que sea la profesión a que éstas se refieran y el tipo social adoptado, salvo que se trate de una sociedad profesional extranjera sin sede en Alemania siempre que en el respectivo país no haya una norma prohibitiva idéntica; prohibición con la que sí se encuentran los socios de una sociedad profesional extranjera que quieran participar en una sociedad de abogados ale-

(44) Vid. LYON-CAEN: *L'exercice en société...*, cit., p. 105; LAMBOLEY: *La société civile professionnelle. Un nouveau statut de la profession libérale*, París, 1964, número 132; MOUSSERON: "Rapport general", en *L'exercice en groupe des professions libérales*, Montpellier, 1974, p. 24.

(45) Esto fue objeto de general crítica, vid. CHIREZ, A.: "La qualité de non salarié de l'avocat collaborateur", *Rev. Droit Social*, número 5, 1978, pp. 142-11; JESTAZ, PH: "La robe pre-texte du collaborateur d' avocat", *Rev. Droit Social*, 1977, p. 295.

mana (46). Y se ha planteado la duda de si los socios pueden ejercer su profesión al margen de la sociedad de abogados a título individual, lo que debe responderse en sentido negativo, dada la amplitud de la anterior prohibición, que lo es en relación, incluso, con las sociedades de medios (47).

3) En Italia, el abogado socio de una sociedad entre abogados no puede ejercitar por cuenta propia o de otro una actividad concurrente con la de la sociedad, ni participar como socio ilimitadamente responsable en otra sociedad competidora sin el consentimiento de los otros socios, que, no obstante, se presume si el ejercicio de la actividad o la participación en otra sociedad eran previos al contrato social y los otros socios conocían tal circunstancia, según se desprende del artículo 21 Decreto Legislativo número 96, de 2 de febrero de 2001, de transposición de la Directiva 98/5/CE, en relación con lo previsto en el artículo 2.301 *Codice Civile* para la sociedad colectiva, cuya disciplina se aplica con carácter supletorio a la sociedad entre abogados, pero con una diferencia, pues se entiende que el citado artículo 21 es una norma de carácter imperativo y que la prohibición permanece mientras dure la vinculación del socio con la sociedad, sin excepción alguna (48).

2.2.5. *Cumplimiento de la prestación de actividad profesional.*

La prestación de actividad profesional del socio profesional no se cumple de una sola vez, sino que se prolonga en el tiempo, normalmente durante su participación en la sociedad. Calificada, generalmente, como una obligación de medios, el socio profesional está obligado a ejercer su actividad profesional en los términos previstos en el contrato social conforme a la *lex artis* profesional, de forma que la determinación de si ha existido o no cumplimiento se traslada al examen de la diligencia empleada. Si, por el contrario, el socio profesional asume con la sociedad una obligación de resultado habrá cumplimiento si se obtiene el resultado prometido.

Si el socio no cumple, o cumple defectuosamente, se produce la misma situación que cuando se incumple cualquier otra obligación social, debiendo aplicarse las soluciones previstas en el Derecho de sociedades y

(46) Vid. ALBIEZ: "La Sociedad de Responsabilidad Limitada de Abogados (a propósito de la Ley alemana de 31 de agosto de 1998)", RdS, número 15, 2000, pp. 194-195.

(47) No lo entiende así SANGIOVANNI: "La società a responsabilità limitate tra avvocati nel divitto tedesco", Riv. Soc., 1999, número 4, p. 928.

(48) Vid. TRIGO GARCÍA, B.: "La regulación italiana sobre ejercicio de la abogacía en forma societaria al amparo de la normativa comunitaria sobre ejercicio profesional", AC, número 22, 2002, p. 745; MILINERVINI: "La società tra avvocati (s.t.p.) nel D. Lgs. 2 febbraio, n. 96", Le società, número 9, 2001, p. 1033.

en el de obligaciones. Así, la sociedad dispone de una acción de cumplimiento para exigir que la prestación se ajuste exactamente a lo prometido por el socio, aunque también es posible que el contrato social prevea una serie de reacciones frente al incumplimiento del socio, que pueden ir desde el simple apercibimiento por el órgano directivo hasta la exclusión del socio (49).

Las normativas que regulan las sociedades profesionales vienen haciendo expresa referencia a que la actividad profesional objeto de aportación o prestación accesoria ha de desarrollarse conforme a las normas y principios deontológicos propios de la profesión que constituya el objeto social, y en particular a los de independencia técnica y responsabilidad personal.

En este sentido, el artículo 8.1 LAC establece que “*Los auditores de cuentas deberán ser y parecer independientes...*”, añadiendo el artículo 11.2 que “*Cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor que pertenezca a una sociedad de auditoría, responderán solidariamente tanto el auditor que haya firmado el informe de auditoría como la sociedad*”. Por su parte, el artículo 8.1 de la PALSP indica que “*Los socios prestarán la actividad profesional a que se hubieren obligado de conformidad con las normas y principios deontológicos propios de la profesión y, en particular, con los de independencia y responsabilidad personal*”, y el artículo 10.2 concreta que “*Por las deudas que tengan su origen en el desarrollo de la actividad profesional responderán además los profesionales que hayan actuado...*” (50).

2.3. La aportación de clientela.

Por clientela del empresario se entiende el conjunto de personas que, de hecho, mantiene con la casa de comercio relaciones continuas por demanda de bienes o servicios (51). Sobre su calificación jurídica se ha discutido en orden a determinar la posibilidad o no de su transmisión y, por ende, de su aportación social. Pues bien, siendo esencial y permanente la

(49) En la SRL, el incumplimiento de las prestaciones accesorias por causas voluntarias conlleva la exclusión del socio (art. 98 LSRL). Si lo es por causas involuntarias no la acarrea, salvo disposición contraria de los estatutos (art. 25.2 LSRL). Y en la SA dependerá de lo que se haya previsto en los estatutos sociales (art. 9.1 LSA).

(50) La Ley francesa de 1966 establece en su artículo 11 que en ningún caso los poderes asignados a los administradores o gerentes pueden crear un vínculo de subordinación de los socios respecto a la sociedad en el cumplimiento de actos profesionales; también el artículo 59.f) del Estatuto Federal de la Abogacía alemana establece lo que se ha dado en llamar una cláusula general de independencia, *vid.* ALBIEZ: “La sociedad de responsabilidad limitada...”, cit., pp. 191-192.

(51) GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, volumen I, Madrid, 1982, p. 193.

libertad de elección del cliente por uno u otro empresario, de forma que ni siquiera queda vinculado por la elección que ha realizado, se dice que la clientela no puede calificarse como un bien susceptible de apropiación (52), puesto que no admite el ejercicio por el hombre de un señorío, de un sometimiento a su voluntad: por no ser una cosa no es susceptible de entrega, y por no ser un derecho no lo es de cesión (53).

La clientela es una realidad sociológica formada por una masa en movimiento cuyos componentes individuales se renuevan, pero cuya continuidad global se explica abstractamente por la estabilidad, que, no obstante, no la convierte en objeto de derecho; es una mera relación de hecho, a la que, sin embargo, se le reconoce un valor económico, que sí es objeto de dominación jurídica.

La clientela mercantil se forma a partir de elementos objetivos de la empresa que actúan como factores de atracción (la marca, el nombre comercial, el local comercial y su ubicación, etc.), cuya transmisión ocasiona, con distinta intensidad, la de la clientela. Se concluye, entonces, que el Ordenamiento jurídico la protege de manera indirecta, a través de una inmediata y directa protección de esos elementos colectores de clientela. En consecuencia, la patrimonialidad de la clientela mercantil no ha sido cuestionada, su cesión se ha practicado normalmente bajo el nombre de "cesión del fondo de comercio" (54), y el valor de este fondo se ha determinado en función de los beneficios que la clientela viniese reportando al cedente. Si bien, el cesionario no adquiere ningún derecho que le asegure la continuidad de la clientela en todo o en parte; lo único que adquiere es un derecho de crédito contra el cedente, que se habrá comprometido a no restablecerse, como única forma de hacer efectiva la cesión (55).

En el ámbito de la profesión liberal, las cosas se complican, pues el conjunto de personas vinculado a un profesional, que constituye la denominada clientela civil (o más concretamente, liberal), lo está por la calidad de los servicios que éste le dispensa conforme a la *lex artis* y por la confianza que le inspira, lo que impide no sólo su calificación como un bien, sino también su cesión, pues los dos polos del *intuitu personae*, el arte del práctico y la confianza del cliente, son rigurosamente inmedibles;

(52) ZENATTI, M.: "Clientèles", *Riv. Tr. Dr. Civ.*, 1991, p. 560, afirma que es la libertad de elección del cliente lo que priva de toda realidad al objeto de la pretendida cesión; sin embargo, la calificó como un bien VIVANT: "La proprietà commerciale della clientela", *Riv. Dir. Comm.*, I, 1928, p. 423.

(53) GARRIGUES: *Tratado...*, III-1.º, cit., p. 400; SUÁREZ-LLANOS: "Prohibiciones de concurrencia...", cit., p. 420; MARTÍNEZ SANZ, F.: *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Madrid, 1995, pp. 96-98.

(54) SUÁREZ-LLANOS: "Prohibiciones de concurrencia...", cit., p. 421.

(55) ROUBIER: "Droits intellectuels ou droit de clientele", *Riv. Tr. Dr. Civ.*, 1935, p. 294.

el profesional no puede prometer a su clientes el arte de su sucesor, como tampoco puede garantizar su confianza. La vinculación eminentemente personal de la clientela con el profesional, cuyas cualidades personales actúan en realidad como elementos colectores, impide que sea objeto de negocios jurídicos; su transmisión, se concluye, es ilícita (56).

Sin embargo, esta objeción carece de sentido desde el momento en que se admiten las sociedades profesionales, que evidencian que el cliente puede depositar su confianza, no en un profesional individual, sino en un colectivo de profesionales organizados en forma de sociedad, siéndole, además, irrelevante las modificaciones que se produzcan en su composición subjetiva. Y esto, sin olvidar la evolución producida en pro de la patrimonialidad de la clientela de los profesionales liberales, dada su similitud con la clientela mercantil. Así, aunque jurídicamente la clientela profesional tampoco puede considerarse un bien, ni cabe hablar de un derecho sobre la misma, en la práctica representa un valor económico que es susceptible de transmisión, planteándose, entonces, su capacidad para ser objeto de aportación social (57).

Efectivamente, la clientela propiamente dicha no es objeto de negocio jurídico alguno, sino el fin del mismo; lo que se ceden son los elementos susceptibles de conservar a los antiguos clientes, las posibilidades de que los clientes habituales del cedente acudan ahora al cesionario, pudiendo hablarse de un fondo civil (o liberal) análogo al mercantil, que puede ser objeto de aportación en una sociedad profesional, que consistirá en la obligación que el profesional asume de procurar que la clientela a él vinculada pase a formar parte de la clientela de la sociedad profesional, cuyo valor económico es evidente, ya que implica un aumento potencial de la clientela de la sociedad, aunque aleatorio, puesto que es imposible concretar la magnitud de la clientela que finalmente será atraída a la sociedad (58).

(56) JULIEN, F. P.: "Les clientèles civiles. Remarques sur l'évolution de leur patrimonialité", *Riv. Tr. Dr. Civ.*, 1963, pp. 213-241, ya indicaba que su patrimonialidad es limitada por cuanto existirá siempre un lazo personal entre el profesional y el cliente; FAGNART, J. L.: "L'exercice en société de la profession d'avocat. Questions de responsabilité professionnelles", *L'exercice en société des professions libérales*, Bruselas, 1989, p. 34, señala que si la clientela fuera alguna cosa, debería ser *res nullius*.

(57) LECIÑENA: "La sociedad civil...", cit., p. 91; CATALÁ, M. P.: "La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne", *Rev. Tr. Dr. Civ.*, 1966, p. 239; SAVATIER, R.: "L'introduction et evolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français", *Mélanges offerts à Jacques Maury*, tomo II, pp. 566-567 y 574; ROBERT, Chr.: *L'exercice en société des professions libérales en droit belge et luxembourgeois*, Bruxelles, 1975, p. 49; CHANIOT-WALINE, M.: *La transmissions des clientèles civiles*, París, 1994, pp. 74 y ss.; SCHIANO: *Le société...*, cit., pp. 183 y ss.

(58) CATALÁ: "La transformation...", cit., pp. 205-206.

Ahora bien, la aportación de clientela a una sociedad profesional requiere una serie de precisiones (59): 1) Determinación de su contenido; 2) Calificación como aportación de industria o de capital; 3) Aportación conjunta y/o autónoma; 4) Si es o no suficiente para adquirir la condición de socio, y 5) Valoración económica a efectos de su remuneración.

1) La aportación de clientela consiste en la obligación que el profesional aportante asume de intentar que sus clientes se dirijan a partir de ese momento a la sociedad profesional a la que él pertenece, ejerza o no en ella su profesión. Es una obligación de medios –no de resultado–, pues el profesional no puede garantizar que se vaya a efectuar la transmisión efectiva de la clientela, que es titular del derecho de aceptar o no al sucesor –la sociedad profesional–; tan sólo puede comprometerse a desarrollar la actividad tendente a esa finalidad (60).

Obligación que se descompone en una prestación positiva, la de procurar que su clientela se dirija a la sociedad, y otra negativa, la de abstenerse de competir con la sociedad (61), sin perjuicio de que puedan pactarse otras accesorias, como la cesión de todo o parte del material profesional (expedientes, ficheros), de los contratos concluidos con el personal auxiliar, del local profesional, etc., la de comunicar a la sociedad la experiencia profesional, etc. (62).

La prestación positiva del profesional aportante, denominada de presentación o de introducción de la clientela a la sociedad, tiene por objeto una conducta de hacer del aportante, consistente en comunicar y recomendar a sus clientes que a partir de ese momento se relacionen con la sociedad profesional, y en entregar a ésta la lista de clientes (63). Por su parte, la negativa, denominada de prohibición de concurrencia con la sociedad cesionaria, tiene por objeto una conducta de no hacer, consistente en el compromiso del profesional de no tener relación profesional con su antigua clientela que no sea como miembro de la sociedad a la que ahora pertenece. Consecuencia de la aportación de clientela es que la so-

(59) Vid. GIRÓN: *Derecho de Sociedades...*, cit., p. 223; PAZ-ARES: "Comentario...", cit., p. 1415; MORENO-LUQUE: *Sociedades profesionales...*, cit., pp. 97-98; DELGADO: *Las sociedades profesionales...*, cit., 1996, pp. 204-206; GARCÍA PÉREZ: *El ejercicio...*, cit., pp. 177-180; CAMPINS: *La sociedad profesional*, cit., pp. 248-259.

(60) MARTÍNEZ SANZ: *Indemnización por clientela*, cit., p. 175.

(61) Obligaciones que no difieren de las que asume el empresario cedente en la transmisión de su empresa, vid. FONT GALÁN, J. I.: "La empresa como objeto de negocios jurídicos", *Derecho Mercantil*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), volumen I, Barcelona, 2000, pp. 84-85; BROSETA: "La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento", RDM, número 107, 1968, pp. 73 y ss.

(62) CHANIOT-WALINE: *La transmissions...*, cit., pp. 60-62; SCHIANO: *Le società...*, cit., pp. 183 y ss.

(63) MORENO-LUQUE: *Sociedades profesionales...*, cit., p. 97.

ciudad pasa a ser la “titular” de la clientela, perdiendo sus “derechos” sobre la misma el profesional aportante.

2) En cuanto a la calificación jurídica de la aportación de clientela:

2.a) Varias son las razones que permiten su calificación como de industria: 1) Consiste en una conducta de hacer y de no hacer como ocurre en la aportación de industria, siempre que ésta se entienda en sentido amplio, comprensiva de cualquier prestación de actividad; 2) Ambas son obligaciones de futuro, pues las aportaciones aparecen en términos de promesa, y 3) Están íntimamente ligadas, ya que el compromiso de continuar ejerciendo en la sociedad con carácter exclusivo es el único modo de hacer efectiva la obligación de presentar a la sociedad como sucesora ante la clientela aportada (64).

Ahora bien, se objeta que la obligación de abstención de concurrencia ya viene impuesta por Ley al socio industrial (arts. 1.683 CC y 138 CCom), lo que impide que pueda ser objeto de aportación, que en este caso quedaría reducida a la prestación positiva de introducción de la clientela en la sociedad; a lo que se contraobjeta que el carácter dispositivo de tales normas permite configurar su contenido como objeto de aportación (65), y que, en todo caso, la efectividad de su cesión no depende del compromiso inicial, sino de la actividad futura del profesional aportante en orden a procurar su verdadera transmisión, que sólo puede ser objeto de una aportación de industria.

2.b) Por el contrario, hay autores que consideran que su calificación lo es como aportación de capital (66), ya que entre la clientela y los servicios objeto de una aportación de industria hay diferencias sustanciales. Entre ellas, y como principal, que en las aportaciones de industria, que tienen por objeto la prestación de servicios futuros, su liberación sólo se produce cuando éstos se van realizando con carácter sucesivo, por lo que, al tiempo de la aportación, la sociedad no recibe ningún valor ya existente: el compromiso de trabajo a realizar no puede ser objeto de una valoración suficientemente cierta para contribuir a la formación inicial del capital social, ni para ser contraprestada con participaciones sociales en el mismo; por el contrario, la aportación del disfrute de la clientela, aun consistiendo también en un deber proyectado, se ha de entender liberada desde que el aportante pone la clientela a disposición de la sociedad,

(64) MEZQUITA: “Las sociedades de profesionales”, cit., p. 409; LYON-CAEN: *L'exercice...*, cit., p. 97.

(65) CAPILLA: “Comentario...”, cit., p. 233.

(66) ALBIEZ, JAIMEZ, & OLARTE: *Las formas societarias...*, cit., p. 103, señalan que “El enfoque patrimonialista que se da desde hace algún tiempo por la doctrina a la clientela, susceptible, por tanto, de valoración económica, fuerza la postura de considerarla al menos como una aportación de capital”.

la cual tiene una entidad actual, inicial, pues es fruto del trabajo pasado del aportante con resultados apreciables, y, por tanto, susceptible de valoración económica (67). Y aunque el aportante debe continuar procurando a la sociedad su disfrute, a cuyo fin se le prohíbe todo comportamiento concurrencial durante el tiempo convenido, esta exigencia concierne a la garantía de la aportación y no a su liberación (68). Ésta ha sido la opción elegida por el legislador francés (arts. 10 de la Ley de sociedades civiles profesionales de 1966 y 12 del Decreto núm. 92-680), que ha atribuido a la clientela el estatuto de bien patrimonial al calificar su aportación como aportación *in natura* con aptitud para integrar el capital social, con lo que legalmente se concede patrimonialidad y autonomía al “fondo liberal” (69).

3) Aportación autónoma y/o conjunta:

3.a) La aportación conjunta de clientela y de actividad profesional es la mejor forma de asegurar la efectividad de la aportación de clientela, dada la importancia de las cualidades personales del profesional en su atracción, garantizando, así, tanto el paso de la clientela del profesional a la sociedad en la que él continuará su ejercicio profesional como que no se relacionará con ella al margen de su condición de socio (70). En tal caso, ambos objetos lo serán de una única aportación de industria, integrada por actividad, conocimientos personales, experiencia y relaciones de hecho (71), que merecerá una mayor valoración dada la mayor aptitud de ese socio para conseguir beneficios sociales. Supuesto que, por demás,

(67) MEZQUITA: “La sociedad profesional”, cit., p. 409; BARDOUL: “Apports en clientèle et en industrie”, *L'exercice en groupe des professions libérales*, Montpellier, 1974, p. 29.

(68) LECIÑENA: “La sociedad civil profesional...”, cit., p. 91.

(69) En la sociedad civil de abogados francesa el capital está constituido, como hemos visto, por particiones en numerario y en *natura*. En relación con éstas, el *Décret* número 92-980 se refiere a los objetos muebles de uso profesional, los inmuebles o locales, y los derechos incorpóreos, mencionando expresamente el derecho del socio de presentar la sociedad a su clientela como sucesor, lo que ha dado lugar a cierta polémica, así, JULIEN: “Les clientèles...”, cit., pp. 222-223, señala que la propiedad del fondo liberal no puede serlo más que incorporal, análoga a la propiedad del fondo de comercio; sin embargo, FAGNART: “L'exercice...”, cit., p. 35, indica que la aportación de clientela no puede calificarse como una aportación *in natura*, ya que la clientela aportada no es un activo representativo del capital social.

(70) Algunos autores estiman que la aportación conjunta es la única forma posible de aportación de clientela, *vid.* BARDOUL: “Apports...”, p. 29; REYNAUD: “Cession...”, p. 46; GUYON, Y.: “Sociétés civiles professionnelles”, *Encyclopédie Dalloz*, tomo IV, número 53; MEZQUITA: “La sociedad profesional”, cit., p. 409, afirma que “el compromiso de trabajar en la sociedad con carácter exclusivo es el único modo de realizar la obligación de presentar a ésta como sucesora propia de la clientela aportada”; GARCÍA PÉREZ: *El ejercicio...*, cit., p. 179, manifiesta no encontrar sentido a la aportación de clientela a título único.

(71) GARRIGUES: “Teoría general...”, cit., p. 213, incluye en la aportación de industria las que llama aportaciones impropias, que se refieren a elementos que se transmiten como parte integrante de una empresa que se aporta a otra, entre las que se encuentra la clientela como relación de puro hecho.

es el más respetuoso con las normas deontológicas, en la medida en que el profesional continúa relacionándose con su clientela, aunque bajo una modalidad de ejercicio diferente.

3.b) Ahora bien, también hay que plantearse que un profesional quiera aportar su clientela sin aportar su actividad profesional. Esto será posible si la sociedad valora su utilidad económica, y normalmente lo hará cuando se trate de profesionales de reconocido prestigio que por alguna razón (jubilación, enfermedad, incompatibilidad, etc.) hayan dejado de ejercer la profesión (72), y si no está impedido jurídicamente, y lo estará cuando la condición de socio de una sociedad profesional esté vinculada a la prestación efectiva de servicios profesionales en ella, que entonces conlleva la aportación de clientela.

4) En cuanto a si la aportación de clientela es o no título suficiente para adquirir la condición de socio en una sociedad profesional, la respuesta depende de su calificación como aportación de industria o de capital y del tipo social elegido por la sociedad. Admitido, en general, que se trata de una aportación de industria, será título suficiente en una sociedad profesional de personas, y no lo será en una de capital; en ésta, la clientela sólo puede ser contenido de una prestación accesorio (73).

5) Respecto a la valoración de la aportación de clientela, lo que se somete a cuantificación son las expectativas económicas que la clientela aportada representan para la sociedad, pues lo único que cabe apreciar es la probabilidad de producción de beneficios para la sociedad. Valor económico que se asienta sobre dos premisas (74), la precariedad, pues es un valor que puede desaparecer si por cualquier motivo la clientela cambia de profesional, y la aleatoriedad, porque la clientela sólo representa una suerte de éxito profesional (75).

En su valoración económica se habrán de tener en cuenta diversos factores (76). Así, por ejemplo (77): a) La facturación que cada cliente

(72) BARDONE, J.: "Apport en clientele et en industrie", *L'exercice en group des professions libérales*, Montpellier, 1974.

(73) GARRIDO DE PALMA, & SÁNCHEZ GONZÁLEZ: "La sociedad anónima en sus principios configuradores", *Estudios sobre la sociedad anónima*, Madrid, 1991, pp. 32-33.

(74) FAGNART: "L'exercice...", cit., p. 34.

(75) MARTÍNEZ SANZ: *La indemnización...*, cit., pp. 152 y ss., señala que no es posible solicitar una revisión posterior de la previsión realizada, pese a no cumplirse.

(76) En el Derecho francés, la evaluación de la clientela se practica mediante un sistema de capitalización sobre la base de un coeficiente aplicado a la cifra de negocios de los tres últimos años. Este resultado es, no obstante, corregido, teniendo en cuenta la particularidad de la estructura social, las ventajas procuradas por el socio titular de la clientela a los otros socios, y los beneficios que él obtendrá por el ejercicio colectivo, *vid.* CHANIOT-WALINE: *La transmissions...*, cit., pp. 280-292; BERAUD, R.: "L'évaluation des cliénteles civiles", *Annales des Loyers*, 1980, número 4, p. 585.

(77) *Vid.* CAMPINS: *La sociedad profesional*, cit., pp. 256-258.

causaba al profesional aportante, y b) La previsible permanencia o no del cliente aportado ante una eventual baja de la sociedad del profesional aportante, lo que a su vez estará en función de la existencia o no de un pacto de no competencia poscontractual. Si se acordó, lo normal es que la contraprestación económica sea mayor, al poderse prever que la clientela continuará en la sociedad pese a la baja del profesional. Previsión que habrá de ser objeto de una rigurosa valoración, ya que ni siquiera dicho pacto puede garantizar a la sociedad su conservación. En este caso se habla de “aportación a título de propiedad”, al asimilarse a una enajenación a título oneroso, que se somete a las reglas aplicables a la venta, salvo aquellas que resulten incompatibles (78). Por el contrario, si no se pactó, la contraprestación será menor, ya que el compromiso del profesional se reduce a poner la clientela a disposición de la sociedad únicamente mientras él participa como socio, pudiendo hablarse, entonces, de una “aportación a título de uso”.

Acerca de la remuneración de la clientela, es posible que se lleve a cabo a través de reconocer una mayor participación del socio en los beneficios sociales: en las sociedades profesionales de personas, en las que la aportación de clientela se integra normalmente junto con la de actividad profesional; si la expectativa de incremento de clientela reviste cierta entidad, la cuota de participación del socio en las ganancias será mayor que la que deriva de su mera aportación de actividad profesional, mientras que en las de capital, en las que, también normalmente, la clientela se incluye en la prestación accesoria de servicios profesionales, los estatutos, al regular la remuneración de la prestación, deberán tener en cuenta no sólo la actividad profesional a realizar por el socio, sino también las expectativas de ganancias sociales derivadas de la clientela, que previsiblemente traerá a la sociedad, lo que justificará una remuneración mayor. Pero lo más habitual es que se acuerde un pago por comisión, concediendo un porcentaje al profesional aportante en contraprestación por cada servicio prestado por la sociedad a la clientela aportada. Y también es posible, aunque menos probable, dada la dificultad de valorar las expectativas que la clientela representa, que se acuerde un pago único (o precio) por la clientela.

Por último, hay que detenerse en el que, con motivo de calcular la remuneración de la aportación de clientela, se ha planteado como un obstáculo deontológico contrario a su admisión por su similitud con la práctica, normalmente prohibida en las profesiones liberales, y en concreto en la abogacía, de remunerar la captación de clientela (79).

(78) CHANOT-WALINE: cit., p. 305.

(79) GARCÍA PÉREZ: *El ejercicio...*, cit., p. 179; sin embargo, para CAMPINS: *La sociedad profesional*, cit., p. 254, número 451, nada tienen que ver.

Efectivamente, en el ámbito de la abogacía están terminantemente prohibidos los denominados honorarios de presentación, al disponer el artículo 19 del CDAE (80) que *“El abogado no podrá nunca pagar, exigir ni aceptar, comisiones, ni ningún otro tipo de compensación a otro abogado, ni a ninguna otra persona por haberle enviado un cliente o recomendado a posibles clientes futuros”*. Ahora bien, su interpretación ha de hacerse de forma conjunta con los demás preceptos que regulan los honorarios y con los que hacen lo propio con el ejercicio colectivo de la profesión de abogado, resultando que tal prohibición, así como la más genérica de dar participación en los honorarios a otros abogados o a personas que carezcan de tal condición, queda sin efecto cuando la participación tiene lugar en el marco del ejercicio colectivo (en sentido amplio y estricto) de la abogacía. El artículo 15 de dicho Código exceptúa de la prohibición de dar participación en los honorarios a abogados cuando *“Exista entre ellos ejercicio colectivo de la profesión en cualquiera de las formas asociativas autorizadas”*, y a personas ajenas cuando se trate de *“supuestos de convenios de colaboración con otros profesionales, suscritos con sujeción al Estatuto”*. Por lo que el aparente obstáculo deontológico no es tal cuando la aportación de clientela tiene como destinataria una sociedad de abogados o una multiprofesional constituida con arreglo a lo dispuesto en el EGAE.

2.4. La aportación del nombre del profesional.

Dado que el nombre civil de un determinado profesional puede estar vinculado a un cierto prestigio, lo que, a su vez, sirve como elemento colector de clientela, hay que plantearse la posibilidad de que ese nombre civil sea objeto de aportación.

La aportación del nombre civil del profesional plantea una serie de cuestiones: 1) Posibilidad o no de aportación; 2) Título de la aportación; 3) Contenido de la aportación; 4) Calificación de la aportación, y 5) Aportación conjunta o autónoma.

1) Posibilidad o no de aportación. El nombre civil puede ser utilizado por su titular para cualquier finalidad lícita, sea lucrativa o no. A la primera responde su empleo como nombre comercial, marca, rótulo, etc., adquiriendo entonces un valor económico autónomo, y siendo posible que su titular autorice su uso por terceros (81). Pues bien, en este marco

(80) Código Deontológico de la Abogacía Española (CDAE, en adelante), aprobado por el Pleno del CGAE en su sesión de 27 de septiembre del 2002, modificado en sesión de 10 de diciembre siguiente.

(81) GARRIGUES: “Teoría general...”, cit., p. 224, quien añade que en el caso del nombre comercial, este nombre, por virtud de un proceso de objetivación, constituye un valor patrimonial susceptible de aportación.

ha de incardinarse la aportación del nombre civil. Y es que la aportación a una sociedad profesional del nombre civil de un profesional de reconocido prestigio conlleva una utilidad patrimonial para esta sociedad, ya que cabe esperar que su uso le va a reportar ventajas económicas, por lo que, aun no siendo un bien en sentido económico, se admite que sea objeto de aportación.

2) Título de la aportación. La aportación del nombre civil sólo puede entenderse realizada "a título de uso". No cabe la enajenación del nombre civil de una persona, ya que el derecho al nombre es inalienable y *extra commercium*, como lo es el resto de derechos de la personalidad. Pero sí es posible que el titular ceda su uso a un tercero sin perder el derecho a seguir utilizándolo en su esfera civil. La aportación del nombre civil genera en la sociedad profesional destinataria un "derecho real limitado al uso del nombre ajeno" (82).

Cuando se aporta el nombre de un profesional a una sociedad, lo que en realidad se está aportando es lo que se denomina el "buen nombre", esto es, su reputación o crédito personal en el sector del tráfico donde ejerce su actividad, de forma que esa reputación, que tiene un valor económico, pasa a ser aprovechada por la sociedad, que utilizará ese "buen nombre" con el fin de distinguir su actividad social, y por tanto como signo distintivo de la actividad profesional de la sociedad, y en concreto como nombre comercial, y no como denominación social, sin perjuicio de que en la práctica suelen coincidir. Y es que la hipotética aportación del nombre del profesional como denominación social, y por tanto como signo identificativo de la sociedad, ninguna ventaja económica conlleva para ésta en relación con el desarrollo de su objeto social, sin perjuicio de que, de haber adoptado un tipo de sociedad mercantil personalista, la inclusión del nombre de un sujeto en la razón social atribuye a éste una responsabilidad personal e ilimitada por las deudas sociales (83).

(82) FELIÚ REY, M. I.: "El nombre civil como aportación social", RDP, 1988, p. 1086; PAZARES: "La reforma del Registro mercantil", *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, volumen VI, Madrid, 1988, pp. 449 y ss., p. 492; FERNÁNDEZ DE LA GANDARA: *La atipicidad...*, cit., pp. 326-327; GIRÓN: *Derecho de Sociedades*, cit., p. 224; DI SABATO: *Capitali e responsabilità interna nelle società di persone*, Napoli, 1967, pp. 61 y 72; SIMONETTO: "L'apporto...", cit., pp. 1-68; GRECO, P.: "Apporto in società del nome commerciale e di beni immateriali in genere", *Riv. Dir. Comm.*, 1949-II, pp. 346 y ss.; FERRARA, F.: *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1946, pp. 270-271.

(83) MORENO-LUQUE: *Sociedades...*, cit., p. 95, afirma que con la inclusión del nombre del socio profesional más prestigioso en la denominación o razón social se obtienen efectivas ventajas, "pues no hay duda de que se trata de un certificado de garantía para la sociedad; quien realiza tal aportación asume una responsabilidad ilimitada que lleva consigo un aumento del «crédito» de la sociedad y, por consiguiente, unas mayores posibilidades de obtención del fin que se propone"; GARCÍA PÉREZ: *El ejercicio...*, cit., pp. 163 y 181, también contempla la utili-

3) Contenido de la aportación del nombre civil. Al aportar el nombre civil de un profesional se entiende que se está aportando, como hemos visto, un “derecho real limitado al uso del nombre ajeno”, cuyo contenido estará delimitado por lo que las partes hayan pactado, que, entre otros aspectos, pueden haber establecido un plazo de tiempo para dicho uso. En defecto de pacto, si el socio aportante causa baja en la sociedad, se plantea la duda de si ésta puede o no seguir utilizándolo. La respuesta va a depender, en principio, del tipo social que haya elegido (84):

3.a) Si la sociedad es personalista debe entenderse que no podrá utilizarlo tras la baja del socio, o, lo que es igual, que la autorización no es definitiva. Y esto porque, en general, cuando se liquida una sociedad personalista, los socios tienen derecho a que se les devuelvan las aportaciones que realizaron tal y como las hicieron, lo que aplicado al nombre civil supone que el socio aportante tiene derecho a recuperar el “pleno dominio” de su nombre, de lo que se deduce que su voluntad era la de consentir la utilización de su nombre por la sociedad profesional mientras que él permaneciera en ella. Se trata de una regla interpretativa de la voluntad presunta de las partes que, como tal, no impide un pacto de continuidad, el cual podrá adoptarse en cualquier momento, pero que, en su defecto, no cabe presumir, por lo que habrá de ser expreso, formalizado o no, pero respecto del que no quepa duda, siendo suficiente con que se derive de actos concluyentes.

3.b) Por el contrario, si la sociedad es capitalista, debe entenderse que podrá seguir utilizando el nombre civil aportado por el profesional tras su baja como socio, pues en estas sociedades la cuota de liquidación se abona, salvo consentimiento unánime de los socios, en dinero, por lo que se produce una desvinculación absoluta entre el socio y su aportación, que permite presumir que la voluntad del socio aportante fue la de ceder el uso de su nombre a la sociedad con carácter definitivo.

4) Calificación de la aportación. La aportación del nombre civil del profesional viene calificándose como una aportación de industria (85), con argumentos a favor y en contra similares a los vistos en relación con la calificación de la aportación de clientela.

5) Aportación conjunta o separada. En una sociedad profesional lo normal es que el profesional de reconocido prestigio aporte de forma con-

zación del nombre del profesional aportante como parte integrante de la denominación social; lo que critica CAMPINS: *La sociedad profesional*, p. 236, por las razones vistas.

(84) Vid. CAMPINS: *La sociedad profesional*, cit., pp. 238-239; PAZ ARES: “La reforma del Registro...”, cit., pp. 491-492; PARICIO SERRANO, L.: “El nombre comercial del empresario individual (el problema de la homonimia)”, ADI, número 12, 1987-1988, pp. 108-111.

(85) GARRIGUES: “Teoría general...”, cit., p. 224.

junta su nombre y su actividad profesional en la forma vista para la aportación conjunta de ésta y de clientela (86).

No obstante, también hay que plantearse la posibilidad de que el profesional de reconocido prestigio aporte sólo el nombre civil, lo que tendrá sentido si cabe esperar que su uso por la sociedad reportará a ésta ventajas económicas. Si es así, y la sociedad profesional adopta un tipo capitalista habrá de ser objeto de una prestación accesorio. Pero si adopta uno personalista, la cuestión se complica, pues varios son los argumentos que se han alegado en su contra:

5.a) La ausencia de aportación en sentido jurídico. Se argumenta que en las sociedades mercantiles personalistas, si un sujeto autoriza la utilización de su nombre en la razón social, asume la responsabilidad propia del socio colectivo (art. 126 CCom) independientemente de la aportación que haya realizado para adquirir la condición de socio: esa utilización conlleva una consecuencia predispuesta legalmente sin que el socio haya tenido que realizar prestación alguna a la sociedad que pueda identificarse como objeto de aportación social (87).

Sin embargo, dicho argumento carece de valor en la medida en que la aportación del nombre del profesional se vincula, como hemos visto, no a la razón social, y sí al nombre comercial, sin perjuicio de que una y otro puedan coincidir. Además, el contrato de sociedad es, como vimos al principio, un contrato de colaboración en el que las obligaciones están fundamentadas en atención al fin común, de forma que la idoneidad de una prestación para la consecución de ese fin determina la procedencia de la obligación. Por lo que si las partes estiman útil a los fines sociales el nombre de una persona y por ello la admiten como socio, no hay obstáculo en considerar su nombre civil como objeto de aportación.

5.b) La falta de protección de los intereses de los terceros que contratan con la sociedad profesional cuando la utilización del nombre de un profesional no va acompañada de su efectiva participación en la actividad social, que se concreta en la “falsa representación que el cliente se hace de los profesionales que ejercen en sociedad” (88). Pues bien, desde el punto de vista del Derecho societario, partiendo de la distinción entre nombre comercial y denominación social, y de que en el primero no rige el

(86) CAPILLA: *La sociedad civil...*, cit., pp. 77-78, y “Comentario...”, cit., p. 222; VÉRGEZ: *El socio industrial*, cit., p. 35.

(87) VÉRGEZ: cit., p. 36, señala que “lo que el socio aportaría no sería otra cosa que el ser socio, y, por lo tanto, no aportaría ni bienes ni industria, aunque de su entrada en la sociedad se siga para ésta un gran beneficio”; en contra también CAPILLA: “Comentario...”, cit., p. 222.

(88) GARCÍA PÉREZ: *Ejercicio en sociedad...*, cit., p. 182; VÁZQUEZ: “Organización de despachos...”, cit., pp. 279-297.

principio de veracidad, ningún problema plantea que una sociedad mercantil personalista utilice como nombre comercial el de un profesional que no presta sus servicios en la sociedad, siempre que la razón social, para la que sí rige dicho principio, responda a la actual composición subjetiva de la sociedad (arts. 126 CCom y 401.3 RRM).

Ahora bien, desde el punto de vista del estatuto de la profesión liberal, el anterior argumento jurídico deviene insuficiente, en la medida en que cualquiera que sea la modalidad de ejercicio profesional que elijan los profesionales debe evitarse toda posible confusión o engaño derivado de una “falsa representación”, que indudablemente se producirá siempre que pueda afirmarse que objetivamente cabía esperar una correspondencia entre el nombre utilizado (como nombre comercial o como razón social, ya que la distinción resulta en este punto excesivamente formal) y los socios que ejercen en la sociedad. En el ámbito de las sociedades profesionales deben primar los argumentos dirigidos a evitar cualquier error en la clientela que se dirige a la sociedad, por encima de la reglamentación que se haga de la aportación del nombre civil, y sin perjuicio de la responsabilidad que como socio pueda corresponder al profesional que incluye su nombre en la razón social de una sociedad mercantil personalista.

3. La aportación en el despacho de abogados

3.1. Contenido.

Vimos, al principio, que el vigente EGAE regula las sociedades profesionales externas de abogados, o despachos colectivos, en su artículo 28. En cuanto a su composición subjetiva, y pese a que se han planteado algunas dudas interpretativas, cabe concluir que si el despacho colectivo está “*integrado exclusivamente por abogados en ejercicio*”, su objeto es el “*ejercicio profesional de la abogacía*”, y “*Los abogados podrán ejercer la abogacía colectivamente, mediante su agrupación*”; el EGAE ha configurado a los despachos colectivos como sociedades formadas por abogados colegiados como ejercientes que efectivamente ejercen su profesión en su seno; todos los socios cooperan al desenvolvimiento del objeto social mediante prestaciones profesionales, sin que existan socios exclusivamente capitalistas, sean o no abogados en ejercicio. Se trata, por tanto, de sociedades profesionales de abogados para al ejercicio de la abogacía por sus miembros que pueden adoptar “*cualquiera de las formas lícitas en derecho, incluidas las sociedades mercantiles*”, pero con las excepciones que se

derivan de la vinculación que el EGAE establece entre la condición de socio y la de abogado que ejerce en su seno (89).

Esa vinculación, o principio de identidad absoluta, conlleva que, si el despacho adopta un tipo social personalista, todos los abogados tengan que ser socios de industria, pues a través de una aportación de este tipo se articula su efectivo ejercicio de la abogacía en el despacho. Si, por el contrario, es capitalista, las acciones y participaciones habrán de llevar aparejada como prestación accesorias la obligación de ejercer la abogacía en el despacho. Aportación de industria y prestación accesorias, ambas de carácter profesional, que han de seguir las pautas antes analizadas para las sociedades profesionales en general, con las limitaciones que se derivan de dicho principio de identidad, también vistas.

Aparte de lo expuesto, que es consecuencia de la composición pura de los despachos de abogados, el EGAE no se refiere a la aportación de actividad profesional, respecto de la que, en consecuencia, hay una remisión implícita al Derecho de sociedades general, lo que es acorde con el principio de libertad en cuanto al tipo social que los despachos pueden utilizar. El CAC, al igual que el EGAE, de un lado, no se refiere a la aportación de los socios, y de otro, establece el principio de libertad de forma social (90), pero, a diferencia del EGAE, admite la presencia de socios netamente capitalistas dentro de ciertos límites en las sociedades profesionales de abogados que regula (91).

(89) Así, no pueden utilizar: 1) El tipo de sociedad comanditaria simple, que exige la presencia de al menos un socio exclusivamente capitalista (socio comanditario); 2) El de sociedad comanditaria por acciones o de sociedad anónima con acciones al portador, pues al quedar vinculada la condición de socio a la de abogado que efectivamente ejerce en el despacho colectivo las acciones habrán de llevar prestaciones accesorias que articulen jurídicamente la prestación de actividad profesional, las cuales imponen la nominatividad de las acciones a las que van aparejadas; además, *“La forma de agrupación deberá permitir en todo momento la identificación de sus integrantes”*, según dispone el artículo 28.3 EGAE (y 34.b del anterior EGA), lo que también obliga a la nominatividad, y 3) La cooperativa de trabajo asociado con socios colaboradores, que son meramente capitalistas. Y tampoco pueden utilizar, pero por otras razones: 1) El de sociedad anónima o de responsabilidad limitada en su modalidad de sociedad unipersonal desde su constitución, pues no es un supuesto de ejercicio colectivo, sino individual (art. 27.1.e EGAE), pese a su indudable carácter societario; 2) La sociedad laboral, que no sirve para formalizar una sociedad profesional, y 3) La SLNE, que excluye las sociedades con objeto único y exclusivo.

(90) Dice su artículo 64.2 que *“Las sociedades profesionales de abogados podrán adoptar cualquiera de las formas societarias admitidas en Derecho, incluidas las sociedades mercantiles”*.

(91) Dice el artículo 67 CAC que *“1. La mayoría del capital social y de los derechos de voto de las sociedades profesionales de abogados tendrán que pertenecer a abogados en ejercicio. También tendrán que ser abogados en ejercicio la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad; 2. Cuando la sociedad tenga por objeto social, además del ejercicio de la abogacía, el ejercicio de otra actividad profesional, la mayoría del capital social y de los derechos de voto tendrán que pertenecer a personas habilitadas para ejercer las profesiones que integren el objeto social. También deberán ser personas habilitadas la mayoría de los miembros del órgano de administración...”*.

No obstante, sí se refiere el EGAE, como viene siendo habitual en las normativas que regulan las sociedades profesionales, al contenido de esa aportación de actividad profesional en el sentido de prescribir que los abogados asociados en un despacho han de ejercer la abogacía de conformidad con las normas y principios deontológicos propios de esta profesión y, en concreto, con los de libertad profesional, independencia técnica, responsabilidad personal y secreto profesional.

Dice el artículo 28 EGAE, en su apartado 5, que *“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”*, y en su apartado 6, que *“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”* (92).

Esto supone, de un lado, que se reconoce la libertad de cada abogado socio de hacerse o no cargo de un asunto ya aceptado por el despacho a través de sus órganos de representación social, y de otro, que ni siquiera el órgano de administración o el resto de miembros pueden imponer al abogado actuante unos determinados criterios de actuación. La referencia a la independencia técnica o de criterio del abogado que ejerce su profesión de forma colectiva, pese a no ser necesaria, pues corresponde al abogado, no sólo como un derecho, sino también como un deber, reconocido incluso por ley orgánica cualquiera que sea la forma de ejercicio de su profesión (art. 542.2 LOPJ), como también ocurre con el derecho-deber de secreto profesional (art. 542.3 LOPJ), sirve para recordar que estos principios caracterizadores de la abogacía se mantienen cuando la profesión se ejerce en sociedad incluso frente a los órganos de la sociedad. Y en relación con el secreto profesional también es oportuno reiterar que alcanza a todos los socios profesionales, y no sólo al que materialmente presta el servicio (art. 7.4 de la LO 1/1982).

En cuanto al resto, y aun cuando en sentido técnico el *“patrocinio”* corresponde al despacho y los clientes *“lo son”* del despacho, que es un sujeto distinto de los abogados miembros, no cabe duda que se quiere prohibir cualquier situación de conflicto de intereses, ya sea porque el

(92) De forma más genérica, y próxima a la PALSP, el artículo 68.3 CAC dispone que *“El ejercicio de la abogacía a través de la sociedad no obstaculiza la aplicación a los abogados actuantes de la normativa profesional que corresponda. En especial, los abogados actuantes conservarán su plena libertad e independencia en el desarrollo de la actividad profesional”*. Pero no hace referencia al deber de secreto profesional en una sociedad de abogados ni cuando regula el secreto profesional, en su artículo 40, ni cuando regula las sociedades.

despacho colectivo acepta un asunto que entra en conflicto con otro previamente aceptado (independientemente de quién o quiénes sean los abogados socios a los que se encomiende su ejecución), ya porque un abogado miembro que también ejerce al margen del despacho colectivo (si esto fuera posible, que no lo es) acepta a nivel individual un asunto contrario al que está defendiendo el colectivo (93).

Por último, su apartado 7 declara que *“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”* (94). Esta declaración, a diferencia de las anteriores, sí es necesaria si se quiere que la responsabilidad personal del abogado ejecutor del asunto que el cliente ha encomendado al despacho se añada a la que corresponda a éste, pues supone una alteración en el régimen de responsabilidad previsto para las actividades que se desarrollan en sociedad, que, en consecuencia, requiere un expreso pronunciamiento legal. Si bien, se viene entendiendo que la Ley lo ha de ser en sentido formal, rango que no tiene el EGAE ni el CAC.

En cuanto a la aportación de clientela y del nombre civil del abogado socio a un despacho de abogados tampoco establece nada el EGAE ni el CAC. No obstante, en el primero, y por mor del citado principio de identidad absoluta, estas aportaciones se harán de forma conjunta con la de actividad profesional, que conlleva la de clientela, sin perjuicio de que cada objeto haya de valorarse adecuadamente a efectos de remuneración (95).

3.2. Prohibición de concurrencia.

El artículo 28.4 del vigente EGAE dispone que *“Los abogados agrupados en un despacho colectivo no podrán tener despacho independiente*

(93) El artículo 29.5 CAC extiende la prohibición de actuar en defensa de intereses contrapuestos a los socios y colaboradores del abogado afectado.

(94) En similares términos, el artículo 69 CAC dispone que *“1. La sociedad profesional de abogados responderá de las deudas sociales con todo su patrimonio. La responsabilidad de los socios se determinará de acuerdo con la normativa de la forma societaria adaptada; 2. Además, el abogado que haya realizado una actuación profesional por cuenta de la sociedad responderá por las deudas derivadas de su actuación, resultado de aplicar las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o, en su caso, extracontractual”*.

(95) No ocurre así en el Ordenamiento francés, en el que, como hemos visto, y por eso ha sido objeto de general crítica, se exige para ser socio de una sociedad civil profesional de abogados el ejercicio de la abogacía en la sociedad, pero se distingue entre la aportación de actividad profesional (calificada de industria) y la de clientela o del nombre del profesional (calificada de capital), cuando la realidad es que quien aporta su actividad aporta también su clientela.

del colectivo"; términos que han de ser adecuadamente interpretados en orden a determinar el alcance de la prohibición de concurrencia que dicho precepto contiene.

En sentido literal, el artículo 28.4 EGAE sólo se refiere al ejercicio liberal en sentido propio de la profesión, es decir, al ejercicio individual por cuenta propia, pues sólo así se puede "*tener*" un despacho. De modo que el abogado socio de un despacho colectivo no puede ser titular de un despacho individual, pero puede ejercer simultáneamente su profesión conforme al resto de modalidades, ya sea como socio de otro despacho (colectivo o multiprofesional), como colaborador o asalariado de otro despacho, empresa, institución, etc., o como funcionario. Interpretación que sólo se podría excluir si el precepto hubiese dejado claro que los abogados agrupados en un despacho colectivo no pueden ejercer la abogacía al margen del mismo bajo ninguna modalidad.

Sin embargo, se estima que la prohibición de concurrencia que el EGAE establece es mayor de lo que a primera vista se induce de los términos empleados. Y esto por varias razones:

1) Porque el punto 4 del artículo 28 continúa diciendo que "*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*", por lo que está presuponiendo la exclusividad del ejercicio de la abogacía en el despacho colectivo. El abogado socio desarrolla toda su actividad profesional en el despacho al que pertenece, a excepción de la correspondiente a la *asistencia jurídica gratuita*, cuyo carácter de carga personal ha aconsejado su exclusión del ámbito del ejercicio colectivo (96), configurándose, en consecuencia, como actividad extrasocial que se ejerce individualmente, que es lo que el EGAE quiere indicar cuando inadecuadamente utiliza el término "*personal*", ya que el ejercicio en sociedad de la profesión liberal no elimina su carácter personal. Carácter extrasocial de dicha actuación profesional que, no obstante, puede no alcanzar a su retribución, si así lo acuerdan los socios y lo solicitan del Colegio (97).

En este punto se plantea la duda de si el Turno de Oficio retribuido (art. 545.2 LOPJ), es decir, el no cubierto por el beneficio de asistencia jurídica gratuita, es o no objeto de aportación social. Pues bien, la claridad de la excepción, que sólo se refiere a la asistencia gratuita, aconse-

(96) DE ANGULO: "Los despachos colectivos...", cit., p. 337.

(97) En el mismo sentido se manifiesta el artículo 68.5 CAC, "*Aunque las actuaciones del turno de oficio y de asistencia jurídica gratuita tienen carácter personal, los socios de una sociedad profesional de abogados que realicen este tipo de actuaciones podrán solicitar al Colegio su facturación a nombre de la sociedad*".

ja concluir que el turno de oficio “rico” también es objeto de aportación social.

2) Porque así se induce de la interpretación del artículo 28 en su conjunto, que establece una regulación claramente restrictiva, en orden a proteger la concepción más clásica de la abogacía como profesión liberal. Por eso exige exclusividad en el objeto social del despacho colectivo (sólo el ejercicio de la abogacía) y en su composición (sólo abogados que ejerzan en el despacho). Y no cabe entender que, rompiendo con esa línea, y con lo previsto en el anterior EGA y en los dos Anteproyectos de EGAE, adopte una fórmula distinta de exigir la exclusividad del ejercicio de la abogacía del socio abogado en el despacho colectivo al que pertenezca.

En el anterior EGA (98), la exclusividad quedaba delimitada a partir de tres elementos clarificadores: a) La prohibición del artículo 34.a) de que el abogado miembro de un despacho colectivo pudiera tener despacho independiente; b) La obligación, a tenor del artículo 37, de que en el despacho colectivo quedase comprendida la totalidad de la actividad profesional de sus miembros, que colaborarían recíprocamente, y c) La obligación del artículo 36 de dar a conocer por medios que no indujeran a confusión la condición de despacho colectivo y de advertir de ello en todo caso al cliente que requiera los servicios del abogado.

En el primer Anteproyecto se decía (art. 34.d) que “Los abogados agrupados en un despacho colectivo no podrán ejercer la abogacía independientemente, ni agruparse en otro despacho colectivo diferente” y en el segundo (art. 33.c) que “Los abogados agrupados en un despacho colectivo lo harán respecto del total ámbito de su ejercicio profesional y, mientras formen parte del mismo, no podrán ejercer la abogacía independientemente, ni agruparse en otro despacho colectivo diferente”. Por tanto, en ambos se prohibía el ejercicio de la abogacía fuera del despacho colectivo en las formas de ejercicio individual por cuenta propia y de ejercicio colectivo. Y en el segundo se prohibía también, o al menos de forma más clara, el ejercicio individual por cuenta ajena.

3) Porque las mismas razones que han llevado al EGAE a negar de forma taxativa que un abogado socio de un despacho de abogados pueda ser al mismo tiempo titular individual de un despacho justifican que se prohíba el ejercicio de la abogacía al margen de la sociedad de abogados en cualquiera de las posibles modalidades de ejercicio.

4) Porque cuando se prohíbe la actividad concurrencial se impide el ejercicio de una actividad en toda su extensión, y no sólo un determinado modo de ejercicio de la misma, como hemos visto. Ahora bien, no hay inconveniente en que el abogado miembro de un despacho colectivo ejer-

(98) Aprobado por RD 2090/1982, de 24 de julio.

za al margen de éste una profesión distinta de la que constituye su objeto, pero teniendo en cuenta que en nuestro Ordenamiento la profesión de abogado engloba todas las posibles especialidades del Derecho, puesto que en el sistema actual un único título (el de Licenciado en Derecho) habilita para su ejercicio. Si bien, esto no debe llevarse a sus últimas consecuencias: la prohibición de concurrencia podría limitarse no prohibiendo el ejercicio concurrente de actividades propias de la abogacía, pero diferentes de las que constituyan el objeto del despacho en cuestión aunque el abogado se sirva de la misma clientela, ya que no incurre en un supuesto de competencia desleal (por ej., que atienda a nivel individual asuntos relacionados con una especialidad del Derecho que no forme parte del objeto social).

En definitiva, el EGAE parece establecer una total prohibición de concurrencia, a salvo la actividad correspondiente a la asistencia jurídica gratuita. Régimen de exclusividad que, por tanto, se aparta del régimen legal, al suprimirse el carácter dispositivo que tiene en nuestro Derecho de sociedades, lo que se intenta justificar en la indispensable transparencia que debe presidir el ejercicio de la abogacía frente a la clientela y al Colegio (99). Sin embargo, ni aun así debe romperse con la regulación predispuesta legalmente: la exclusividad debe quedar sometida a la autonomía de la voluntad de los abogados socios, operando, no obstante, en defecto de acuerdo, por ser la regla legal supletoria y la más adecuada para las sociedades profesionales de abogados (100). En este último sentido se manifiesta el artículo 68.4 CAC, según el cual, *“Excepto que el contrato social establezca otra cosa diferente, los socios que aporten a la sociedad como prestación de actividad el ejercicio de la abogacía lo harán de forma exclusiva”*.

(99) ALBIEZ: “La sociedad de abogados...”, cit., p. 1837, considera que “es una prohibición estatutaria oportuna y necesaria”.

(100) CAMPINS: *La sociedad profesional*, cit., p. 221; LECIÑENA: “Competencia estatutaria...”, cit., p. 865.

CONFIGURACIÓN DE LAS SOCIEDADES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

ANTONIO JOSÉ QUESADA SÁNCHEZ

*Doctor en Derecho.
Universidad de Málaga*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD CIVIL EN DERECHO ESPAÑOL: TEORÍAS EXPLICATIVAS SOBRE SU MODO DE ADQUISICIÓN. 2.1. La sociedad sin personalidad jurídica entendida como aquella sociedad que no accede al Registro Mercantil o registro oportuno. 2.2. La sociedad sin personalidad jurídica entendida como aquella sociedad de la que no existe publicidad de hecho. 2.3. La sociedad sin personalidad jurídica entendida como sociedad irregular. 2.4. La sociedad sin personalidad jurídica entendida como sociedad interna. 2.5. Utilización jurisprudencial del artículo 1.669 CC: configuración de la sociedad sin personalidad jurídica por el TS. 3. LA REFORMA DEL REAL DECRETO 1867/1998, DE 4 DE SEPTIEMBRE. 4. LA SOCIEDAD CIVIL SIN PERSONALIDAD JURÍDICA: OPINIÓN PERSONAL. 4.1. Crítica a las distintas teorías configuradoras expuestas. 4.2. La sociedad sin personalidad jurídica: la sociedad interna.

1. Introducción

En su momento tuvimos ocasión de estudiar cómo se ha llegado a la personificación de las sociedades civiles en nuestro ordenamiento (1). Y ese recorrido histórico nos ha servido para saber el camino un tanto extraño por el que se llegaba al actual (e insuficiente) artículo 1.669 CC.

En aquella ocasión dedicábamos un breve apartado final al propio artículo 1.669. Es ahora el momento de aclarar una cuestión crucial de nuestro Derecho de sociedades: ¿cuándo adquiere exactamente su personalidad jurídica una sociedad civil? O, mejor dicho, ¿qué tipo de sociedades civiles no gozan de personalidad jurídica? ¿Por qué y cómo? Es un tema sobre el que se ha escrito bastante, como tendremos ocasión de comprobar, y sobre el que queremos ofrecer nuestra visión particular (2).

Para estudiar la sociedad sin personalidad jurídica en nuestro ordenamiento debemos acudir al artículo 1.669. Este artículo plantea importantes problemas de interpretación, debido tanto a su redacción como a su proceso de inserción en el CC. Las circunstancias necesarias para su aplicación son dos y deben concurrir ambas (3): en primer lugar, los pactos deben mantenerse secretos entre los socios, y en segundo lugar, cada uno de esos socios debe contratar en su nombre con terceros. La consecuencia es que esa sociedad no gozará de personalidad, y se regulará por el régimen de la comunidad de bienes.

El caso general en el tráfico jurídico será la existencia de una sociedad civil que opere como tal sociedad externa en el mercado y los terceros a la misma sepan que es una sociedad civil, pero no tengan conocimiento de su regulación contractual. No parece posible aplicar el artículo 1.669 CC, aunque a los terceros al contrato de sociedad sólo les será oponible la regulación codificada, no el pacto social.

¿Qué situación pretende contrarrestar este artículo? Existió cierta tendencia jurisprudencial que entendía que el artículo 1.669 pretende proteger a todo tercero al contrato de sociedad civil que, operando en el mer-

(1) Véase, para ello, nuestro trabajo “La personificación de la sociedad civil en nuestros Proyectos de Código civil”, publicado en el *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, número 117 (marzo-abril 2005), pp. 297-324.

(2) No es la primera vez que nos acercamos a la cuestión. En este sentido, *vid.* nuestro breve trabajo “Sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil”, en *Diario La Ley*, número 5520, miércoles, 10 de abril de 2002, pp. 1-5, recopilado en *La Ley*, 2002-3, D-98, pp. 1785-1791.

(3) Que se exija la concurrencia de ambos factores es algo que se refleja en otras partes de la propia regulación codificada: así, el artículo 1.698 CC, en su párrafo segundo, fija las consecuencias que tendrá para la sociedad que un socio celebre contratos en su propio nombre con terceros, y esas consecuencias no son la falta de personalidad jurídica, sino la no obligación de la sociedad por dicho pacto, según señala el precepto expresamente, esto es, la no vinculación del patrimonio social.

cado y teniendo relación con la sociedad misma entendida como ente, no tiene conocimiento de que contrata con una sociedad civil [tendencia seguida por algunos autores que han recogido literalmente esta idea (4)]. Y no tiene ese conocimiento porque los socios mantienen reservados entre ellos los pactos y contratan con esos terceros en su propio nombre.

El artículo 1.669 es fruto, realmente, de un ejercicio de dogmatismo jurídico, que pretende solucionar el problema existente basando su solución en la concepción de que la comunidad es el género, y la sociedad una especie del mismo: si no hay ente jurídico que aglutine la titularidad de un patrimonio, no existe más que una cotitularidad del mismo por parte de los aportantes. No existe otra intención principal que tratar la falta de personalidad, sin entrar realmente a regular cuestiones de régimen jurídico. Es verdad, sin embargo, que cierta intención protectora de terceros está de modo difuso en la mente del legislador, pues la remisión al régimen de la comunidad permite dirigirse contra el resto de comuneros, evitando que responda únicamente el contratante (5).

Vamos a detenernos aquí en la configuración de la sociedad civil sin personalidad jurídica: cómo una sociedad civil cae en la órbita del artículo 1.669 CC. Antes, sin embargo, hay que deslindar la personalidad jurídica de la sociedad civil de la publicidad de la misma y de la **posible eficacia de sus pactos respecto de terceros**, cuestión que ha inducido a importantes errores (6).

La sociedad civil es un contrato, pero también un instrumento de intervención en el mercado frente a terceros. Como contrato, se encuentra bajo la órbita del artículo 1.257 CC, y los terceros a ella no tienen por

(4) Por ejemplo, MANRESA Y NAVARRO, J. M.: "Comentario al artículo 1.669", *Comentarios al CC*, tomo XI, Madrid, 1972, p. 408.

(5) Es evidente que, al tener contacto con una comunidad de bienes, a la hora de ejercer acciones contra la misma se debe uno dirigir contra todos los copropietarios, y ello se tiene presente también aquí aunque no resulte de inspiración directa (pues el legislador no intenta realmente regular cuestiones de régimen jurídico, sino meramente aludir a la personalidad jurídica). Parece garantizarse así que el tercero se pueda dirigir no sólo contra el socio contratante, sino contra los otros socios, y así ve reforzado su interés. Es un sentimiento vago que está, de alguna forma, presente, pero que si se medita adecuadamente no es necesario para que el tercero pueda dirigirse contra los socios no contratantes, como veremos. Pero ya hemos comentado que el legislador no tenía exactamente claro lo que realizaba al insertar este precepto, por qué lo hacía ni las consecuencias de su redacción. No era el interés que veremos presente expresamente en el caso mercantil de la cuenta en participación, donde se pretende que no se pueda dirigir más que al contratante.

(6) En este sentido, el propio CAPILLA RONCERO se plantea si el problema del artículo 1.669 CC no será realmente el de la oponibilidad del contrato social. Señala literalmente: "¿No será equiparable la personificación a la eficacia frente a terceros de los vínculos sociales? Parece que sí" (CAPILLA RONCERO, F.: *La sociedad civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1984, p. 394).

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, y puede resultar de interés a éstos conocer sus pactos reguladores para tener una correcta visión de cómo es esa persona con la que contratan. Y esta cuestión no tiene por qué influir en la adquisición o no de personalidad, pues no necesariamente debe vincularse lo uno con lo otro.

La sociedad goza de personalidad y actúa frente a terceros como tal ente, o bien no goza de ella, y diferente es si esos terceros pueden ampararse en la regulación contractual pactada o no, además de en la existencia del ente, al actuar en el mercado.

A la hora de meditar sobre la posible influencia en terceros de esta regulación contractual, debemos aludir, en primer lugar, a la utilizabilidad por los terceros de los pactos sociales, y en segundo lugar, a su oponibilidad frente a dichos terceros (7).

En primer lugar, la **utilizabilidad** por los terceros de los pactos sociales se reduce a una cuestión de conocimiento por ese tercero de aquello que invoca (8) y de prueba, para obtener el reconocimiento de su pretensión. Para esta utilizabilidad, la “publicidad de hecho” resultará necesaria,

(7) El acertado esquema aparece ya propuesto por PAZ-ARES, C.: “Comentario al artículo 1.669 CC”, dentro de *Comentario del CC*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1362-1364, que ha estudiado la cuestión con cierto detenimiento. Antes, sin embargo, debemos tener bien clara la diferencia entre eficacia directa del contrato, extensión de dicha eficacia directa y eficacia indirecta del mismo. La eficacia directa de un contrato conlleva que el pacto vincule a las partes contratantes y a sus herederos, en los términos del artículo 1.257 CC. La extensión de dicha eficacia directa es un fenómeno jurídico anómalo conforme al cual personas distintas a las contratantes se ven vinculadas por dicho pacto, de modo excepcional y por imperativo legal. Caso, por ejemplo, del artículo 480 CC: pese a que se extingue el usufructo, el propietario está obligado a respetar el arrendamiento concertado por el usufructuario durante el año agrícola, un contrato en el que no es parte. La eficacia indirecta es el influjo que la actuación jurídica ajena puede tener sobre los legítimos intereses de los terceros, que deben contar con dicho pacto, aunque no estén obligados por el mismo, apartado donde se inserta la oponibilidad. Para profundizar en estas cuestiones en general, *vid.* RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 49-69, donde sigue algunas de las acertadas ideas de Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo I, “Introducción. Teoría del contrato”, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 398-403. Aplicada al caso de la sociedad civil, *vid.* el análisis de DE TORRES PEREA, J. M.: *Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 79-88.

(8) Señala PAZ-ARES un ejemplo donde se comprueba lo que señalamos. Alguien sufre un daño de una sociedad, y dicho acreedor extracontractual quiere que se le repare. Le bastará con probar que existía una sociedad para que se le pague. Si un acreedor contractual reclama de un socio el pago íntegro de una deuda social, le bastará con probar que el contrato había previsto la responsabilidad solidaria de todos los socios. No conocer el hecho no impide utilizar en su favor la cláusula (*vid.* PAZ-ARES, C.: “Comentario al artículo 1.669 CC”, cit., p. 1363).

ya que se trata de que ese tercero tenga conocimiento de esa regulación concreta que ahora puede ser utilizable por él. Si se prueba esa existencia, los terceros podrían llegar a valerse de esa realidad, que no puede ser negada por quien la constituyó, utilizándola si lo estiman oportuno, salvo que exista una norma que establezca expresamente otro régimen, como podría pasar en el artículo 1.669 CC.

Más problemas producirá la **oponibilidad** frente a terceros de los pactos sociales, terceros no contractuales o contractuales. En el primer caso (por ejemplo, acreedores particulares de los socios o acreedores extracontractuales de la sociedad), el pacto contractual se les puede oponer si tenían conocimiento del mismo (en algún caso, además, aceptación, como en los supuestos en los que, de alguna forma, se empeora la situación del tercero diseñada por la Ley) (9). Respecto de terceros contractuales, la oponibilidad frente a ellos no se vincula a la realidad jurídica que no hayan conocido al celebrar el contrato, sino a aquello que hayan conocido expresamente de modo previo, así como la apariencia tipificada por el ordenamiento en la que hayan podido confiar (10).

En conclusión, ambas cuestiones deben quedar técnicamente separadas, están en planos diferentes, sin perjuicio de una posible unión posterior que habrá que determinar en su momento. En lo que ahora nos

(9) Por ejemplo, alguien recibe un daño extracontractual por parte de otra persona que actúa adecuadamente en nombre de una sociedad civil que en este caso está personificada, y el dañado dirige su reclamación contra ese socio concreto: éste puede oponerle el contrato de sociedad, para que reclame a la misma. O bien, un acreedor de un socio pretende embargar algo que éste hubiese aportado a la sociedad, o algo adquirido de ese socio por un tercero adquirente, después del contrato social: a dicho acreedor se le puede oponer, por la sociedad, la existencia del contrato social, en concreto las cláusulas que prevean la aportación en litigio. Aunque dependerá de la naturaleza del objeto la posible respuesta de la sociedad.

(10) A un tercero que contrata con una sociedad civil y sabe que lo es, se le puede oponer aquello establecido en el CC respecto de las sociedades civiles, pero también aquellas cláusulas que haya conocido, bien porque el pacto contractual hubiera accedido al Registro Mercantil (posible durante la vigencia del art. 81.3 RRM) y publicado en el BORME, o bien porque se le hubiese comunicado expresamente, y en ese caso estamos protegiendo realmente la confianza suscitada por la información proporcionada, que induce al tercero a pensar que los pactos sociales son aquellos que se le han manifestado. La STS 22-10-1973 (M. A. 3655) se ocupó de un caso en el que los socios de una sociedad calificada de "irregular" fueron demandados nominalmente por un tercero, y opusieron su falta de legitimidad pasiva. El TS señaló que, "existiendo entre los demandados vínculos societarios (...) con la denominación «Almacenes Mímae», en cuyo nombre se lleva a cabo toda la contratación, no resulta correcta la llamada individual al proceso de los demandados por parte del actor, primer reconociente de la existencia de semejante situación social". De ahí deriva que el actor debía "dirigirse procesalmente contra la misma". Si no conocía ni podía conocer el pacto (esta cuestión de la diligencia la estudiaremos en su momento), obviamente, no puede serle opuesto, pues resultaría contrario a la más elemental exigencia de buena fe en el tráfico jurídico (en este sentido, PANTALEÓN PRIETO, F.: "La personalidad jurídica de las sociedades civiles...", AAMN, t. XXXVIII, 1999, núm. 11, p. 31).

ocupa, el conocimiento de los pactos por el tercero, o bien la diligencia, en el caso de que debiera haberse conocido si se hubiese actuado diligentemente, será el dato a valorar, así como debe protegerse la confianza en la apariencia presentada al tercero, que habrá confiado en la misma de buena fe.

El efecto de ese conocimiento será, de entrada, la posible oponibilidad o utilizabilidad descrita, y estudiaremos si también la concesión de la personalidad jurídica al grupo. Ambos pueden ir unidos, pero técnicamente estamos ante dos cuestiones diferentes (11). Es vital diferenciarlas cuando hay un dato que debe ser diferente: mientras un mismo acto puede ser oponible para unos terceros e inoponible frente a otros [depende del conocimiento del mismo que tengan (12)], no es correcto que la sociedad pueda gozar de personalidad frente a unos terceros y no frente a otros. La personalidad existe o no existe, pero no puede existir en algunos casos y no en otros.

Una vez establecidas estas ideas, vamos a dedicar nuestra atención a las distintas ideas doctrinales defendidas acerca de cómo una sociedad civil no se verá personificada en nuestro Derecho. Tras repasarlas (y dedicar cierta atención, también, a la frustrada reforma del Real Decreto 1867/1998), criticaremos dichas opiniones y defenderemos la configuración que nos parezca más oportuna y jurídicamente más razonable.

2. La personalidad jurídica de la sociedad civil en Derecho español: teorías explicativas sobre su modo de adquisición

Vamos a dedicar, en este apartado, nuestra atención a exponer las diferentes teorías que se han ofrecido respecto de la adquisición de personalidad jurídica por parte de las sociedades civiles en nuestro Derecho, algo que no parece del todo claro.

Si repasamos la atención que nuestro CC dedica a la sociedad civil, comprobaremos cómo ningún precepto le concede de modo expreso y

(11) Incluso autores de la talla de PLANIOL y RIPERT han confundido ambas cuestiones: así, indicaban en su argumentación un *medio ingenioso* que consistía en “admitir que en las sociedades mercantiles lo que determina la personalidad jurídica no es la publicación de los estatutos, sino la celebración misma del contrato de sociedad, contrato que, por su propia naturaleza, debe surtir efectos respecto a tercero” (PLANIOL, M., y RIPERT, J.: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, t. XI, “Los contratos civiles”, 2.ª parte, 1946, núm. 1.017 bis, p. 281). En el sentido que nosotros le damos, también CAÑIZARES LASO, A.: “La comunidad de bienes en la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias”, en RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (coord.): *Estudios de Derecho Agrario. Ponencias y comunicaciones del VI Congreso Nacional de Derecho Agrario* (Asociación Española de Derecho Agrario, Málaga, 1997, p. 84).

(12) Esto lo ha explicado RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Protección del tercero...*, cit., pp. 198-199.

positivo personalidad jurídica, pero sí hay un artículo que niega esa personalidad en circunstancias muy concretas: ese artículo es el artículo 1.669 CC. Por consiguiente, pese a que no está claramente definido el modo de adquisición de la personalidad jurídica, dicha adquisición es el criterio general predicable de las sociedades civiles, mientras que su no disfrute es una excepción en un supuesto muy concreto [el descrito expresamente en el art. 1.669 (13)]. Esta situación un tanto extraña deriva del peculiar proceso de redacción y definitiva inclusión de estos artículos en el CC, proceso ya analizado por nosotros en otro lugar (14). Ciertos artículos posteriores de otras normas han venido a confirmar esta idea, presuponiendo esa personificación de la sociedad civil, preceptos tanto de índole mercantil (15) como tributaria (16).

(13) En este sentido, por ejemplo, la STS 31-5-1994 (M. A. 3768).

(14) Nuestro citado trabajo "La personificación de la sociedad civil en nuestros Proyectos de Código civil".

(15) En concreto, el artículo 91.1 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, por la que se aprueba la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL). El artículo 3 LSRL señala que "la sociedad de responsabilidad limitada, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil", pero el artículo 87.2 LSRL permite que "cuando el objeto de la sociedad de responsabilidad limitada no sea mercantil, *pueda transformarse (...)* en sociedad civil". Y el artículo que nos interesa, el artículo 91.1, establece que "la transformación efectuada con arreglo a lo prevenido en esta Ley no cambiará la personalidad jurídica de la sociedad, que continuará subsistiendo bajo la forma nueva". Sin ser un argumento excesivamente determinante, es claro que sobreentiende expresamente el goce por la sociedad civil de personalidad jurídica. Y lo sobreentiende de modo acertado, pues es así, algo que se confirma en el artículo 92.1 del mismo texto, al señalar que "la transformación de sociedades civiles (...) en sociedades de responsabilidad limitada no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad transformada".

(16) Ya aludimos en su momento a esta cuestión: el artículo 7.1. a) del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades, establece que serán sujetos pasivos del Impuesto las personas jurídicas, excepto, en el caso del citado apartado, las sociedades civiles. Y será el artículo 10.1 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, el que establezca expresamente que las rentas correspondientes a las sociedades civiles, tengan o no personalidad jurídica, se atribuirán a los socios según las normas o pactos aplicables y, si éstos no constaran a la Administración Tributaria fehacientemente, se atribuirán por partes iguales. Por ello, pese a que el régimen de aplicación sea idéntico, se reconoce expresamente esa personalidad y así se manifiesta en el artículo. La causa de que se trate de esta forma a una persona jurídica como la sociedad civil personificada está en la desconfianza ante la misma: se entiende que más que conformar un auténtico centro autónomo e independiente de imputación jurídica y económica, puede constituir un expediente para alejar la tributación de ciertas rentas del IRPF [en este sentido, CAZORLA PRIETO, L. M., y PEÑA ALONSO, J. L.: *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Ley 40/1998 y su Reglamento)*, Ed. Aranzadi, 1999, p. 53].

En este sentido, PÉREZ ROYO aludía como base inspiradora de dicha inclusión "... la desconfianza del legislador hacia unas entidades en las que no hay criterios claros sobre cuándo alcanzan la personalidad y en las que la publicidad registral —que es lo que, en definitiva, otorga mayores garantías— no aparece con la misma intensidad que en las sociedades mercantiles. Y es precisamente por ello que algunas sociedades civiles que, por su régimen jurídico propio,

Por tanto, es claro que las sociedades civiles gozan de personalidad, algo que no en todos los ordenamientos ocurre, pero debemos determinar el modo y momento en que se produce su adquisición, pues, ya menos claro. Sobre la cuestión se han ofrecido diferentes teorías explicativas, teniendo como base el artículo 1.669 CC. Pasamos a estudiarlas.

2.1. La sociedad sin personalidad jurídica entendida como aquella sociedad que no accede al Registro Mercantil o registro oportuno.

Estas primeras opiniones que exponemos insertan algún tipo de inscripción registral de la sociedad en el proceso de adquisición de su personalidad. La teoría que asume la necesidad de **inscripción de la sociedad civil en el Registro Mercantil**, para reconocer su personalidad, es una de las primeras configuraciones sugeridas. Fue apuntada levemente por don Federico DE CASTRO (17), gran inspirador de la misma (y que ya aludía de entrada a la *desgraciada redacción* del art. 1.669, que “permite toda duda”), aunque no sea su único defensor (18) [incluso hay quien ha apuntado su bondad de *lege ferenda* (19)]. Esta visión pretende una interpretación conjunta con la legislación mercantil, entendida del modo más clásico.

no presentan estos inconvenientes (las sociedades agrarias de transformación) quedan excluidas de la regla general tributaria por el Impuesto de Sociedades” (PÉREZ ROYO, I.: *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, Madrid-Barcelona, 1999, p. 60).

(17) DE CASTRO, F.: “La persona jurídica”, dentro de *La persona jurídica*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 281-283, así como *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pp. 83-85 (tal y como recuerda BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Personalidad jurídica y registros públicos*, Aranzadi Civil, 1998-III, p. 13).

(18) Así, pese a que aluda al Registro Civil, se puede leer a PEDREGAL Y CAÑEDO que “no siendo las compañías civiles una personalidad jurídica, como lo demuestra el hecho de que no estén sujetas a la solemnidad del registro civil, ...” (PEDREGAL Y CAÑEDO, M.: *Texto y comentarios al Código Civil español*, II, Imprenta de Enrique Maroto y hermano, Madrid, 1889, p. 705). FALCÓN, por su parte, señalaba que “además, para que la sociedad que se establece tenga personalidad jurídica, es indispensable que se dé publicidad a sus pactos constitutivos. No prescribe la Ley (art. 1.669) la manera de hacer públicos esos pactos; y en su silencio debe entenderse aplicable lo dispuesto para el Código de Comercio para las sociedades mercantiles, es a saber, su inscripción en los Registros públicos” (FALCÓN, M.: *Exposición doctrinal del Derecho Civil español, común y foral*, t. IV, Tipografía Industrial-Económica, 1889, núm. 2, p. 383). Y DÍAZ-ARIAS, pese a rectificar parcialmente con posterioridad, señala como primer requisito “para que tenga personalidad jurídica, el Código de Comercio y el propio Código Civil exigen: 1.º Que se inscriban en el Registro Mercantil, lo cual determina que los pactos no se mantengan secretos entre los socios” (DÍAZ-ARIAS Abogados: *La sociedad civil particular, comunidades de bienes y otros entes sin personalidad jurídica. Su tratamiento fiscal*, Tapia. Publicación para el mundo del Derecho, abril, 1984, núm. 16, p. 27).

(19) BADÍA SALILLAS, A.: “En torno a la problemática de la personalidad jurídica de la sociedad civil en el Derecho español”, RCDI, número 573, 1986, pp. 317-332, y SÁNCHEZ CID, I.:

La sociedad sin personalidad jurídica es, por tanto, la sociedad civil que no accedió al Registro Mercantil. Se señala que ya el Código de Comercio había descrito lo que debía entenderse por pacto secreto como aquel que no había accedido al Registro Mercantil. A esta opinión se llega habiendo superado otra idea ligeramente sugerida, que aludía a que las sociedades civiles que no constasen en escritura pública carecían de personalidad jurídica por mantenerse ocultos los pactos sociales, pues la escritura pública *per se* no proporciona publicidad al negocio que contenga: pese a ser presupuesto para que se pueda proceder a la publicación, no implica realmente publicidad, y entender lo contrario conlleva confundir documento público y publicidad (20).

Su actualidad deriva más de sus repercusiones en ciertas decisiones de la DGRN que de su propia virtualidad en sí: esta opinión inspiró, entre otras, a la polémica RDGRN 31-3-1997 (y la de 11-12-1997), y ha sido inteligentemente rebatida en nuestra doctrina [especialmente interesantes las críticas de PANTALEÓN PRIETO al respecto (21)] (22). La RDGRN 14-2-2001, por su parte, rebatió enérgicamente dicha fundamentación.

El argumento tiene cierta lógica: los artículos 1.669 y 1.670 CC se introdujeron conjuntamente en el CC, después del problemático proceso de inserción descrito en su momento, y no es descabellado que el legislador pudiese haber optado, en abstracto, por exigir este requisito para que la sociedad civil adquiriese su personalidad jurídica, como ocurrió en Francia en 1978, y siguiendo la idea que había plasmado en el Código de Comercio según la opinión más clásica. Sin embargo, si ésa hubiese sido la pretensión del legislador, se plasmó muy defectuosamente, tanto que resulta irreconocible.

La personalidad jurídica de la Sociedad Civil (A propósito del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre y de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000)", Aranzadi Civil, 2001-II, especialmente pp. 2289, 2294, 2305, 2306 y 2310-2312. Además, es algo que reivindica desde hace tiempo GARCÍA MÁS en distintos trabajos ["La sociedad civil y su conexión registral (conferencia dada en el centro de Estudios Hipotecarios de Granada, febrero de 1990)", RCDI, núm. 599, julio-agosto 1990, pp. 155-169, "La Sociedad Civil: su problemática en el tráfico jurídico (Un análisis jurisprudencial)", RCDI, núm. 633, marzo-abril de 1996, p. 512, y "La Sociedad Civil: una crisis provocada. Comentario crítico a la Resolución de 31 de marzo de 1997 de la DGRN", RCDI, núm. 647, julio-agosto 1998, pp. 1165-1190]. Después de la STS 24-2-2000, lo ha defendido en una Breve Adenda a su trabajo "La Sociedad Civil en el marco de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil en virtud del Real Decreto 1867/ 1998, de 4 de septiembre", RCDI, número 657, 2000, pp. 1107-1111.

(20) Algo que el propio TS ha realizado alguna vez. Así, en la STS 19-1-1976 se puede leer la alusión a "... un contrato de sociedad, justo porque sus pactos son secretos, al no constar en forma pública...". Además, SSTs 30-12-1931, 10-3-1949 y 24-1-1962.

(21) PANTALEÓN, F.: "La personalidad jurídica de las sociedades civiles. Contra la Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1997", *La Ley*, 1997-4, D-232, pp. 1376-1384.

(22) Al estudio de esta cuestión hemos dedicado nuestro trabajo "Sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil", *cit.*, pp. 1-5.

La consecuencia es clara: las sociedades civiles personificadas serían las inscritas en el Registro Mercantil. Esto vacía de contenido el artículo 1.669 a favor del artículo 1.670: toda sociedad que no adoptase forma mercantil no adquiriría personalidad. Además, esta teoría debe asumir la necesidad de un cambio de régimen: de sociedad desprovista de personalidad jurídica pasará a ser sociedad personificada, con todo lo que implica dicho cambio en el modo de ser de la sociedad a cualquier efecto (23). El momento que marca ese cambio será el de la inscripción en el Registro Mercantil.

A esta tesis, la doctrina que se ocupó de ella ha opuesto severas críticas. La propia Resolución DGRN 14-2-2001 no es, realmente, más que una gran crítica: no es admisible, pese a que las razones que motivasen dicha decisión y las de la DGRN fuesen comprensiblemente dignas de atención (24). Esta visión, que el propio PANTALEÓN ha calificado como *insostenible* (25), implica negar personalidad a las sociedades civiles que no se constituyan bajo forma mercantil [la sociedad civil “con forma civil carecería de personalidad jurídica” (26)] o que no se inscriban en el Registro Mercantil. Esta idea es equivocada conforme a la regulación del CC. Además, es gravemente erróneo asimilar los pactos secretos civiles a los pactos reservados en sociedades mercantiles, por el diverso papel que juega el registro en cada caso. Y teniendo en cuenta la inspiración y la propia regulación del artículo 22.3 CE, parece que una regulación opuesta al mismo debe ser establecida de modo expreso.

Por todo lo expuesto, la doctrina ha rechazado unánimemente esta configuración citada, destacando las consecuencias tan perjudiciales que produciría. Aunque es cierto que la única manera de que no exista la más mínima reserva en los pactos es que exista inscripción registral (27). Esta

(23) Modo de operar en el mercado, legitimación activa y pasiva para operar judicial y extrajudicialmente, nacimiento del patrimonio propio, nacimiento de las necesidades de gozar de domicilio, nacionalidad, etc.

(24) Dichas razones han sido expuestas de modo breve por GARCÍA GARCÍA. Señalaba que se pretendía cortar con los abusos que se producían con las sociedades civiles, que proliferaban con la intención fraudulenta de obviar la legislación de las sociedades mercantiles o de ocultar la persona física frente a los acreedores (GARCÍA GARCÍA, J. M.: “La titularidad registral en las sociedades civiles”, *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 39, julio 1998, p. 1519). También AGUIRRE FERNÁNDEZ ha incidido en ellas (AGUIRRE FERNÁNDEZ, B. J.: “La personalidad jurídica de las sociedades civiles. A propósito de la Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1997”, *RCDI*, 1998, núm. 647, pp. 1202-1203).

(25) PANTALEÓN, F.: “La personalidad jurídica de las sociedades civiles...”, cit., p. 1377.

(26) Palabras textuales de MARTÍNEZ BALMASEDA, A.: “La personalidad jurídica de la sociedad civil según la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, *Diario La Ley*, número 5507, 21 de marzo de 2002, p. 2.

(27) En este sentido, por ejemplo, GARCÍA GARCÍA, a quien leemos, por ejemplo, que “el artículo 1.669 CC prevé la posibilidad de que los pactos de la sociedad civil no queden reser-

visión influyó en cierta apresurada modificación legal realizada en 1998, defectuosa reforma a la que aludiremos en su momento.

Otra concepción diferente que también parte de la necesidad de publicidad registral se basa en la **utilización del Registro de la Propiedad** a estos efectos, concepción que resulta especialmente próxima a los lectores de este Boletín por motivos obvios. Esta visión desea ofrecer una solución que logre que la publicidad, que se considera necesaria, sea registral: al no ser útil el Registro Mercantil, se acude al Registro de la Propiedad.

Ante el problema de que no existiera una publicidad registral para las sociedades civiles, se plantearon algunas dudas respecto de aquellas sociedades civiles que querían inscribir la titularidad propia de un inmueble en el Registro de la Propiedad, casos que llegarían a resolverse en Resoluciones de la DGRN como la polémica de 31-3-1997. El problema, no puede negarse, se le planteaba al registrador de la propiedad, y para intentar evitar ciertos fraudes que se apreciaban en la práctica y a los que tenían que hacer frente los registradores de la propiedad, dos autores propusieron una solución que de alguna forma hiciera frente a dicha situación, y que implicaba que la publicidad se obtuviera registralmente: HERNÁNDEZ MANCHA, primero, la apuntó (en un apartado de cierto trabajo, bajo el inequívoco epígrafe de *el Registro de la Propiedad como instrumento de publicidad de las sociedades civiles*) (28) y GARCÍA GARCÍA (29) después la desarrolló, exponiendo ideas pintorescas también en otro lugar (30).

Se proponía, ante la falta de publicidad derivada de la inscripción en el Registro Mercantil, dar publicidad a la sociedad a través del Registro de la Propiedad. Si en algún momento se llega a ser titular de un inmue-

vados entre los socios. Pues bien, la *única manera* de que no queden reservados entre los socios, sino abiertos a todos los terceros, es a través de la inscripción en el Registro Mercantil, que es el único Registro existente para sociedades y entidades" (GARCÍA GARCÍA, J. M.: "La titularidad registral en las sociedades civiles", cit., p. 1523). Posteriormente señala en la tercera de las conclusiones del mismo trabajo que "las sociedades civiles con objeto civil, constituidas en escritura pública o elevado el documento privado de su constitución a escritura pública, deberían inscribirse en el Registro Mercantil como prueba de que sus pactos no se mantienen reservados y tienen personalidad jurídica *erga omnes*, ya adopten la forma mercantil o la forma civil" (GARCÍA GARCÍA, J. M.: "La titularidad registral en las sociedades civiles", cit., p. 1525).

(28) HERNÁNDEZ MANCHA, M.: "Las sociedades civiles particulares ante el Registro de la Propiedad", *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, número 280, julio-agosto 1991, pp. 1609-1610.

(29) GARCÍA GARCÍA, J. M.: "Las sociedades civiles y el Registro de la Propiedad: apunte sobre la forma de practicar la inscripción", *Boletín Colegio N. Registradores*, número 283, noviembre 1991, pp. 2336-2338.

(30) Apuntó en otro sitio que las sociedades civiles constituidas en documento privado, salvo que tuvieran un reconocimiento judicial de su personalidad, "hay que entender que en el tráfico jurídico carecen de ella" (GARCÍA GARCÍA, J. M.: "La titularidad registral en las sociedades civiles", cit., p. 1524).

ble, el Registro de la Propiedad publicaría no sólo la adquisición de la titularidad del mismo por parte de la sociedad, sino que se completaría con la inclusión de los “extremos básicos de su organización y funcionamiento”. GARCÍA GARCÍA perfila mejor la idea. Tras recordar que el otorgamiento de la escritura pública no determina publicidad y que la publicidad a través del Registro Mercantil no es factible ahora, entiende que cabe llegar a una “solución intermedia: practicar la inscripción de los bienes en el Registro de la Propiedad a nombre de la persona jurídica sociedad civil, pero como requisito simultáneo se harían constar en el cuerpo de la inscripción los Estatutos de la sociedad civil y los nombres de los socios” (31).

Es ésta una construcción que no ha tenido mayor resonancia doctrinal, determinada por la resolución de un grave problema que se le plantea al registrador de la propiedad y base de la polémica posterior de las Resoluciones de la DGRN a partir de 1997: se presenta al registrador la inscripción de la adquisición de un bien inmueble por parte de una sociedad civil constituida en documento privado y que pretende existir y actuar como ente en el tráfico. Esta forma de constitución despierta lógica inquietud entre los registradores de la propiedad cuando se les presenta el caso de tener que inscribir esta titularidad.

La base de estas teorías es, por tanto, que exista constancia registral de que la sociedad es un ente, y los terceros puedan conocerlo accediendo al Registro oportuno.

2.2. La sociedad sin personalidad jurídica entendida como aquella sociedad de la que no existe publicidad de hecho.

Estamos, al adentrarnos en esta teoría, ante la tesis mayoritariamente seguida hasta ahora en nuestra doctrina a la hora de configurar el modo de adquisición de la personalidad jurídica por parte de la sociedad civil. Se comprueba tanto en nuestros manuales generales como en algunos de nuestros trabajos más clásicos o más relevantes que se ocupan del artículo 1.669 CC (32). Esto, sin embargo, está cambiando conforme los auto-

(31) GARCÍA GARCÍA, J. M.: “Las sociedades civiles y el Registro de la Propiedad...”, cit., p. 2336.

(32) Merecen ser destacados, especialmente, los importantes trabajos de CAPILLA RNCERO al respecto. Vid., especialmente, “La sociedad civil”, cit., pp. 395-398, además de *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 125-126, el “Comentario al artículo 1.669”, dentro de *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXI, volumen I, EDERSA, Madrid, 1986, pp. 51-56 y la voz “Sociedad”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, volumen IV, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 6264-6265. Vid. también MORENO CATENA, V., y CAPILLA RNCERO, F.: “Comentario a la STS 12-11-1985”, CCJC, número 9, número 248,

res reflexionan con mayor profundidad y asumen los problemas de la cuestión.

Ha sido tradicionalmente defendida, además de por CAPILLA RONCERO (el gran defensor), por los primeros comentaristas del CC y por autores que han tratado el tema colateralmente. Ya la apuntaba THALLER al alabar el artículo 1.669 CC: “no habiendo publicidad organizada por la ley, es la *publicidad de hecho* la que se aplicará” (33).

La argumentación es clara: el artículo 1.669 CC exige en su tenor literal la publicidad de la sociedad para que no caiga bajo su órbita, ya que alude a *sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios*. Esa publicidad que se exige podría ser, en primer lugar, la denominada publicidad de derecho, derivada de la inscripción en el Registro oportuno. Sin embargo, dicha necesidad de publicidad de derecho no se recoge expresamente en nuestro CC, por lo que, pese a tener cierta lógica, no puede defenderse su admisibilidad. De esa falta de regulación, como debe exigirse algún tipo de publicidad y la elevación a escritura pública no facilita el conocimiento, se deduce que la misma debe ser *de hecho*, derivada del conocimiento de la sociedad en el mercado.

Tal y como señala CAPILLA RONCERO, *parece que hay que concluir que la publicidad requerida por el artículo 1.669 es la publicidad de hecho* (34). La publicidad de hecho, no definida legal ni jurisprudencialmente, es aquella derivada del conocimiento de la existencia de tal sociedad en el tráfico en que se inserte. Algo que se conseguirá, generalmente, a través de la constante reiteración por parte de los socios de que contratan por cuenta de la sociedad, cuando entablen relaciones con terceros a la misma, esto es, a través de la actividad de la sociedad en el mercado operando como tal grupo independiente de los socios. Además, también se puede obtener por medios de publicidad útiles en el mercado en que opere esa sociedad, medios que concedan difusión a la existencia de la sociedad (inserción de anuncios en medios de comunicación, en la prensa especializada del sector, en vallas publicitarias, etc.). Hay quien alude a “publicidad

p. 3082. A esto debemos añadir bastantes manuales generales, que soslayan la cuestión incidiendo de modo colateral en esta opinión [en este sentido, ALBALADEJO, M.: “Derecho Civil”, t. II, “Derecho de Obligaciones”, vol. II, Barcelona, 1994, pp. 288-289, SCAEVOLA (“Código Civil”, t. XXV, Ed. Reus, Madrid, 1933, p. 469), Díez-PICAZO y GULLÓN, ESPÍN CANOVAS, etc.], más otros que han tratado tangencialmente el tema (por ejemplo, VENTURA-TRAVESET HERNÁNDEZ, A.: “El papel del notario en la constitución de las personas jurídicas”, RDN, núm. 144, abril-junio 1989, pp. 251-255). También encontramos la defensa de esta opinión en RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M.: “El sistema de las personas jurídicas en el Código Civil de 1889”, tesis doctoral inédita, cit., especialmente pp. 431-432 y 538-545.

(33) Vid. SCAEVOLA, Q. M.: “Código Civil”, cit., p. 469.

(34) CAPILLA RONCERO, F.: “La sociedad civil”, cit., p. 396.

suficiente”, entendiendo por ésta “cualquier medio por el que se comunique a los terceros la existencia de la sociedad y su contenido” (35).

Por lo tanto, señala esta corriente doctrinal, existen mecanismos extrarregistrales para que la sociedad sea conocida como tal, y a ellos debe estarse para que esa sociedad reúna los requisitos de publicidad necesarios. CAPILLA RONCERO indica que esta publicidad se extiende, de una parte, a los pactos integrantes del contrato constitutivo de la sociedad, y de otra, a la existencia del propio vínculo social, que posiblemente sea lo esencial (36). Como en la teoría de DE CASTRO, se debe asumir la necesidad de un cambio de régimen en la sociedad, con todo lo que implica, aunque el momento en que se produce el cambio aquí es menos claro, y según cómo se defienda esta teoría, puede haber más de un cambio de régimen a lo largo de la vida de la sociedad.

En conclusión, la publicidad que implica la presentación de la sociedad civil como ente frente a terceros en el mercado se entiende como el dato definitivo para la adquisición de la personalidad jurídica por parte de la misma: aquella sociedad donde exista la publicidad citada adquirirá la personalidad, mientras que aquélla donde no exista dicho conocimiento de hecho no la adquirirá y será una sociedad sin personalidad que, por tanto, se ve sometida al régimen que para ella establece el artículo 1.669 CC.

2.3. La sociedad sin personalidad jurídica entendida como sociedad irregular.

La presente concepción, tal y como se ha planteado, está parcialmente vinculada a la tesis anterior, pero califica expresamente a las sociedades sin personalidad como irregulares, y vincula esa irregularidad a cuestiones fundamentalmente formales ligadas a la apariencia frente a terceros. Es congruente con la idea, por ella defendida, de que los artículos 1.667 a 1.669 CC forman un bloque conceptual único.

Esta configuración entiende que la sociedad encuadrable dentro del artículo 1.669 CC es la llamada “sociedad irregular”, sin trascendencia frente a terceros como tal. Ello se debe a que permanece oculta, pues no goza de publicidad de hecho si no le es necesario cubrir forma alguna, o bien si no ha cubierto los requisitos formales exigidos en los artículos 1.667 y 1.668 CC en el caso de que fuesen necesarios (37). En ambos casos la so-

(35) En concreto, PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J.: comentarios en ENNECCERUS, L., “Derecho de Obligaciones”, vol. II, dentro de *Tratado de Derecho Civil*, de ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., tomo II, Ed. Bosch, Barcelona, 1966, p. 689.

(36) CAPILLA RONCERO, F.: “La sociedad civil”, cit., p. 396.

(37) Se puede encontrar un resumen de su postura en TENA PIAZUELO, I.: “El concepto de sociedad civil irregular...”, cit., nota 37, p. 212. Esa postura se ve plenamente desarrollada a lo largo de dicha obra, especialmente pp. 195-284.

ciudad no se manifiesta frente a terceros como ente. Por ello, estamos ante una *sociedad dotada de una publicación deficiente, y su consecuencia principal es la aplicación del régimen de la comunidad de bienes a las relaciones internas* (38). El artículo 1.669 no puede entenderse aislado, sino que forma una secuencia única con los artículos 1.667 y 1.668, que se refieren a una misma realidad (39).

Esta denominación ha sido muy utilizada por el TS, aunque no de modo unívoco (40): así, se pueden encontrar sentencias para las que la sociedad irregular es una sociedad carente de publicidad (41). Para otras, sin embargo, es aquella a la que se aportan bienes inmuebles sin observar la forma de los artículos 1.667 y 1.668 CC (42). Por último, otras aluden a la sociedad irregular como a la sociedad mercantil no constituida conforme al formalismo del artículo 119 CCom (43), y si esta sociedad tiene por objeto actos de comercio, es sociedad mercantil irregular y no civil, según otras sentencias (44).

El profesor TENA PIAZUELO ha fundamentado en diversos trabajos la idea de que la sociedad descrita en el artículo 1.669 es una sociedad irregular (45), pues “se aparta de una regla, y tiene respecto de ésta un carácter excepcional o especial” (46). Esta configuración conlleva, necesariamente, que es diferente la sociedad irregular en el plano mercantil de la

(38) TENA PIAZUELO, I.: “El concepto de sociedad civil irregular...”, cit., p. 238.

(39) Lo explica TENA PIAZUELO, I.: “El concepto de sociedad civil irregular...”, cit., pp. 213-214. En primer lugar, van referidos al mismo ámbito de relaciones de la sociedad, el externo, relativo al contacto con terceros a la misma; en segundo lugar, parten de la consideración de que la sociedad referida carece de personalidad jurídica. Aunque no lo defiende abiertamente, parece estar subyacente en SÁNCHEZ CID, I.: “La personalidad jurídica de la Sociedad Civil...”, cit., especialmente pp. 2288 y 2315.

(40) Tal y como ha explicado MARÍN LÓPEZ, J. J.: “Comentario al artículo 1.669 CC”, dentro de *Comentarios al Código Civil*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 1889-1890.

(41) En este sentido, SSTs 30-12-1931 (M. A. 2331), 10-3-1949 (M. A. 421), 22-12-1962 (M. A. 5065), 28-6-1975 (M. A. 2616), 11-10-1990 (M. A. 7857), 22-7-1993 (M. A. 6274) y 10-7-1995 (M. A. 5555).

(42) En este sentido, SSTs 15-10-1940 (M. A. 886), 29-5-1943 (M. A. 578), 12-6-1950 (M. A. 1163), 28-6-1950 (M. A. 1178), 24-4-1953 (M. A. 1958), 13-11-1953 (M. A. 3126), 7-10-1961 (M. A. 3593), 23-5-1962 (M. A. 2521), 10-11-1978 (M. A. 4061), 30-4-1986 (M. A. 2068), 22-11-1986 (M. A. 7792), 27-5-1993 (M. A. 4080), y 2-12-1993 (M. A. 9487).

(43) En este sentido, SSTs 16-4-1942 (M. A. 468 bis), 14-2-1945 (M. A. 136), 4-4-1959 (M. A. 2956), 26-6-1959 (M. A. 2936), 3-3-1960 (M. A. 944) y 3-7-1995 (M. A. 5459).

(44) En este sentido, SSTs 29-11-1958 (M. A. 3810), 21-6-1983 (M. A. 3647), 1-10-1986 (M. A. 5230), 30-5-1992 (M. A. 4831), 29-9-1992 (M. A. 7331) y 8-7-1993 (M. A. 6326).

(45) TENA PIAZUELO, I.: “El concepto de sociedad civil irregular...”, cit., pp. 87-95 y 195-284, y “El contrato de sociedad civil y las sociedades irregulares en los derechos español, francés e italiano”, ADC, 1999, fasc. IV, pp. 1435-1489.

(46) Antes que él ya otros autores habían aludido a los defectos formales como causa de inexistencia de personalidad jurídica (*vid.* la relación que hace BOTANA GARCÍA, G. A.: “¿Hacia

sociedad irregular en el plano civil (47): en ambos supuestos será una sociedad que no se constituyó conforme a las exigencias formales establecidas, pero mientras en el ámbito mercantil la irregularidad debe vincularse a la falta de inscripción registral, en el plano civil debe conectarse a la falta de publicidad general, sin más, lo que provoca que no se dote de personalidad. Y para ello descarta términos como los de sociedad interna, de hecho, particular, tácita, aparente, secreta u oculta (48).

Y en esa argumentación que realiza dedica importantes críticas a PAZ-ARES, debido a que estima que su visión es demasiado reducida, al exigir determinados pactos contractuales expresos para que la sociedad en cuestión caiga en la órbita del artículo 1.669 CC: la sociedad que se incluye dentro de esa órbita de acción es pretendida, no es una consecuencia de una situación de hecho de falta de publicidad (49).

2.4. La sociedad sin personalidad jurídica entendida como sociedad interna.

Debido a los abundantes problemas planteados con las anteriores explicaciones, la visión estructuralista que comenzamos a tratar pretende ofrecer una respuesta correcta a los mismos (cambios de régimen, modo de presentación en el mercado, etc.).

El gran giro al tema de la configuración de la sociedad sin personalidad ha sido efectuado por una serie de autores que ha entendido que había que solucionar el seguidismo que había provocado que se acepta-

un nuevo enfoque jurídico de la comunidad de bienes?", *Derecho de los negocios*, año 9, núm. 96, septiembre 1998, nota 52, p. 22). Además, cabe recordar cómo CAPILLA RONCERO citaba esta configuración vinculada a la forma, para después desmarcarse de ella (CAPILLA RONCERO, F.: "Comentario a los artículos 1.667 y 1.668 CC", cit., pp. 34-37 y "Comentario al artículo 1.669 CC", cit., p. 54).

(47) Doctrinalmente, sin embargo, está bastante extendida la opinión de que la sociedad irregular debe reservarse para la órbita mercantil, pues la irregularidad se vincula a no inscripción en el Registro Mercantil. Por todos, *vid.* las explicaciones en este sentido de FARIAS BATLLE [FARIAS BATLLE, M.: "La sociedad irregular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1970-1992)", *Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1993, pp. 3-7 y 30-32], VALPUESTA GASTAMINZA (VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.: *La sociedad irregular*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 20, nota 1, donde cita gran bibliografía y 91-93) y PAZ-ARES (PAZ-ARES, C.: voz "Sociedad irregular", *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, Ed. Civitas, 1995, p. 6335). En 1951 ORTEGA PARDO ya había aludido a la sociedad civil irregular, pero no tuvo la resonancia doctrinal necesaria, sin perjuicio de que incidiera en cuestiones reguladoras bastante discutibles (ORTEGA PARDO, G. J.: "Sociedad civil irregular", *ADC*, 1951, pp. 311-321).

(48) TENA PIAZUELO, I.: "El concepto de sociedad civil irregular...", cit., pp. 95-114.

(49) Entiende que es demasiado artificiosa y, sobre todo, desconectada en algunos aspectos de la propia sociedad civil (TENA PIAZUELO, I.: "El concepto de sociedad civil irregular...", cit., p. 83).

ran teorías sin meditarlas adecuadamente ni, por supuesto, medir totalmente las consecuencias que se derivaban de su aceptación. De entre estos autores son destacables las completas reflexiones de PAZ-ARES (50) y de PANTALEÓN PRIETO (51), así como de algún otro autor que ha tratado el tema de forma más colateral (52), y que han impreso una visión estructural desconocida.

Esta teoría parte en su argumentación de una idea que fue apuntada levemente por COSSÍO y que hemos hecho nuestra a la hora de entender la personalidad jurídica de la sociedad civil: siempre dentro del marco diseñado por el legislador, la personalidad jurídica de la sociedad depende de la voluntad de las partes (53). No es necesaria publicidad alguna para que una sociedad aparezca dotada de personalidad, ya que el dato realmente importante a estos efectos es el estructural. Goza de personalidad jurídica la sociedad estructurada contractualmente por las partes como organización, configurada para tener operaciones con terceros (*sociedad externa*), mientras que la *sociedad interna* es simplemente una relación

(50) Especialmente PAZ-ARES, C.: voz "Sociedad interna", cit., pp. 6331-6335, "Comentario al artículo 1.669 CC", cit., pp. 1352-1376 y capítulo 19: "La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad", en URÍA-MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil*, I, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 446-452.

(51) Trabajos citados ya anteriormente. Por ejemplo, "La personalidad jurídica de la sociedad civil...", cit., números 5 y 6, pp. 21-24.

(52) Por ejemplo, GARRIDO PALMA, V. M.: "Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil", RDP, 1972, pp. 770-773, DE LA CUESTA RUTE, J. M.: "La sociedad interna y la suspensión de pagos", *La Ley*, 1983-1, p. 833, o DE EIZAGUIRRE, J. M.: "La subjetivación de las sociedades de personas", *Revista de Derecho de Sociedades*, volumen 14, 2000-20, especialmente pp. 85-94, y *Derecho de Sociedades*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, trabajo éste donde defiende más sosegadamente esta teoría, acogiendo primordialmente las ideas de PAZ-ARES (*vid. especialmente* pp. 67-85 y 132-133). También siguen la opinión de PAZ-ARES, LECINENA IBARRA, A.: *La sociedad de medio entre profesionales*, Editorial Práctica de Derecho, SL, Valencia, 2001, pp. 69-86, y CAÑIZARES LASO, A.: "La comunidad de bienes en la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias", cit., pp. 83-85.

(53) Idea expuesta por primera vez por DE COSSÍO, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, I. *Parte general. Derecho de Obligaciones*, Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1975, pp. 431-432. Señala literalmente, tras recordar el tenor del artículo 1.669 CC: "En cierto modo, por tanto, depende de la voluntad de los socios el dotar a la entidad de una personalidad independiente y unitaria, y decimos en cierto modo porque tal actividad creadora se halla sometida a determinados límites, de una parte, porque si la finalidad perseguida es inmoral o ilícita, o el contrato celebrado adolece de nulidad, por cualquier causa, la sociedad carecerá de personalidad jurídica, aunque pudiera tenerla «aparente» frente a los terceros de buena fe que desconocieren la existencia del defecto y contrataren con ella, y de otra, que cuando se persigue una finalidad que no es de carácter lucrativo, no bastará el contrato para dar nacimiento a la persona jurídica, sino que será preciso, además, dar cumplimiento a los requisitos a tal efecto exigidos por la Ley de Asociaciones". Posteriormente reiteraría esta idea en la segunda edición de dicha obra, así como en su "Comentario al artículo 35 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, EDESA, 1978, pp. 835-837: "... la personalidad jurídica no nace más que en el caso en que así lo deseen los socios" (p. 837).

interpartes, estructurada como mero vínculo y que no goza de personalidad (54). El criterio de distinción no está en la publicidad o falta de publicidad de la sociedad en el tráfico, sino en la estructura con que las partes diseñen a dicha sociedad, con independencia de la forma (55).

En las otras teorías, de una forma o de otra se incidía en que la sociedad se mostrase como ente frente a terceros para adquirir su personalidad, mientras ahora se incide en que las partes quieran esa creación del ente (y después actuarán en consecuencia).

En principio, todas las sociedades civiles son externas y, por tanto, dotadas de personalidad jurídica, pues eso pretende el CC: para que sea interna, la voluntad negocial debe manifestarse de modo claro en ese sentido, generalmente mediante el establecimiento de alguna cláusula de ocultación (56) o de representación indirecta. La personalidad es atributo natural de toda sociedad externa, existe desde la perfección del contrato y no se deriva del cumplimiento de requisito alguno de publicidad.

Su lógica es impecable, sobre todo desde el punto de vista de la utilidad jurídica, pues se dota de personalidad a aquella sociedad que la necesita, porque operará en el tráfico jurídico como tal ente frente a terceros, y ello no ocurrirá cuando, por no existir dicha intención en las partes, la intención de operar como ente en el tráfico jurídico, la sociedad regula solamente relaciones internas entre ellas. En último término, a ello se llega por inspiración de la concepción de que la personalidad jurídica es un atributo que se orienta más a las propias partes que a proteger presuntos intereses de terceros.

En otro sentido, la seguridad que aporta esta visión es innegable: desde el primer momento se fija la presencia o ausencia de personalidad, pues el dato determinante es estructural, y no hay que dejar dicha presencia o ausencia al dato incierto de la conducta posterior de los interesados, con la inseguridad que ello provoca (a efectos de patrimonio social, de propiedad de las aportaciones, legitimación activa y pasiva, etc.).

(54) La posibilidad de pactar este tipo de sociedad parece fuera de duda conforme al artículo 1.255 CC.

(55) Esta cuestión será útil para distinguir la sociedad oculta de la manifiesta, pero es otro tema que no influye en la concesión o no de personalidad: simplemente afectará a la cuestión de la posible oponibilidad, bastante diferente (debe, por tanto, deslindarse la personalidad jurídica de la excesiva relevancia cara a terceros de la misma). Si en una sociedad interna el socio gestor hace trascender la sociedad, no por ello adquirirá personalidad jurídica, conforme a este criterio, pero sí que hay incumplimiento por parte del gestor y una apariencia que debe respetarse.

(56) Propuesta por PAZ-ARES principalmente, alude a aquella cláusula contractual por la que se acuerda que los pactos sociales carecen de trascendencia frente a terceros o, mejor dicho, que los pactos sociales no modifican la posición de los socios frente a terceros.

Por ello, la sociedad que describe el artículo 1.669 CC es lo que denomina PAZ-ARES sociedad interna, con todo lo que implica, y que el TS indicará en algunas de sus sentencias (57). Estamos ante un contrato meramente interno entre las partes, una sociedad concebida para no tener relaciones con terceros como tal sociedad, y en la que las partes mantienen sus pactos ocultos y contratan en su propio nombre con terceros, precisamente porque no existe la intención de actuar como sociedad (58).

2.5. Utilización jurisprudencial del artículo 1.669 CC: configuración de la sociedad sin personalidad jurídica por el TS.

Nuestro TS ha tenido ocasión de acudir al artículo 1.669 en bastantes ocasiones, y no siempre lo ha interpretado de modo uniforme ni correcto. A la hora de aludir a las sociedades encuadradas dentro de su órbita de acción, ha recurrido a distintas denominaciones e, incluso, diferentes configuraciones, aunque tampoco haya profundizado especialmente en las mismas (59). De entrada, es desacertado que se considere que su inspiración reside en “la necesidad de que sean conocidos *todos* los pactos de las sociedades civiles”, como defendió la STS 13-3-1930. Dicha inspiración es desmesurada teniendo en cuenta la situación registral observable. Además, también resulta criticable esa pretendida intención protectora de los terceros que alguna sentencia apreció en su día y que ha seguido mecánicamente en sentencias posteriores.

El grupo más abundante de sentencias califica a estas sociedades como **sociedades irregulares**. Es una denominación bastante extendida: el grupo de sentencias en que se utiliza es bastante importante, el más numeroso, aunque no siempre se entienda por sociedad irregular el mismo tipo de sociedad (60). Por otra parte, los ponentes que redactan estas sentencias son distintos, por lo que esta configuración no es minoritaria, patrimonio

(57) Como la STS 22-3-1993, pese a que alude nominalmente a sociedad irregular, pues alude a una “sociedad que simplemente funcionará entre ellos (los socios), como vínculo obligatorio y, por tanto, con efectos exclusivamente internos”.

(58) PAZ-ARES alude como ejemplos de sociedades internas a los consorcios, las sociedades de ganancias, las sociedades de medios, las subparticipaciones, frecuentemente las sociedades de cónyuges, la cuenta en participación mercantil, etc. (PAZ-ARES, C.: “Comentario al artículo 1.669 CC”, *Comentario del CC*, cit., p. 1366).

(59) Este tema ha sido cuidadosamente estudiado por TENA PIAZUELO, I.: “El concepto de sociedad civil irregular...”, cit., pp. 85-114.

(60) Recordemos cómo el TS utilizaba el término para calificar, a veces, a sociedades carentes de publicidad, otras veces a las que no seguían las reglas formales de los artículos 1.667 y 1.668 CC cuando dicha forma era exigida, mientras que en otras ocasiones la sociedad irregular era la sociedad mercantil no constituida conforme a las exigencias formales descritas en el artículo 119 CCom (*vid.* MARÍN LÓPEZ, J. J.: “Comentario al artículo 1.669 CC”, cit., pp. 1889-1890).

de un reducido grupo de juristas, sino que está bastante extendida (61).

Se puede citar un buen número de sentencias en este sentido: a modo de ejemplo, citaremos las más actuales SSTs 3-1-1992 (62), 8-7-1993 (63), 24-7-1993 (64), 6-10-1994 (65), 12-7-1996 (66), 17-7-1996 (67), 18-4-1997 (68), 8-5-1997 (69), 14-11-1997 (70), 24-9-1998 (71), 11-3-2000 (72), 6-7-2000 (73), 24-10-2000 (74), 6-6-2002 (75), 7-7-2002 (76), 12-12-2003 (77) y 4-11-2004 (78) [también es posible encontrar alguna de Tribunal Superior de Justicia en este sentido (79)]. La sociedad encuadrable dentro del artículo 1.669 CC es aquella falta de la oportuna publicidad necesaria en cada caso. Esa falta de publicidad determina que no tenga personalidad jurídica, y debe vincularse al incumplimiento de los requisitos formales que fijan los artículos 1.667 y 1.668 CC. No se puede entender adecuadamente el artículo 1.669 desvinculándolo de los preceptos que le preceden. Algu-

(61) No deja de ser curioso que el TS utilice esta denominación cuando doctrinalmente se reserva la misma para el ámbito mercantil, de modo erróneo, ciertamente, pero generalizado y prácticamente unánime.

(62) M. A. 145. Indica que la sociedad es irregular porque sucede aquello que se describe en el artículo 1.669: los pactos son secretos entre los socios y éstos operan en su propio nombre con terceros.

(63) M. A. 6326. La sociedad, creada para comercializar productos de una determinada marca, se formalizó verbalmente.

(64) M. A. 6479. Nace sin cubrirse forma alguna.

(65) M. A. 7546. Existe un *contrato normativo de tipo societario* por el que se crea un Gabinete de Rehabilitación de Viviendas.

(66) M. A. 5885. Recuerda que el artículo 1.669 CC está sometido a múltiples interpretaciones. Obliga a aplicar las normas de la comunidad de bienes que, sin restricción alguna, señala.

(67) M. A. 5724. Incide en la necesidad del *animus societatis* para la existencia de la sociedad, sin necesidad de formalidad de ningún tipo. Puede constituirse verbalmente, incluso.

(68) M. A. 3244. La sociedad “irregular” se dedica al suministro de abonos y fertilizantes.

(69) M. A. 3875. No explica a qué se dedica la sociedad, pero ésta es calificada como irregular.

(70) M. A. 8124. El objeto social de la sociedad “irregular” es un taller de ebanistería.

(71) M. A. 7067. Alude a la explotación de una farmacia.

(72) M. A. 1490. La sociedad “no inscrita o irregular” se dedica a la construcción de viviendas y locales.

(73) M. A. 6012. Los *negocios de construcción inmobiliaria ocupan a esta “sociedad irregular”*.

(74) M. A. 8812. La sociedad “irregular” se constituyó para la explotación de una finca.

(75) M. A. 5025. Alude a un despacho profesional de abogados constituido como una “sociedad civil irregular”.

(76) M. A. 4980. La sociedad civil “irregular” gira en torno a un negocio de transporte público de mercancías.

(77) M. A. 413 (colección 2004). Se constituye una sociedad “irregular” para adquirir una finca.

(78) M. A. 7224.

(79) Por ejemplo, la STSJ Navarra 12-2-1998 (M. A. 1713) calificaba como “sociedad irregular” a una dedicada a la explotación de fincas rústicas y con perspectivas futuras de dedicarse a la venta de dichos terrenos, después de posibles recalificaciones urbanísticas.

na sentencia va algo más allá y llega hasta los extremos de considerar que el no constar los pactos en escritura pública implica la necesidad de acudir al artículo 1.669 (como la STS 19-1-1976), algo que es gravemente erróneo, pues la escritura pública no aporta publicidad a los mismos. En conclusión, es la denominación más repetida: configura la sociedad del artículo 1.669 como irregular y vincula el “vicio” a defectos formales o a falta de publicidad de hecho.

Otras sentencias, aunque bastantes menos, mantienen la denominación de sociedad irregular para designar a estas sociedades, pero abren la puerta a la **configuración de las sociedades como internas**. No desarrollan esta configuración, pero está presente de alguna forma, incluso en la denominación en algún caso, y resulta un paso adelante respecto de la mera irregularidad civil antes citada. En este sentido, cabe destacar las SSTs 24-9-1987 (80), 22-3-1993 (81), 29-7-1995 (82), 13-11-1995 (83) y 17-7-1996 (84).

Por otra parte, algunas sentencias asemejan la sociedad irregular a la **sociedad de hecho**, configuración de origen alemán que nos llega con inevitable influencia francesa (85) y, realmente, errónea si la aplicamos al artículo 1.669, ya que los significados que se le atribuyen (86) no concuerdan

(80) M. A. 6193. Únicamente se utiliza la denominación de sociedad interna como referencia doctrinal, sin adentrarse en disquisiciones más profundas, para aludir a una “asociación de cuenta en participación”.

(81) M. A. 2542. Pese a que alude a la sociedad irregular, está realmente apuntando a la sociedad interna: es una “sociedad que simplemente funcionará entre ellos (los socios), como vínculo obligacional y, por tanto, con efectos exclusivamente internos”. Se aportaban, incluso, justificantes de alta y baja en la licencia fiscal correspondiente a la actividad de cestería (mimbre y caña).

(82) M. A. 6760. Alude a “la existencia de una sociedad irregular civil, que algunos denominan «interna» de las previstas en el artículo 1.669 CC”. La sociedad explotaba una finca agrícola.

(83) M. A. 8122. Menciona la existencia de una “relación societaria civil, sin personalidad jurídica propia, válidamente concertada”, y basa su posible pacto en el artículo 1.255 CC. La actividad desarrollada era la explotación conjunta y compartida de un laboratorio de análisis clínico.

(84) M. A. 5724. Se establece la existencia de una “relación societaria civil irregular” que integra una “sociedad interna” regida “por los pactos que hayan acordado los socios”, para explotar un negocio de comercialización de neumáticos. Por otra parte, señala que en cuestiones formales “el artículo 1.667 ha de entenderse subordinado al 1.278, también del Código Civil”.

(85) SANTOS MORÓN alude a la distinción entre la *société de fait* y la *société créée de fait*. Esta última se corresponde con lo que en el antiguo Derecho francés venía a ser la sociedad tácita, en la que la voluntad se manifestaba por hechos concluyentes. “Sociedad de hecho” era aquella en que el negocio constitutivo adolecía de algún vicio que determinaba su nulidad, pero la sociedad producía efectos jurídicos (SANTOS MORÓN, M. J.: *La forma de los contratos en el Código Civil*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1996, cit., pp. 316-317).

(86) La sociedad de hecho viene a ser aquella sociedad en la que no se formula expresamente el pacto constitutivo, sino que se hace de modo tácito o presunto, así como las sociedades afectadas por un vicio.

con su sentido (87). Entre estas sentencias podemos citar las SSTs 7-10-1961 (88), 24-1-1962 (89), 24-7-1993 (90) ó 12-12-2003 (91), por señalar las sentencias más representativas. Otras, también erróneamente, aluden a la **sociedad particular**, pero no para distinguirlas de las sociedades universales conforme establece el CC [*vid.* SSTs 16-2-1961 (92), 14-6-1962 (93), 2-5-1964 (94), 16-6-1975 (95), 28-6-1975 (96), 3-4-1982 (97), 22-12-1986 (98) y 30-10-1992 (99), 8-5-1995 (100) y 3-7-1995 (101)].

Nuevo caso de interés es el de la **sociedad aparente**, existente cuando en la formación de la sociedad se incurre en alguna causa de invalidez. No aparece como concepto autónomo, sino como fenómeno relacionado con las consecuencias que para terceros tienen los contratos celebrados, y ello se puede comprobar en las SSTs 10-4-1970 (102) y 13-6-1983 (103), a pesar de que aluden a sociedades mercantiles.

(87) Pues no aluden a vicios de la voluntad en ningún momento, o bien a supuestos en los que no se formula de forma expresa el pacto constitutivo, sino de modo tácito o presunto.

(88) M. A. 3593. Alude a las *sociedades irregulares o de hecho* que se desenvuelven en el ámbito de las relaciones internas entre los socios. Esta denominación se puede encontrar en otras sentencias, como por ejemplo las SSTs 11-5-1971 (M. A. 2780), 19-4-1972 (M. A. 2550), 10-11-1978 (M. A. 4061), 30-4-1986 (M. A. 2068), 22-12-1986 (M. A. 7792), 12-5-1987 (M. A. 3435), 17-2-1993 (M. A. 1240), 25-5-1993 (M. A. 3735), 27-5-1993 (M. A. 4080) y 9-2-1994 (M. A. 838).

(89) M. A. 549. Contrapone sociedades de hecho, con efectos únicamente inter partes, a sociedades con personalidad jurídica. Además de dicha incorrección, sigue las ideas de DE CASTRO, tan erróneas desde nuestro punto de vista.

(90) M. A. 6479. La sociedad de hecho es la formalmente defectuosa y alude expresamente a la sociedad irregular o de hecho para aludir a la sociedad encuadrada en el artículo 1.669 CC.

(91) M. A. 413 (repertorio 2004). Define a esta sociedad como “irregular o de hecho” y realiza una lectura superficial del artículo 1.669 CC.

(92) M. A. 340.

(93) M. A. 552.

(94) M. A. 2186. La sociedad civil recogida en el artículo 1.669 CC es una “sociedad civil particular”.

(95) M. A. 242. Importante equivocación la que comete, pues alude, para referirse a la sociedad del artículo 1.669, simultáneamente, a sociedad de hecho, irregular y particular.

(96) M. A. 2616. Bastante confusa, habla de “sociedad civil de naturaleza particular y carácter irregular” para referirse a un negocio de ferretería y armería del que se hacen cargo los cuatro hijos del propietario.

(97) M. A. 1938. Alude a las *relaciones de sociedad de cinco bloques de viviendas*.

(98) M. A. 7792. La sociedad referida, que explota un vivero, en la sentencia es calificada como sociedad particular e irregular, además de mencionarla como sociedad de hecho, algo que entronca con el anterior grupo de casos.

(99) M. A. 8356. La sociedad constituida en documento privado para explotar una sala de fiestas es una sociedad particular.

(100) M. A. 3937. La actividad societaria se dirige a la explotación de un negocio de toldos y barracas en una parcela en la playa.

(101) M. A. 5459.

(102) M. A. 1945.

(103) M. A. 3524.

Pese a que es un término más utilizado en el ámbito del asociacionismo en sentido amplio, alguna sentencia alude a la sociedad del artículo 1.669 como **sociedad secreta**, denominación normalmente sinónima de sociedad oculta. En este sentido, la STS 26-1-1967 (104) califica como *sociedad secreta y privada* a la sociedad del artículo 1.669. En otros casos, por último, se alude a la **sociedad oculta**, vínculo reservado entre los socios y sin trascendencia para terceros, como sinónimo de sociedad irregular, como en las SSTS 26-1-1967, 29-6-1979 (105), 24-9-1987 (106), 29-10-1987 (107) y 25-6-1991 (108).

En conclusión, el TS se hace eco de las doctrinas indicadas, aunque de modo poco riguroso y se decanta por la configuración como irregular, aunque del heterodoxo modo descrito, no siguiendo la teoría tal y como se defendió doctrinalmente.

3. La reforma del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre

Una de las mejores pruebas de que el tema de la configuración de la sociedad sin personalidad no está claro en nuestro Derecho es la reforma introducida por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre (109).

El **hecho inspirador** de la necesidad de esta reforma, realmente, parte de las Resoluciones DGRN 31-3-1997 (110) y 11-12-1997 (111) y el estado de opinión que produjeron (112). En ellas se planteaba idéntico caso: si una concreta sociedad civil tenía personalidad jurídica independiente, y, por tanto, podía adquirir un inmueble y figurar como titular registral, teniendo en cuenta, en primer lugar, que se había constituido en documento privado y, en segundo lugar, que en la adquisición es uno de los dos socios el que contrata en nombre de la sociedad con el tercero invo-

(104) M. A. 250. El negocio en cuestión se refiere a la explotación de un barco pesquero.

(105) M. A. 2912. Alude a una "sociedad de pactos ocultos o irregular" que explota varias fincas con actividades de diversión.

(106) M. A. 6193. Se refiere a una "asociación de cuenta en participación".

(107) M. A. 7486. Se explota una granja de la que son propietarias dos personas.

(108) M. A. 4624. Un camión es el objeto de explotación social en este caso.

(109) BOE número 233, 29 de septiembre de 1998. M. A. 2381.

(110) M. A. 2049.

(111) M. A. 8822.

(112) Aunque ya antes alguna Resolución había apuntado esta opinión para las sociedades mercantiles: la RDGRN 28-6-1985 (M. A. 3501) ya indicaba que "la sociedad mercantil constituida sólo alcanza carácter regular y plenitud de personalidad jurídica frente a terceros cuando se cumple con los requisitos de escritura e inscripción", por lo que no se puede inscribir en el Registro bien a nombre de la sociedad.

cando la certificación de la autorización de la Junta general de la sociedad civil expedida por el secretario.

La RDGRN 31-3-1997 basa su argumentación en la posición esbozada por DE CASTRO: la sociedad que no ha accedido al Registro Mercantil es aquella cuyos pactos permanecen secretos entre los socios. La consecuencia es que la sociedad civil del caso no goza de personalidad, y el bien inmueble debe inscribirse a favor de todos los socios, y no de la sociedad como tal ente, que no existe. La RDGRN 11-12-1997 remite a la anterior y a su argumentación para resolver idéntico caso en la misma dirección.

Estas Resoluciones fueron muy criticadas doctrinalmente, debido a que defendían una tesis que no tenía base legal, además de que los argumentos expuestos en su defensa eran bastante discutibles (113). Pero se consideró por algunos sectores que la solución era interesante, y que debía concederse la base para que pudiese articularse legalmente.

Se produjo, entonces, la reforma, con el **Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre** (114). Su intención es que las sociedades civiles gocen de las ventajas de la inscripción registral para inscribir sus adquisiciones en el Registro de la Propiedad (115).

La influencia de dichas Resoluciones es evidente (116), y conlleva una opinión positiva sobre dicha teoría, aunque también un reconocimiento implícito de la imposibilidad de concordar con la legislación existente en el momento en que se dictan. Pero del CC se deduce que no es necesaria formalidad alguna para que la sociedad civil sea persona, así que este razonamiento es equivocado, sin perjuicio de las posibles bondades que

(113) A ello dedicamos nuestro trabajo "Sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil", cit., pp. 1-5.

(114) Sobre esta reforma, de modo general, *vid.* GARCÍA VILLAVERDE, R.: "La inscripción de las sociedades civiles en el Registro mercantil español", *Revista de Derecho de Sociedades*, número 14, 2000, pp. 47-84, y GARCÍA MÁS, F. J.: "La Sociedad Civil en el marco de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil...", cit., pp. 1067-1111.

(115) Esta intención se recoge de modo directo en el preámbulo del Real Decreto. En su párrafo veintidós señala expresamente: "Asimismo, se ampara (...) *la posibilidad* de que las sociedades civiles sean objeto de inscripción en tal Registro, aunque no tengan forma mercantil, con la finalidad de *que tales sociedades también puedan gozar de las ventajas* del reconocimiento a través de un instrumento de publicidad *erga omnes*. De esta manera no sólo las sociedades civiles con forma mercantil sino también aquéllas que tengan una forma puramente civil podrán gozar de las ventajas de inscripción en el Registro Mercantil, *para poder después inscribir los bienes a su nombre en el Registro de la Propiedad*" (las cursivas son nuestras).

(116) Tal y como ha explicado en su interesante trabajo GARCÍA VILLAVERDE, R.: "La inscripción de las sociedades civiles en el Registro Mercantil español", cit., pp. 53-75. El título del epígrafe en que se ocupa de ello es lo suficientemente significativo: *Los antecedentes del problema en la RDGRN de 31 de marzo de 1997*. También en este sentido DÍAZ FRAILE, J. M.: "Comentario a la STS 24 de febrero de 2000 por la que se anulan diversos artículos del Reglamento Hipotecario", *Boletín del Colegio de Registradores*, número 70 bis, pp. 1066-1072.

pueda tener la publicidad en el Registro Mercantil, que será otro tema y no pacífico (117).

La reforma citada, producida en la disposición adicional única del Real Decreto, incluye un apartado tercero en el artículo 81 RRM, y añade el artículo 269 bis al mismo texto legal. El **artículo 81.3 RRM** señalaba que en el Registro Mercantil “*podrán* también inscribirse las sociedades civiles, cualquiera que sea su objeto, aunque no tengan forma mercantil”. De entrada, sistemáticamente es defectuosa la inserción del párrafo en este artículo, por causa de su contenido (118), y por otra parte, no se modifica la regulación del CC en ningún momento, aunque se permita esa inscripción (119), y esto puede conllevar cierto discutible beneficio para la sociedad civil, pero no afectar a la cuestión de su personalidad (como ocurrió en Francia). Al no ser obligatoria la inscripción, no se puede derivar de la misma el nacimiento de la persona jurídica, pues conlleva estimar privada de ella al resto de sociedades civiles, algo que sólo podría realizarse mediante la oportuna reforma del CC, y no por esta norma reglamentaria (120).

Pese a ello, ciertos registradores de la propiedad realizaron desacertados comentarios vinculando la concesión de la personalidad a la inscripción de la sociedad civil en el Registro Mercantil (121). Estos comentarios han

(117) Tampoco estimamos que resulte necesaria ni especialmente beneficiosa dicha publicidad en el caso de las sociedades civiles: su personalidad jurídica es básica, emanada de la autonomía de la voluntad.

(118) El artículo 81 RRM es el primer artículo del capítulo primero, sobre disposiciones generales, del título II del RRM, titulado “De la inscripción de los empresarios y sus actos”. El rótulo de dicho artículo es inequívoco y deja lugar a pocas dudas: “*sujetos y actos de inscripción obligatoria*”. Pese a ello, se incluye aquí ese apartado tercero, apartado que *permite, pero no obliga* a las sociedades civiles que quieran beneficiarse de dicha ventaja, a inscribirse en el Registro Mercantil. Además, tampoco es acertada la alusión a las sociedades civiles, *cualquiera que sea su objeto* (para profundizar en esta crítica, *vid.* DE EIZAGUIRRE, J. M.: “La subjetivación de las sociedades de personas”, *cit.*, pp. 101-104). Incluir un caso de inscripción potestativa dentro de un precepto dedicado a la inscripción obligatoria no es sistemáticamente acertado.

(119) Algo relativamente parecido ocurrió en Italia en 1993, con la diferencia de que allí la *società semplice* sí debe ya inscribirse, y la falta de modificación del texto codificado provoca que se entienda que no se modificó la cuestión de la libertad de forma para la constitución de la sociedad. La ley supo preverlo así.

(120) Especialmente gráfico el comentario de DÍAZ MORENO cuando indica que con esta reforma “no se vinculó la personalidad jurídica a la inscripción registral –¡hubiera constituido un exceso reglamentario aún más evidente que el efectivamente cometido!–. Pero se pretendió –también reglamentariamente y, por tanto, con un obvio déficit de rango normativo– abrir la puerta del RM a las sociedades civiles” (DÍAZ MORENO, A.: “Las Sociedades civiles vuelven a no ser inscribibles en el Registro Mercantil. Sobre la reciente anulación del tercer apartado del artículo 81 y del artículo 269 bis del RRM”, *La Toga*, vol. 119, julio-agosto 2000, p. 12).

(121) En este sentido, ÁVILA NAVARRO señalaba que “tras la reforma del RRM y la apertura de este Registro a las sociedades civiles, debe entenderse que la inscripción dota de perso-

sido adecuadamente rebatidos por PANTALEÓN PRIETO (122): la sociedad que se inscriba en el Registro Mercantil al amparo del artículo 81.3 RRM, que será externa (123), gozará de personalidad jurídica como cualquier otra sociedad civil externa, desde el momento de su constitución, previa a la elevación de la misma a escritura pública, necesaria ahora para la inscripción oportuna. Pero como la reforma no implica obligatoriedad de inscripción, no cabe deducir consecuencias sustantivas a la hora de reconocer dicha personalidad. Sí tendría relevancia y operatividad dicha inscripción a la hora de no poder considerar ocultos los pactos de esa concreta sociedad, ya que gozan de esa publicidad que le concede el Registro. Pero no se puede vincular el nacimiento de la personalidad a la inscripción en el Registro Mercantil cuando no es obligatoria en todo caso (124).

Por su parte, el otro artículo incluido en el RRM es el **artículo 269 bis**. Este precepto se incluye dentro del título II ("De la inscripción de

nalidad jurídica a las sociedades civiles que acceden a ella" (ÁVILA NAVARRO, P.: "Titularidad registral y entidades sin personalidad jurídica. Artículo 1 del RH", dentro de VVAA: *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil por RD 1867/1998, de 4 de septiembre*, CER, Madrid, 1998, p. 57), y MÍNGUEZ SANZ aludía a que esta inscripción era "voluntaria aunque necesaria para la publicidad, exigible para ganar personalidad jurídica" (MÍNGUEZ SANZ, S.: "Intercambio entre Registros mercantiles. Inscripción de sociedades civiles. Artículos 12, 81 y 269 bis del RRM", en *La reforma de los Reglamentos Hipotecarios...*, cit., p. 373). Algo que también se deduce del trabajo de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Personalidad jurídica y registros públicos", cit., p. 14. En él indica que tras la reforma tenemos "dos tipos de sociedades civiles a efectos del reconocimiento de su personalidad jurídica: las sociedades civiles sin forma mercantil, que se inscriban voluntariamente en el Registro Mercantil (para lo que deberán constituirse mediante escritura pública), y las sociedades civiles con forma mercantil, que deberán inscribirse en el Registro Mercantil. *Las demás sociedades civiles, secretas o no, carecerán de personalidad jurídica*" (la cursiva es nuestra). Sin embargo, después entiende que la solución es "práctica y puede acogerse satisfactoriamente", pero considera que la fórmula es "demasiado expeditiva y, por consiguiente, no debería valer más que transitoriamente".

(122) Señala literalmente, tras repasar ambas ideas: "prefiero pensar que el abracadabrante error que contienen ambas citas es fruto de una ignorancia inexcusable, dado que la otra posible alternativa es considerarlas prueba ejemplar de cómo la defensa de los intereses corporativos puede llegar a asfixiar la más elemental honestidad científica" (PANTALEÓN PRIETO, F.: "La personalidad jurídica de las sociedades civiles...", AAMN, cit., p. 40). En el mismo sentido, GARCÍA MÁS, F. J.: "La Sociedad Civil en el marco de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil...", cit., pp. 1075-1077.

(123) Toda sociedad civil que acceda al Registro Mercantil al amparo de este precepto sería una sociedad civil pactada por las partes como externa, ya que no se pacta una sociedad como interna, para no operar en el mercado, y se inscribe como sociedad en el Registro Mercantil. Es contrario a su configuración.

(124) La consecuencia de esta idea sería insertarnos en la teoría de DE CASTRO total y absolutamente: sólo gozaría de personalidad jurídica aquella sociedad civil que haya sido inscrita en el Registro Mercantil. No es lo que pretendió el legislador en el CC, ni lo pretende ahora este Real Decreto.

los empresarios y sus actos”), capítulo IX (“De la inscripción de sociedades especiales”), creándose una sección quinta dentro del mismo, titulada “De la inscripción de las sociedades civiles”. Este precepto, bajo el rótulo “Inscripción de las sociedades civiles”, se divide en dos apartados. El primero indica que “las sociedades civiles con forma mercantil serán objeto de inscripción con arreglo a las reglas aplicables a la forma que hubieran adoptado”. El apartado segundo señala que “las sociedades civiles que no tengan forma mercantil podrán inscribirse con arreglo a las normas generales de este Reglamento en cuanto le sean aplicables”, y alude a un contenido para la inscripción primera (125).

La reforma fue bien acogida entre los registradores de la propiedad, así como hubo alguna que otra voz que la consideró interesante [los registradores ya citados, así como VICENT CHULIÁ y AURIOLES MARTÍN (126), GARCÍA MÁS (127), incluso Díez-Picazo y GULLÓN BALLESTEROS le han dedicado palabras amables (128)], pero las críticas eran importan-

(125) En ella se harán constar las siguientes circunstancias: “1.º La identidad de los socios. / 2.º La denominación de la sociedad en la que deberá constar la expresión «Sociedad Civil». / 3.º El objeto de la sociedad. / 4.º El régimen de administración. / 5.º Plazo de duración si se hubiera pactado. / 6.º Los demás pactos lícitos que se hubieren 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 afecten al régimen de administración de la sociedad”.

(126) Describe las reacciones doctrinales DE TORRES PEREA, J. M.: “La personalidad jurídica de la sociedad civil externa. Estudio comparativo de los ordenamientos español y alemán”, *La Ley*, número 5539, 8 mayo 2002, nota 15, p. 6. Algo más extenso en “Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa”, cit., pp. 133-138.

(127) Recordemos cómo defendía *de lege ferenda* la necesidad de exigir la inscripción registral de las sociedades civiles en el Registro Mercantil, por razones de seguridad jurídica, aunque con carácter potestativo. Celebró esta reforma que indicamos con las siguientes palabras (la cursiva es nuestra): “... La Disposición Adicional Única permite, *por fin*, la inscripción de estas sociedades civiles en el Registro Mercantil...” (GARCÍA MÁS, F. J.: “Breves notas al Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario, con especial consideración a las inmatriculaciones y a los excesos de cabida”, RCDI, núm. 655, nov.-dic. 1999, p. 2250). Más reposadamente, en otro sitio comenta que “... me congratulo de que por fin el legislador haya permitido la inscripción de las Sociedades Civiles en el concepto de Sociedad Civil que estamos dando en el Registro Mercantil. Como reivindicación que hemos planteado ya desde el año 1990, ello supone un motivo de alegría, y debemos ser congruentes con lo que hemos expuesto”, y posteriormente valora la STS 24-2-2000, para seguir defendiendo el carácter potestativo de la inscripción (GARCÍA MÁS, F. J.: “La Sociedad Civil en el marco de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil...”, cit., p. 1074).

(128) Literalmente señalaban que “la idea no era mala, pues se hubiera dotado a la sociedad de un instrumento objetivo de publicidad” (DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, cit., p. 463).

tes [PAZ-ARES (129), PANTALEÓN PRIETO, EIZAGUIRRE o GARCÍA VILLAVERDE, por citar los de mayor profundidad (130)].

La **crítica a la reforma** es natural, no ya sólo por la cuestión de fondo, sobre la que no incidiremos todavía (131), sino por el hecho de que ciertos preceptos legales son contradichos por una norma de rango reglamentario (132). Lógicamente, la declaración de nulidad por parte del TS era esperada e inevitable, y se produjo con la **STS 24-2-2000** (133).

La reforma de 1998, por tanto, quedó en el recuerdo como una reacción a las consecuencias de la Resolución DGRN 31-3-1997, un intento de ofrecer cobertura legislativa a la opinión allí defendida por la DGRN. De modo defectuoso, pues no se modificaba la cuestión de la adquisición de la personalidad por la sociedad civil, sino que únicamente se ponía a disposición de los socios el mecanismo registral, y de modo atentatorio contra el principio de jerarquía normativa (134).

(129) Indicaba que el despropósito de la norma era doble: “abre el Registro Mercantil a quien debe permanecer fuera de él y, además, propicia un nuevo malentendido, a saber: que a partir de ahora las sociedades dedicadas a una explotación mercantil pueden revestir la forma de sociedad civil” (PAZ-ARES, C.: Capítulo 21: “La sociedad mercantil: mercantilidad e irregularidad de las sociedades”, en URÍA-MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil*, I, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 498-500).

(130) En concreto, PANTALEÓN PRIETO, F.: “La personalidad jurídica de las sociedades civiles”, AAMN, cit., pp. 40-43, DE EIZAGUIRRE, J. M.: “La subjetivación de las sociedades de personas”, cit., pp. 101-104, y GARCÍA VILLAVERDE, R.: “La inscripción de las sociedades civiles en el Registro Mercantil español”, cit., pp. 47-84.

(131) Quedémonos con la frase de PAZ-ARES cuando indicaba que “No tiene sentido, en efecto, someter a publicidad registral (en el Registro Mercantil) a sujetos que desempeñan actividades civiles...” (PAZ-ARES, C.: “Comentario al artículo 1.670 CC”, dentro de *Comentario del CC*, t. II, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1382).

(132) El artículo 16 CCom establece que el acceso al Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de, según su apartado quinto, *cualquier persona, natural o jurídica, cuando así lo disponga la Ley*. La intención de este precepto es permitir la inscripción de supuestos donde pudiera no darse el requisito de la habitualidad en el ejercicio del comercio, pero sí realizaran actos o poseyeran bienes sujetos a inscripción según las leyes o reglamentos. Por tanto, la intención es generosa a estos efectos (en este sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, quien ha descrito el proceso de redacción del precepto; *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El nuevo Registro Mercantil: sujeto y función mercantil registral. Crítica general sobre su ámbito institucional”, CER, Madrid, 1990, pp. 43-46). Por lo tanto, para que la sociedad civil pueda inscribirse en el Registro Mercantil, debido a que no aparece en ninguno de los otros epígrafes del apartado 16, debe ser una ley la que lo establezca, y no una norma de rango reglamentario. Por otra parte, del artículo 19.2 CCom se deduce, además, que la inscripción será obligatoria como norma general en los supuestos del artículo 16.1 CCom. Y si se considerase que la sociedad civil debe inscribirse obligatoriamente en el Registro Mercantil, se estaría contradiciendo en la regulación del CC.

(133) M. A. 2888 (BOE número 98, de 24 de abril de 2000). En palabras de ARRIBA FERNÁNDEZ, la STS “ha supuesto el reconocimiento para la comunidad científica” (DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L.: “La sociedad civil no puede inscribirse...”, cit., p. 1887).

(134) Posteriormente, la propia DGRN modificará su posición en la RDGRN 14-2-2001, y lleva a que doctrina y jurisprudencia entierren definitivamente el interés por las ideas de

El modo de plasmar la reforma fue tan defectuoso que acabó declarándose nula. Pensemos que, por ejemplo, en Francia y en Italia se produjeron reformas encaminadas a ofrecer esa publicidad registral a las sociedades civiles y simples, respectivamente y, pese a las dudas dogmáticas que pudiesen existir, dicha reforma se realizó de modo legalmente aceptable (135).

DE CASTRO. En este sentido, es curioso el Auto de la AP Sevilla 26-1-2001. Basa su rechazo a la necesidad de que conste la inscripción de la sociedad civil en el Registro Mercantil para que goce de personalidad jurídica en la STS 24-2-2000 y defiende la tesis de la necesidad de publicidad de hecho.

(135) En **Francia**, la Ley de 4 de enero de 1978 ha modificado el título IX del libro III del *Code*, dedicado a las sociedades civiles. El texto parte de la base de que toda *société* goza de personalidad jurídica. Hasta 1966 se pensaba que esa personalidad, en sociedades civiles y mercantiles, se derivaba de la mera constitución de la misma pese a no regularse expresamente, pero la Ley de 24 de julio de 1966 introduce en su artículo 5 una importante reforma en las sociedades comerciales: las sociedades mercantiles adquieren su personalidad tras su inscripción en el Registro oportuno. La personalidad de las sociedades comerciales no se derivará ya de la mera conclusión definitiva del contrato de sociedad, sino del cumplimiento de una formalidad administrativa bajo control judicial, como es la inscripción en el Registro de Comercio. Algo comienza a enturbiar esa claridad existente en las sociedades civiles hasta ese momento, pese a que esta modificación expuesta es ajena a la sociedad civil por cuestiones obvias de ámbito objetivo de la ley. Y el cambio en el terreno que nos interesa se produjo después de que existiera un amplio movimiento a favor del mismo: la Ley de 4 de enero de 1978 extiende dicha configuración a las sociedades civiles, indicando el retocado artículo 1.842 que *les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation*. La falta de inscripción, por tanto, conllevaba que la sociedad no adquiriese la personalidad jurídica, salvo en sociedades constituidas antes de la entrada en vigor de la ley de reforma. Por consiguiente, pese a que el *Code* originariamente no indicaba nada al respecto, ahora se reconoce expresamente personalidad jurídica a la *société civile*, y la misma se deriva de la inscripción registral de la sociedad. Así se configura expresamente en la Ley, sin perjuicio de que se haya *dulcificado* la interpretación del precepto para no perjudicar intereses de terceros de buena fe y reconocer cierta personalidad previa. En este sentido, la Decisión del Consejo de Estado francés de 13 de mayo de 1992 acepta la tesis del nacimiento anticipado y progresivo de la persona jurídica. Sobre ella, *vid.* TORRES PEREA, J. M.: “Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa”, *cit.*, pp. 138-141. Además, queda a salvo la *acción de regularización* del artículo 1.839 para subsanar, por medio de demanda judicial, defectos formales en los estatutos.

En **Italia**, por su parte, el *Codice* no ha previsto ningún régimen de publicidad para las sociedades simples: el artículo 2.251 del *Codice* no sujeta a forma alguna a la *società semplice* para que quede válidamente constituida, por lo que estamos ante un contrato no formal. Sin embargo, la Ley 580/1993 sujeta a las *società semplici* a inscripción en el registro de empresas, en una de las secciones especiales, a los solos fines de *certificazione anagrafica* y de *pubblicità notizia* (hace reconocible, que no oponible, lo inscrito: su eficacia es informativa), conforme establece el artículo 8, apartados 4 y 5 de dicha Ley. Por primera vez se prevé un régimen de publicidad para las *società semplici*. Sin embargo, ni siquiera esta reforma conlleva mayor formalismo para el contrato de *società semplice*, ya que si el contrato se perfeccionó verbalmente, basta con que la demanda de inscripción sea suscrita por todos los socios.

Pese a la intención, estamos ante una reforma con algunos puntos débiles (*vid.* MARASA, G., e IBBA, C.: “Il registro delle Imprese”, en *Il Diritto Attuale*, 27, UTET, Torino, 1997, pp. 5-8): de entrada, se realiza sin modificar para nada el texto codificado, algo que puede resultar sis-

En conclusión, pese a que el beneficio de esas medidas sea algo bastante opinable, distintos legisladores han tenido inquietudes a la hora de vincular a la sociedad civil o sociedad de alguna forma más próxima con su inscripción en algún tipo de registro, y lo han realizado de modo jurídicamente aceptable dentro de su propio marco normativo. En nuestro país no ocurrió así, y a la crítica sustantiva por la intención de la reforma, pues estimamos que no aporta nada sustancial a la configuración de la personalidad de la sociedad civil como emanación de la autonomía de la voluntad de las partes, debemos unir la crítica por su defectuosa realización, que supuso finalmente su nulidad.

4. La sociedad civil sin personalidad jurídica: opinión personal

Una vez repasadas las distintas configuraciones que la doctrina ha planteado, debemos aclarar qué debe entenderse exactamente por sociedad civil sin personalidad en nuestro ordenamiento. Para ello, tras aportar nuestra opinión crítica acerca de las distintas teorías explicativas planteadas, nos centraremos en cómo se configuran realmente este tipo de sociedades en nuestro Derecho, desde nuestro punto de vista.

4.1. Crítica a las distintas teorías configuradoras expuestas.

Expuestas las opiniones acerca de cómo adquiere la sociedad civil su personalidad, es necesario ir desechando ideas desacertadas para interpretar correctamente el artículo 1.669 CC y conocer cómo una sociedad civil no goza de personalidad.

En primer lugar, la **configuración que exige inscripción en el Registro Mercantil** para que la sociedad civil adquiriera su personalidad merece una importante crítica. No es, en abstracto, ilógica (136), pero debe plasmar-

temáticamente discutible si pretendemos realizar una reforma verdaderamente importante (pensemos, por ejemplo, en el ejemplo francés). Por otra parte, resulta criticable la diversidad de efectos que produce la inscripción en las secciones especiales, respecto de la sección ordinaria, pues en nuestro caso el efecto es el de *certificazione anagrafica* y de *pubblicità notizia*. Además, no se prevé expresamente sanción concreta para el incumplimiento de esta obligación (debemos acudir a la modesta sanción pecuniaria que fija el artículo 2.194, entre 10 y 516 euros; *vid.* CAGNASSO, O.: “La società semplice”, *Trattato di Diritto Civile*, diretto da Rodolfo Sacco, “I singoli contratti”, 6, UTET, Torino, 1998, p. 80). Si estar inscrito o no estarlo no va a implicar un diferente régimen sustantivo, al menos parcialmente, parece que ello no debe tener excesiva relevancia.

(136) El legislador puede estimar aceptable que la personalidad jurídica de la sociedad civil se derive de la inscripción registral de la misma, y establecerlo expresamente, como ha ocurrido en derecho francés, o como vino a indicar nuestra legislación mercantil, según la teo-

se de modo expreso en la legislación oportuna para que resulte defendible. En nuestro país esa plasmación no se ha producido. No sólo eso, sino que esta opinión es claramente contraria a la regulación vigente, pues la defensa de la tesis citada conlleva la privación de personalidad para las sociedades civiles no inscritas en el Registro Mercantil, es decir, algo que nunca pretendió nuestro legislador (137). La doctrina ha rechazado mayoritariamente estas ideas desde hace bastante tiempo, por esta razón legal evidente (pese a que la DGRN la haya “resucitado” y vuelto a rebatir) (138).

La solución propuesta por HERNÁNDEZ MANCHA y GARCÍA GARCÍA tampoco es aceptable, por diversas razones. De entrada, el Registro de la Propiedad no es técnicamente el más indicado para lograr la publicidad de las sociedades (139). Además, esta teoría encierra una grave contradicción dogmática en sí: si se considera que la publicidad a los efectos del artículo 1.669 se consigue mediante esta inscripción, y que así no se entra dentro de la órbita del artículo, es poco correcto inscribir una propiedad

ría clásica al respecto. No podrá discutirse su corrección legal si se adopta expresamente, aunque sí su mayor o menor oportunidad. Personalmente, no nos parece acertada. Pensemos que el mayor grado de personalidad que puede adquirir la sociedad civil lo adquiere al margen del registro. Salvo que se pretendiera reconocer personalidad jurídica plena, no sería útil esa inscripción a la hora de alcanzar el mayor grado de personalidad posible. Este argumento nos induce a defender que ni siquiera es interesante crear un registro *ad hoc*, como en el caso de las asociaciones en general, aunque la inscripción se desposeyera de efectos sustantivos respecto de la adquisición de personalidad jurídica por parte de la sociedad civil. Estimamos que la personalidad jurídica de la sociedad civil es emanación natural de la autonomía de la voluntad de las partes, y la existencia de un registro no aporta ninguna ventaja a dicha configuración. El mayor grado de personalidad que puede ostentar la sociedad civil lo logra al margen de cualquier tipo de inscripción registral, y estimamos que así debe seguir siendo.

(137) Es más, esta razón llevó a que la Comisión Permanente del Consejo de Estado rechazase la reforma plasmada en el Real Decreto 1867/1998, antes descrita. Sobre esto, *vid.* la explicación de PANTALEÓN PRIETO, F.: “La personalidad jurídica de las sociedades civiles”, AAMN, cit., *addendum*, 2. ii, pp. 41.

(138) Incluso los autores que rinden homenaje a DE CASTRO reconocen que este punto de su teoría merece una revisión. En este sentido, SOLÍS VILLA, tras recorrer los caracteres fundamentales comunes a las personas jurídicas y detenerse en la publicidad, se expresa en estos términos: “En mi opinión, este es uno de los puntos en los que cabría matizar la doctrina de D. Federico, a la vista de los cambios legislativos y jurisprudenciales; baste indicar aquí que en materia de sociedades y asociaciones no veo inconveniente alguno en restringir la necesidad de publicidad a los supuestos de personalidad jurídica perfecta, con lo que es posible, por ejemplo, la existencia de sociedades civiles y colectivas no inscritas” (SOLÍS VILLA, I.: “La teoría de la persona jurídica en la obra de Don Federico de Castro”, *Conferencias en homenaje al profesor Federico de Castro y Bravo*, CER, Madrid, 1997, p. 104).

(139) No es el más adecuado para satisfacer la necesidad de publicidad de los estatutos de las sociedades civiles por la inseguridad y el caos que conllevaría este sistema: resulta desconcertante que el tercero que quiera conocer la existencia de una sociedad deba encontrar la existencia de un inmueble en cuestión adquirido por la misma, y comprobar que se adjuntaron los Estatutos, para acceder a ellos.

a nombre de una sociedad civil que todavía no existe como tal si entendemos que la publicidad necesaria para que exista como persona se deriva de la propia inscripción.

Los problemas no cesan aquí: no se aclara si deben inscribirse los Estatutos cada vez que se pretenda inscribir la titularidad de un inmueble, o sólo la primera vez (140). Además, esta polémica idea, en el caso de aceptarla, ofrecería una solución (insatisfactoria, ciertamente) para el problema de las sociedades civiles titulares de inmuebles cuya titularidad sea inscrita en el Registro de la Propiedad, pero queda sin solución todo el resto de casos, con lo que el abanico de opciones que cubre es relativamente estrecho (141). Sólo gozaría de publicidad aquella sociedad civil que, en primer lugar, adquiriera algún inmueble como titular, y, en segundo lugar, decidiera inscribir su titularidad en el Registro de la Propiedad, debiendo cumplirse ambos requisitos. Por tanto, no sólo es técnicamente incorrecta esta postura, sino fruto de graves problemas que quedan sin solución, pese a la buena intención de sus defensores.

A la **tesis defensora de la necesidad de publicidad de hecho**, se pueden oponer severas críticas, lo suficientemente relevantes como para rechazarla también.

En primer lugar, en esta concepción parece latir la idea de que la adquisición de personalidad va unida en todo caso al cumplimiento de algún tipo de publicidad, idea que en este caso tiene cierta base en la propia letra del artículo 1.669 CC. Como es imposible vincular esa adquisición de personalidad a la inscripción en el registro oportuno, se acude a la publicidad de hecho de la sociedad.

Sin embargo, pese a que en este caso pueda tener cierta base, como vimos, y pueda resultar más o menos deseable [esta cuestión ya es opinable (142)], esta idea de vincular publicidad con personalidad jurídica no es la única opción posible: el legislador puede reconocer personalidad a un grupo asociativo sin necesidad de que exista ningún tipo de publicidad del mismo. Es perfectamente legítimo (143) y sintoniza con la

(140) Si basta con la primera vez, ¿en la inscripción de las otras titularidades posteriores se debe remitir a esta primera para acceder a esos estatutos? Nada se aclara por estos autores.

(141) Pensemos en la cantidad de sociedades civiles que no son propietarias como tales entes de inmuebles, o de las que sí lo son, pero dicha titularidad no consta registralmente.

(142) Personalmente, entendemos que no lo es en el caso de la sociedad civil, pues su personalidad jurídica es emanación de la autonomía de la voluntad de los contratantes, pero es cuestión que se presta a debate.

(143) Y con sintonía constitucional en algún caso. Tengamos en cuenta, por ejemplo, que nuestro artículo 22.3 CE no liga efectos sustantivos a la inscripción de las asociaciones. El ya citado artículo 5.1 LODA desarrollando esta idea señala que "con el otorgamiento del acta adquirirá la asociación su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar, sin perjuicio de la necesidad de su inscripción a los efectos del artículo 10" (efectos meramente publicitarios).

concepción de la personalidad como emanación de la voluntad de los contratantes, un atributo más vinculado a la autonomía contractual de las partes (emanación del derecho de organizar el grupo societario como se estime oportuno) que a la protección de los intereses de terceros (entender la personalidad como un expediente cara a terceros es un grave error).

En segundo lugar, esta teoría configura la necesidad de publicidad de hecho, sin que en ningún artículo del CC se establezca que es necesaria del modo expuesto por estos autores, o al menos sin que se pueda deducir de alguna forma sin acabar realizando interpretaciones cuestionables. Además, no sintoniza con la regulación constitucional de las asociaciones, que no exige esa publicidad para la adquisición de la personalidad.

Por otra parte, esta teoría exige conceder la máxima importancia a la conducta de los socios en el mercado, por lo que no es posible determinar si la sociedad goza o no de personalidad en el momento de celebrar el contrato, con la inseguridad que ello provoca. También puede que esa actividad publicitaria no se produzca desde el primer momento, por lo que debe asumirse por el defensor de esta configuración la posibilidad de que exista un cambio de régimen, y a ello debe ofrecerse respuesta. Cambio de régimen que implica, entre otras cuestiones, la inexistencia de patrimonio autónomo hasta la existencia de la persona jurídica. No sólo puede existir cambio de régimen, sino que la sociedad, siendo coherente con esta visión, puede adquirir y perder su personalidad según se conduzca en el mercado, dependiendo de su forma de relacionarse con los terceros. La inseguridad, por tanto, es total.

Por otra parte, estamos, al hablar de publicidad de hecho, ante un requisito demasiado etéreo como para elevarlo a la categoría de necesidad general y basar en ello la existencia de una persona jurídica. Si la sociedad no se conoce en abstracto en el mercado, puede conocerse si los socios manifiestan a las personas con las que tienen contacto que contratan en nombre de una sociedad civil. Pero esto puede ser verdaderamente problemático, porque no se aclara adecuadamente cómo se satisface ese requisito publicitario y, sobre todo, ante quién. Puede ser conocido por unos y no por otros operadores, y ello implicaría, dado que no se objetivizan estas ideas, que ante unos terceros se goce de personalidad jurídica, pero no ante otros, dependiendo en último término de si existió dicha publicidad en relación al mismo. Como señalara EIZAGUIRRE, *se basa en un rasgo puramente coyuntural* (144), y si esto es defendible en el caso de la oponibilidad de los pactos a terceros, no puede serlo al aludir al disfrute

(144) DE EIZAGUIRRE, J. M.: "La personalidad jurídica de la sociedad civil...", cit., p. 1722.

de personalidad jurídica por la sociedad, pues generaría una importante inseguridad.

Además, asumir estas ideas implica aceptar la existencia de un cambio de régimen en el seno de la sociedad, pues debemos tener en cuenta la conducta de los socios posterior al pacto constitutivo (la publicidad de hecho exige publicación de la sociedad en el tráfico). ¿En qué momento se dejaría de gozar de la personalidad jurídica? ¿Se puede comenzar la existencia sin personalidad jurídica, pues no existe publicidad de hecho de la sociedad, después adquirirse, pues ésta se produce, y con posterioridad perderse nuevamente, porque se empieza a actuar del modo descrito en el artículo 1.669? Genera, por tanto, más inconvenientes que ventajas, junto a un problema que provoca que sea muy perjudicial: en último término exige que se declare en cada caso si existió la publicidad de hecho necesaria o no para que la personalidad naciese, lo que provoca que será la sentencia la que lo solucione, y resuelva conforme a las normas de la comunidad de bienes o a las de la sociedad. *A priori* es imposible saberlo.

Y surgen otras dudas de concreción, como la de qué es exactamente el mercado, el límite territorial donde debe conocerse a esa sociedad, por ejemplo. No podemos menos que discrepar del profesor ALBIEZ DOHRMANN cuando indicaba que “en cuanto la sociedad se da a conocer a los terceros que contratan con ella adquiere personalidad jurídica” (145). ¿A qué terceros hacemos mención?, podemos preguntarnos: ¿aludimos a los terceros en general, incluso a determinadas entidades públicas (146), o a aquellos terceros con los que entre en contacto, como indicaba ALBIEZ DOHRMANN? Tales consideraciones generan una inseguridad evidente: ¿conocerá el tercero la existencia de esa sociedad civil? Parece lógico que entonces deba exigirse una diligencia media al tercero a la hora de contratar y conocer que lo hace con una sociedad. Puede darse el caso de que la sociedad contrate con un tercero que no conozca que es tal sociedad, porque el socio con el que contrata lo haya hecho en su propio nombre y no haya manifestado su condición, pero siendo mínimamente diligente podría haber sabido que era una sociedad debido a que se había manifestado como tal en el mercado y era considerado como ente gracias a mecanismos publicitarios como, por ejemplo, la existencia de anuncios en prensa especializada (la cuestión es probatoria).

(145) ALBIEZ DOHRMANN, K.: “Comentario al artículo 1.669 CC”, dentro de ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., y SANTOS BRIZ, J.: *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo VI, Ed. Trivium, 1991, p. 115.

(146) Por ejemplo, la Administración tributaria, a la hora de rendir los impuestos, o las administraciones concesionarias de licencias profesionales, en su caso.

No es aceptable esta idea, aunque algún autor haya defendido esta necesidad de publicidad de hecho incluso para el caso de la sociedad mercantil (147).

Debemos rechazar también la tesis que, vinculándose en parte a la publicidad de hecho y en parte al cumplimiento de ciertos requisitos formales, alude a las sociedades del artículo 1.669 como **sociedades irregulares**, debido a que conectan el artículo 1.669 CC con cuestiones exclusivamente formales y vinculadas en todo momento a la trascendencia de la sociedad frente a terceros. No es ésta la intención del legislador y la letra del precepto aquí fijada. Debemos aproximarnos más a la configuración que las partes impriman al grupo que a defectos de forma y de publicidad frente a terceros.

Esta tesis entiende la personalidad como un expediente de cara a los terceros, y por ello exige esa manifestación frente a los mismos. De entrada, es errónea esa consideración de los artículos 1.667 a 1.669 como parte de una única serie lógica, ya que mientras los artículos 1.667 y 1.668 aluden a cuestiones formales, el artículo 1.669 hace mención a sociedades donde la configuración conlleva falta de personalidad jurídica. Y la propia historia de cada precepto demuestra que no forman una unidad: mientras los dos primeros provienen del texto del Anteproyecto de 1888 (148) y hunden sus raíces ya en textos anteriores (149), e iban dirigidos a ser de aplicación a una sociedad sin personalidad jurídica, el 1.669 se introdujo en el CC posteriormente y con la intención ya expuesta, por lo que nunca fueron una única agrupación de preceptos, y la falta de personalidad jurídica no es en ningún caso una sanción por algún tipo de proceder reprochable (150).

(147) En concreto, PINO ABAD, M.: "La discutida personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no inscritas", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 29, septiembre 1999, pp. 205-220, especialmente nota 98, p. 219.

(148) Recordemos los ya citados artículos 3 y 4 de dicho texto.

(149) El proyecto de 1836 recogía un artículo, el 1.447, en el que indicaba que "Es nula cualquier sociedad en que no se especifican los bienes o capitales que se ponen los socios, ni el negocio para que se contrae". El Proyecto de 1851 no incluye exigencia formal de ningún tipo, sintonizando con el criterio de los artículos generales 1.001 a 1.004, y recuerda en su artículo 1.565 que "es nula la sociedad siempre que se aportan bienes, si no se hace un inventario ó estado firmado por las partes, que deberá unirse á la escritura, cuando esta sea necesaria".

(150) En parecido sentido se expresaba CAPILLA RONCERO cuando señalaba que "considero desacertado que se afirme que el efecto dimanante de la ausencia de observancia de los requisitos formales prescritos en los artículos comentados (1.667 y 1.668), estriba en que la sociedad carece de personalidad jurídica, realizando una interpretación conjunta de los artículos 1.667, 1.668 y 1.669 que, desde luego, no estuvo en la mente del legislador y que tampoco resulta razonable" (CAPILLA RONCERO, F.: "Comentario a los artículos 1.667 y 1.668", dentro de *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXI, vol. 1, EDESA, Madrid, 1986, pp. 27-37).

Es un importante error que, además, tal y como lo ha planteado TENA PIAZUELO (151), se basa parcialmente en otro importante desacierto: defiende que la trascendencia frente a terceros, cuestión fundamental para esta teoría, se logra cumpliendo los requisitos formales exigidos en los artículos 1.667 y 1.668 CC, y si no es necesario cumplir ninguno, cubriendo la publicidad de hecho ya conocida. Esta segunda parte está suficientemente criticada antes, pero no la primera idea. Tampoco es excesivamente difícil la crítica: los requisitos formales recogidos en dichos artículos no son realmente útiles para la trascendencia de la sociedad frente a terceros, pues ni la escritura pública ni el posible inventario anejo sirven a estos efectos (152) [algo que incluso el propio defensor de la teoría ha debido, de alguna forma, reconocer (153)]. Pero incluso si fuesen útiles a efectos de publicidad, no es correcto unir el artículo 1.669 con los dos preceptos anteriores (154).

La **teoría estructuralista** es la acertada para ofrecer una solución al problemático artículo 1.669 CC. Cuando habla de sociedad cuyo pactos permanecen secretos entre los socios y en la que dichos socios contratan en su propio nombre con terceros, alude a sociedades configuradas como internas por los socios, que no operarán como tal ente frente a terceros en el mercado. De ahí que los pactos permanezcan secretos entre dichos socios y que éstos contraten en su propio nombre con terceros. Es perfectamente posible, conforme al artículo 1.255 CC, que se configure una sociedad sin personalidad jurídica, precisamente porque es interna (155).

(151) Podemos encontrar un esquemático resumen de su teoría en “El concepto de sociedad civil irregular...”, cit., nota 37, p. 212.

(152) PANTALEÓN PRIETO ha dedicado cierta atención a la cuestión de la falta de efectos publicitarios de la escritura pública, de modo breve pero acertadísimo y aportando bibliografía oportuna (vid. PANTALEÓN PRIETO, F.: “La personalidad jurídica de las sociedades civiles...”, AAMN, cit., núm. 2, p. 15, y “La personalidad jurídica de las sociedades civiles...”, *La Ley*, cit., p. 1377, nota 3).

(153) Señala TENA PIAZUELO que “no carecen de fundamento las objeciones sobre la eficacia de la publicidad que el artículo 1.667 con sus exigencias formales procura”, pero opone que “simplemente se proporciona una publicidad legal”, y que lo verdaderamente importante no es “asegurar que dichos terceros *conocen*, sino que *pueden conocer* el pacto social” (TENA PIAZUELO, I.: “El concepto de sociedad civil irregular...”, cit., p. 12).

(154) Pese a todo, a esta tesis se debe reconocer el extraer de la órbita mercantil ese concepto de irregularidad teñido de relevancia registral, algo que nos parece incorrecto por reduccionista. También en el ámbito civil existen sociedades irregulares: aquéllas que no se hayan amoldado a las formas oportunas fijadas en los artículos 1.667 y 1.668 CC, sin que se deba vincular esa irregularidad con la falta de personalidad jurídica de esa sociedad. La irregularidad se derivará únicamente de esa inexistencia de forma concreta cuando ésta es exigible.

(155) También estaba presente en otros países. Por ejemplo, en Derecho alemán se alude también a la existencia de las sociedades internas, en general, o en casos especiales como la *wederlegginge* o *contracolocación*, cuya finalidad era muy concreta. El comerciante que iba a salir de viaje, con ocasión del mismo, recibía dinero de un conciudadano suyo para que ejer-

Sin embargo, es criticable que los defensores de esta postura aludan casi exclusivamente a que debe existir una cláusula de ocultamiento o de representación indirecta para que exista una sociedad interna [es erróneo aludir a cláusulas de representación indirecta (156)]. En el caso de que exista una cláusula de ocultamiento, tendremos un claro ejemplo de sociedad interna, pero limitar a este caso los supuestos de sociedades internas es realizar una lectura reduccionista de la cuestión, encorsetando demasiado el supuesto de hecho del artículo 1.669 CC. Las partes pueden configurar una sociedad interna sin necesidad de pactar esta cláusula expresamente. Por ejemplo, nombrando a una persona que actúe en su propio nombre en el mercado institucionalizadamente, con la intención de ayudar al cumplimiento del fin social de la sociedad sin personalidad jurídica sin ofrecer la imagen de la sociedad como ente. No se debe ser tan reduccionista: debe considerarse interna toda aquella sociedad en cuyo pacto constitutivo, a la hora de organizar la vida de la sociedad, se haga de tal forma que sea deducible que la sociedad no operará como tal ente en el mercado (157).

Por otra parte, se echa en falta en los autores que han defendido esta opinión un estudio más sosegado del régimen jurídico de la sociedad interna, ya que ponen de tal modo su acento en estructurar la adquisición de personalidad jurídica por parte de la sociedad civil sin necesidad de que exista publicidad de ningún tipo, que no dedican la atención que merece al régimen jurídico, y éste puede dar la clave para resolver bastantes problemas, incluso de configuración. Lo estudiaremos en el próximo capítulo.

Con independencia de que nos decantemos por la teoría estructuralista, todas las teorías inciden, de una forma o de otra, en destacar que la sociedad civil goza de personalidad cuando **se presenta como ente y actúa como tal**: unas, porque la sociedad aparece en el Registro Mercantil o de la Propiedad como tal ente; otra, porque se presenta de hecho como ente

ciese el comercio "a provechos comunes", y frecuentemente el comerciante colocaba el dinero en la sociedad ésta a la que aludimos. Ésta era sólo una sociedad interna (*stille Gesellschaft*), generalmente convertida en una sociedad industrial no de larga duración (*vid.* PLANITZ, H.: *Principios de Derecho Privado Germánico*, Ed. Bosch, Barcelona, 1957, pp. 68-69).

(156) No existe un representado claramente definido como ente (la sociedad no existe como persona jurídica), ni el interés gestionado es ajeno al representante, que suele ser un socio (pues es el interés de todos los socios, incluido él). Tampoco existe un poder de representación como tal, sino una actuación conforme al pacto social concluido en su momento.

(157) El hacer depender la existencia de la sociedad interna del pacto contractual requiere interpretarlo, pero ello no genera necesariamente inseguridad jurídica, debido a que no operamos en el vacío: la configuración pactada inspirará la forma de actuar de los socios y será observable la consecuencia de esa configuración, que es el modo de operar de la sociedad en el mercado.

en el mercado o se cubre la forma necesaria para aparecer como tal, y la estructuralista porque la sociedad se configura como persona jurídica y, por tanto, actúa como ente. Pero la forma de desarrollar esta idea es muy diferente y no siempre correcta. Es cierto que hay que conceder importancia a la presentación de la sociedad en el mercado, pero ello no es la causa de la configuración, sino su consecuencia.

4.2. La sociedad sin personalidad jurídica: la sociedad interna.

Una vez criticadas las distintas configuraciones apuntadas y escogida la configuración que nos parece acertada, es el momento de “leer” nuestra regulación vigente bajo ese prisma. De entrada, la mera existencia del artículo 1.669 CC, en los términos en que se expresa, conlleva ya que toda sociedad civil esté, en principio, dotada de personalidad jurídica como criterio general, pues aquella sociedad en que no sea así será la que caiga bajo su órbita. Algo que se configura como excepcional.

Esto podemos verlo de alguna forma confirmado por el artículo 1.679 CC, que alude al comienzo de actividades de la sociedad como ente desde el momento de la perfección del contrato de sociedad, imposible si no se dotase de personalidad jurídica desde el primer momento. Por tanto, salvo pacto en contrario, desde la perfección del contrato existe, no sólo el contrato de sociedad, sino la sociedad como ente. Desde que hay consentimiento (art. 1.254 CC) existe contrato de sociedad, y desde ese momento produce sus efectos (art. 1.258 CC), pero además surge esa persona jurídica como tal ente (158), aunque sea una persona jurídica imperfecta (159).

(158) El texto del actual artículo 1.679 ya existía en el Proyecto de 1851 (art. 1.573), en el que GARCÍA GOYENA pensaba en una sociedad civil personificada aunque no se determinase de modo expreso, así como en el Anteproyecto de 1888, donde el artículo 16 gozaba de idéntica redacción, aunque se dirigiera a las sociedades sin personalidad jurídica. Por lo que, si bien históricamente se ha insertado en el marco de sociedades con y sin personalidad jurídica, si se incluye dentro de la regulación de sociedades con personalidad jurídica debe interpretarse de la forma en que lo hacemos, pues su sentido, inserto dentro de este marco, es evidente. Interpreta este artículo del modo aquí expuesto, PAZ-ARES, C.: “Comentario al artículo 1.679 CC”, dentro de *Comentario del Código Civil*, tomo II, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1408. En sentido contrario, sin embargo, CAPILLA RONCERO, F.: “Comentario al artículo 1.679 CC”, dentro de *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXI, volumen 1, EDESA, Madrid, 1986, pp. 172-173.

(159) Es algo que debe tenerse presente. Hay, sin embargo, quien incide con mayor dureza en el tema, como ya comprobamos en los textos de CAPILLA RONCERO. Añadamos, por ejemplo, el comentario de TORRENTE GARCÍA DE LA MATA cuando calificaba la personalidad jurídica de la sociedad civil como “una personalidad balbuciente, rudimentaria, poco diferenciada de las personas de los contratantes” (TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, J.: “Una extraña figura: las sociedades civiles con objeto mercantil”, *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 259, septiembre de 1989, p. 1837).

Hemos concluido que la visión acertada de la sociedad civil sin personalidad era la estructuralista: esta sociedad es la configurada como interna por las partes. Es una configuración armónica, además, con el resto del ordenamiento. Respecto de su sintonía con los antecedentes históricos, cabe señalar que la misma es mayor de la que pueda parecer, aunque la doctrina no se ha ocupado de esta cuestión: pese a que se utilizara otra denominación, en el Anteproyecto de 1882-1888 parecía plasmarse un modelo general de sociedades configuradas para no tener relaciones como ente con terceros como norma general y otro modelo de sociedades que sí operaran frente a terceros como tal, aunque excepcionales. El título primero, dedicado a la sociedad sin personalidad jurídica, parece diseñar realmente una especie de sociedad interna (160), contrato entre las partes sin que nazca ente que actúe como tal en el mercado, y el título segundo una especie de sociedad externa, pretendida por las partes como externa aunque necesitada de reconocimiento público expreso para que naciera el ente (161). La conexión de esta tesis estructuralista con el antecedente histórico más importante parece evidente, pese a que en el Anteproyecto el diseño de ambas cuenta con importante participación extraña a las partes (en las sociedades sin personalidad jurídica éstas se acogen a la forma diseñada legalmente, y en las sociedades personificadas, pese a que la voluntad de las partes es crear un ente, será la autoridad pública la que deba reconocer esa personalidad).

Además, en el Anteproyecto la *sociedad interna* es regla y la *externa* excepción, mientras que en el CC la sociedad interna es excepción y la externa regla, fruto todo ello de la diferente relación entre sociedad civil y personalidad jurídica. A su vez, el dato estructural influye en algo tan relevante como que la sociedad sin personalidad jurídica se rige por sus normas propias y la sociedad que no obtiene la personalidad, que es estructuralmente diferente de la anterior, por las normas de la comunidad de bienes.

Por otra parte, sintoniza perfectamente esta teoría con la configuración de la sociedad civil como asociación y, por consiguiente, con la base que ofrece el artículo 22.3 CE, que diseña una inscripción registral de la asociación con efectos meramente publicitarios. Por tanto, en caso de existir, desvinculada de efectos constitutivos de la personalidad, que no debe interpretarse como medio de garantía de terceros, sino como consecuen-

(160) Sociedad en la que los contratantes no pretenden actuar en el mercado como ente, supuesto general.

(161) Se configuran como externas por las partes, obviamente, pues pretenden gozar de esa personalidad jurídica, pero necesitan de la intervención pública para ello, algo que no ocurre ahora en el CC.

cia de la autonomía de la voluntad (162). Y las sociedades civiles ni siquiera deben inscribirse registralmente, porque no se prevé así en su legislación, en sintonía con esta concepción de la inscripción indicada y con la CE. En cualquier caso, es necesario destacar el entronque constitucional, por el respaldo que implica a nuestra concepción.

Conforme a las ideas que defendemos, debe concederse la máxima importancia a la interpretación del contrato, y reservar la denominación de “sociedad interna” no sólo para aquellas sociedades en las que las partes hayan incluido cláusulas de ocultación o de “representación indirecta” (realmente, cláusula-legitimación del socio para actuar sin implicar a la sociedad, aunque gestionando su interés), que serán las más claras sociedades internas, sino para toda aquella sociedad en la que las partes no pretendan presentarse como ente frente a terceros y sea configurada como interna (163). Y ello puede ser así originariamente, porque desde el primer momento se pactase así, o bien fruto de una modificación de la

(162) Ni siquiera el conocimiento previo del estado patrimonial es una garantía necesaria para terceros que resulte justificable, pues en las relaciones entre personas físicas el conocimiento de ese estado patrimonial corre de cuenta del acreedor.

(163) Por ejemplo, no solicitarán un CIF, sin ir más lejos. Pensemos, en cualquier caso, que estamos interpretando un contrato y son de aplicación, por tanto, los criterios de interpretación de los artículos 1.281 a 1.289 CC. Es difícil que, después de haber acudido a ellos, no distingamos a una sociedad interna de una externa. En el hipotético caso de que ello ocurriera, hay que tener en cuenta que la voluntad del legislador es la de que la regla general sea la sociedad externa y la excepción la sociedad interna, con lo que la sociedad interna sólo nacerá si las partes la han deseado así y lo han expresado de modo que sea posible deducirlo del contrato. Esta opinión no contraviene la gran importancia que concedemos a la autonomía de la voluntad a la hora de configurar las sociedades, ya que ésta goza de dicha prevalencia, pero siempre dentro del marco legal establecido y con la concreta inspiración que el legislador quiera imprimir, y si el marco fuese diferente debe ello tenerse en cuenta a la hora de interpretar el contrato. Pensemos, por ejemplo, que la voluntad del legislador fuese conceder ese amplio margen de actuación a la autonomía de la voluntad, pero estableciese como regla la sociedad civil desprovista de personalidad jurídica y como excepción la sociedad dotada de la misma, siendo necesaria para su existencia el pacto expreso de las partes en dicho sentido. En este caso cabe señalar que sólo si del contrato social se puede deducir esa intención de personificar a la sociedad, ésta será personificada, y no en caso contrario. Y no parece atentarse a esa relevancia de la autonomía de la voluntad, sino simplemente se trata de encuadrarla en el lugar que le corresponde. Pensemos, además, que si en último término somos incapaces de saber si la sociedad es interna o externa, estamos ante un dato de vital importancia atinente al objeto del contrato, pues afecta al nacimiento o no de un patrimonio social y a la propia vida de la sociedad, y en ese sentido, el artículo 1.289 CC asume, en último término, la nulidad del contrato, solución ésta que resulta excesivamente traumática, teniendo en cuenta sus efectos, y que no tenemos por qué asumir si el legislador ha optado por configurar la personalidad de la sociedad civil en un sentido concreto. Diferente hubiera sido que el legislador hubiese dejado total libertad a las partes para configurar a la sociedad civil con o sin personalidad jurídica, pero ninguna de esas situaciones fuese regla general ni excepción: en dicho caso extremo sí que no tendríamos elemento alguno para decantarnos por la personificación de la sociedad o por su falta de personalidad jurídica, con todo lo que ello conlleva.

configuración societaria por parte de los contratantes, por lo que en este caso la sociedad pasaría de ser externa a interna, pero en todo caso fruto de la autonomía de la voluntad de las partes. Esto puede generar cierta inseguridad, pero no existirán problemas de indeterminación, pues estará perfectamente claro el momento en que se cambia la voluntad de las partes, con todo lo que implica, por ser el del pacto.

Estas sociedades internas deben pactarse así expresamente: la regla general será que toda sociedad sea, en principio, externa, y nazca dotada de personalidad, atributo natural de la misma, tal y como cabe deducir del propio Código Civil (arts. 1.669 y 1.679 CC) (164). Esa personalidad será la personalidad básica con la que nace la sociedad civil, definida en el artículo 38 CC, que alude a la “capacidad para adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales”. Por tanto, nos integramos plenamente dentro de esquemas estructuralistas (165).

Por otra parte, debemos **diferenciar** la adquisición de personalidad jurídica por parte de la sociedad civil de la posible oponibilidad o utilizabilidad de sus pactos: son planos diferentes, y para adquirir la personalidad no, pero para esta segunda situación sí es imprescindible la existencia de esa publicidad de hecho de los pactos. Como ocurre con cualquier clausulado contractual que se pretende oponer a un tercero basándonos

(164) El artículo 1.669 está realmente describiendo a la sociedad configurada como interna, excepción a la regla general de que toda sociedad civil es en principio externa. Estamos ante la sociedad que estructuralmente no surge para tener relaciones con terceros como ente, y por ello mantiene reservados sus pactos y los socios contratan en su propio nombre con terceros, con lo que no aparecerá como tal. En Derecho alemán no ocurre así, obviamente, porque la sociedad civil no es personificada de modo expreso (así lo explica KESSLER, E.: § 705 BGB, en “Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfürgungsgesetz und Nebengesetzen”, 12. Neubearbeitete Auflage. Zweites Buch. Rect. Der Schulverhältnisse, §§ 657-740, Berlín, 1980, pp. 312-313).

(165) Debemos reconocer que no en todo momento hemos defendido esta postura del modo exacto en que lo hacemos ahora: en cierto trabajo anterior (“Sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil”, cit., p. 5) nos acercábamos a la posición estructuralista que ahora defendemos como la más acertada, pero además dejábamos abierta la posible inclusión, dentro del artículo 1.669, de otras sociedades en las que de alguna forma se tuviera en cuenta no sólo la voluntad de los socios, sino su conducta posterior. Estudiando con cierto detenimiento la cuestión estimamos que tener en cuenta la conducta posterior de los socios es fuente de grave inseguridad y no resulta una interpretación armónica y congruente con la propia letra del precepto, pues el celebrar contratos en su propio nombre con terceros, realmente, como estudiaremos, no es más que una consecuencia de la configuración pretendida por las partes. Por ello, debe minimizarse su importancia y no caer en argumentaciones que conduzcan a problemáticas consecuencias, como sería toda argumentación que exigiese valorar la conducta posterior de las partes. Debemos, por tanto, criticar aquella posición apuntada entonces y corregirla ahora, para que nuestro sistema sea totalmente acertado. Ello no obsta para que pueda existir un pacto modificativo del carácter de la sociedad, incluso manifestado primordialmente por medio de los actos de los socios, para que exista modificación del carácter de la misma. Pero es otro tema.

en criterios de buena fe, exige ese conocimiento o esa posibilidad de conocimiento si se hubiese sido diligente, y en algún caso, incluso el consentimiento. Pero son dos cuestiones diferentes: una sociedad interna cuya existencia termine siendo conocida por el tercero al contratar puede oponerle algún pacto cuando manifieste su existencia. Pero no por darse a conocer la sociedad civil adquiere personalidad jurídica.

La regulación del artículo 1.669 CC sintoniza perfectamente con la concepción de la personalidad jurídica como emanación de la autonomía de la voluntad de las partes, pese a que su redacción es manifiestamente mejorable y a que la autonomía de la voluntad debe tener ciertos límites (166). Además, con este artículo la intención principal era ser riguroso desde el punto de vista técnico-jurídico y no proteger a esos terceros que nunca tuvieron posibilidad de conocer esa apariencia de cotitularidad que puede ser la base de la remisión posterior. Como se ha visto en su momento, se parte de esa idea de que la comunidad de bienes es el género y la sociedad civil la especie, y se es riguroso con esa concepción: un patrimonio en común que no tiene una sociedad como propietaria no es más que una comunidad entre los aportantes. Y a esta sociedad insertable en el artículo 1.669 CC la denominaremos sociedad interna, debido a que se pretende no tener relaciones como tal sociedad con terceros (167). En cualquier caso, consecuencia de ello es que la sociedad no operará como ente en el mercado y, por tanto, los socios que gestionen el interés común celebra-

(166) Las partes configuran la sociedad civil como estiman oportuno, con o sin personalidad jurídica, y pueden pactar “desnaturalizaciones” de ese carácter personalista que el CC reserva para la sociedad civil. Por ejemplo, pactos que eviten la responsabilidad de los socios del artículo 1.698 CC, o que modifiquen las causas de extinción del artículo 1.700 CC o eviten la aplicación de alguna de ellas. Pactos válidos entre ellos y perfectamente vigentes. Sin embargo, para que pudieran ser operativos respecto de terceros en general, debido a que no existe un registro donde inscribir estas sociedades y que dicha configuración resultase cognoscible por todos, debe ponerse en conocimiento de cada tercero con el que operan y, en su caso, que éste consienta dicha operatividad (caso de las limitaciones de responsabilidad). Por ello, pese a que las partes pueden celebrar este tipo de pactos, no resultan operativos de modo general en el mercado y la sociedad no puede operar como se ha pactado frente a todos salvo que lo manifieste sistemáticamente cada vez que contrata. De lo contrario, sería necesaria la existencia de una inscripción registral para ello. En general debe acudir a la regulación del CC, que es la que “espera” el tercero que conoce que está frente a una sociedad civil, pero no tiene acceso a sus pactos configuradores y nadie le ha puesto en conocimiento, ni pudo hacerlo él, de la existencia de ningún tipo de pacto que altere ese diseño.

(167) Otras denominaciones nos parecen erróneas o de menor interés: así, por ejemplo, no es exactamente una “sociedad secreta”, pues la cuestión relevante es de configuración y una sociedad puede ser perfectamente interna sin ser secreta (como ocurre con la cuenta en participación mercantil), ni oculta, así como tampoco irregular, que sugiere la presencia de defectos formales. Es interna porque las partes no quieren que surja un ente moral del contrato, desean que éste se mantenga en un plano interno entre ellos, y esa voluntad se manifiesta de modo expreso (pactando cláusula de secreto o de “representación indirecta” o alguna otra expresa, o estableciendo una configuración oportuna) o bien de modo tácito.

rán los contratos en su propio nombre (no podía ser de otra forma: no existe ente, no pueden sino contratar en su propio nombre), aunque de ello nos ocuparemos en el próximo apartado.

Por lo tanto, la sociedad encuadrable en el artículo 1.669 CC no es la no inscrita en el Registro Mercantil u otro, la sociedad irregular, ni la que no ha tenido una suficiente publicidad de hecho, sino aquella configurada, expresa o tácitamente, para no tener relaciones con terceros como tal ente. De dicha configuración se deriva que sus pactos se reserven entre los socios y éstos contraten con terceros en su propio nombre, con la intención de que la sociedad no se presente como ente en el mercado. En Francia, desde 1978, las sociedades civiles se personifican tras su inscripción registral, algo que permite dejar a la autonomía de la voluntad de los contratantes la voluntad de que de la sociedad se derive un ente o no. Pero para saber qué sociedades no se llevan al registro, los redactores de la ley francesa tenían en mente los supuestos en los que no es necesario actuar como ente en el mercado, porque se iba a disolver la sociedad, porque las partes no lo necesitan para satisfacer sus intereses, o porque eran anteriores a la reforma y siguen un régimen especial. Nos interesa el caso segundo: como no es necesaria la personificación, no se pretende ni reconoce, en argumento claramente estructural (168).

En nuestro país no existe la sociedad sin personalidad que pretenda operar como ente en el mercado, pues el reconocimiento general de personalidad hace diferente nuestra situación respecto de otros países: en Alemania no se reconoce legalmente de modo expreso la personalidad en la sociedad civil, aunque ahora razones prácticas lo aconsejan, ni en Portugal. Tampoco es nuestra sociedad interna la sociedad oculta que se diseña en Derecho italiano, donde se piensa en la existencia de una sociedad perfectamente constituida y que actúa como tal, aunque cuenta con la presencia de posibles socios ocultos, y la gran preocupación doctrinal reside, principalmente, en atender a la responsabilidad del socio oculto en caso de quiebra del grupo (169).

Y los **ámbitos** en los que se encuentran sociedades internas pueden ser muy variados: pensemos en aquellas sociedades que tienen por objeto explotar fincas rústicas, o celebrar actividades de colaboración puntua-

(168) En concreto, se tenían en mente los casos de gestión de ciertos bienes familiares y de los pequeños negocios agrícolas, en los que la personificación no aporta nada sustancial para satisfacer los intereses de las partes (sobre esto, *vid.* BEZARD, P.: *Sociétés civiles. Contrat de société, dispositions applicables aux sociétés commerciales, sociétés en participation, registre du commerce et des sociétés*, Librairies Techniques, París, 1979, núm. 278, p. 125).

(169) A modo de resumen general, y aunque defienda posturas diferentes de las nuestras, *vid.* TENA PIAZUELO, I.: "El contrato de sociedad civil y las sociedades irregulares en los derechos español, francés e italiano", ADC, 1999-IV, pp. 1478-1480.

les y las partes no pretenden operar como grupo en el mercado. O, un ejemplo más relevante desde el punto de vista económico, el caso de la *joint venture*, que conlleva una modalidad de cooperación societaria entre empresas (170). Además, debemos destacar cómo en algún caso concreto el ordenamiento ha pretendido configurar alguna sociedad como externa, como las sociedades de abogados del Estatuto General de la Abogacía aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio (171). A veces, la falta de interés por disfrutar de personalidad se plasma también legalmente, como pasó con las Uniones Temporales de Empresas (172).

Una vez repasada la concepción que estimamos más acertada, vamos a ocuparnos expresamente de los **presupuestos** que destaca el artículo 1.669 CC como característicos de estas sociedades, y que son consecuencia de la configuración impresa a la sociedad interna. El primer factor al que alude expresamente este artículo es *que los pactos permanezcan secretos entre los socios*. Exige, por tanto, una conducta por su parte: la intención es la de que esos socios hayan decidido que no sólo el contenido, sino la mera existencia de ese pacto social, no sean conocidos por terceros. “La publicidad de los pactos de sociedad se halla terminantemente prescrita

(170) Sobre ello, *vid.* ESTEBAN DE LA ROSA, F.: *La joint venture en el comercio internacional*, Ed. Comares, Granada, 1999, 9-20. Allí analiza, además, las distintas concepciones configuradoras existentes.

(171) Su artículo 28 se ocupa de las sociedades de abogados, y en su párrafo primero ya adelanta que pueden adoptar cualquiera de las formas lícitas en Derecho, incluidas las sociedades mercantiles. Delimita su régimen en ocho apartados, y el apartado cuarto señala que los abogados “en las intervenciones profesionales que realicen y en las minutas que emitan *deberán dejar constancia de su condición de miembros del referido colectivo*”. Ello impide que los clientes no conozcan que operan con una sociedad, pese a que hayan decidido acudir a ella en atención a un abogado concreto, pues es otro tema bastante diferente: la relación es con la sociedad en todo momento, y el cliente lo sabe. En palabras de ALBIEZ DOHRMANN, la sociedad “debe identificarse en sus relaciones externas como sociedad profesional, tanto con sus clientes como con el Colegio de Abogados y las Administraciones, es titular de derechos y obligaciones, se requiere –aunque sólo formalmente– la inscripción en el Registro especial...” (ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: “La sociedad de abogados *stricto sensu* en el Estatuto General de la Abogacía”, *Diario La Ley*, núm. 5665, jueves, 28 de noviembre de 2002, p. 3). Pese a todo, es bastante matizable que no puedan existir sociedades internas en este sector del tráfico jurídico. Una norma de rango reglamentario no puede contravenir la regulación codificada civil, y el CC es claro a la hora de permitir estos pactos en general.

(172) Reguladas en la Ley 28/1982, de 26 de mayo, el párrafo segundo del artículo 7 indica que “La Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica propia”. El legislador configura este tipo social como sociedad en la que los socios no pretenden operar como ente en el mercado, sino únicamente colaborar temporalmente para ejecutar una obra, servicio o suministro concreto, y de ello se deriva ese desinterés por gozar de personalidad jurídica. Pese a ello, no existe intención de ocultar dicha colaboración, e incluso la unión goza de ciertos atributos de la personalidad, como la denominación propia, la actuación de forma unificada mediante un gerente, la posibilidad de existencia de un fondo operativo común, la imposición a los miembros de responsabilidad ilimitada y solidaria frente a terceros por los actos y operaciones en beneficio común o el reconocimiento judicial de su capacidad procesal.

por el artículo 1.669" (173), afirmación que debemos matizar. Ya que debemos determinar exactamente a qué tipos de pactos alude, teniendo en cuenta, en primer lugar que, dependiendo de la visión que se tenga del artículo 1.669, la solución será diferente (174). En segundo lugar, además, esos pactos constitutivos no son los únicos pactos que pueden existir en el seno de la sociedad civil, sino que caben otro tipo de pactos, posteriores, entre los socios que, igualmente, pueden pretender cierta reserva, incluso con cierta operatividad, que no sean encuadrables dentro de la órbita del artículo 1.669 CC, y deben ser diferenciados de los pactos a los que alude el artículo.

Lo que deba entenderse por pacto secreto dependerá de la concepción que se defienda respecto de las sociedades que se encuadren dentro del artículo 1.669 CC, y nosotros ya hemos expuesto la opción que estimamos acertada. No se refiere el artículo 1.669 a los pactos de la sociedad que no se inscribió en el Registro Mercantil, a pactos que ni se elevaron a escritura pública (175), ni a los pactos reguladores de una sociedad de la que no existe publicidad de hecho, sino a los constitutivos de la sociedad, que permanecen reservados entre las partes de tal modo que la propia existencia de la sociedad no es conocida por terceros a ella al operar en el mercado. No cabe que afecte únicamente a algunos de los pactos (176),

(173) GONZALO DE LAS CASAS, J.: "Aplicación práctica del CC español a todos los actos y contratos que comprende formulados según deben redactarse ó comentario teórico-práctico general del mismo", *Oficina de la Gaceta del Notariado*, Madrid, 1889, p. 601.

(174) Así, señalaba FALCÓN que "Para su constitución (de la sociedad) sólo se requieren las personas capacitadas para obligarse, y que den publicidad al pacto que forman libremente para que públicamente conste el nacimiento de la nueva personalidad jurídica. Exige con tal rigor la ley esta publicidad, que niega personalidad jurídica a toda asociación que mantenga secretos sus pactos; pero *no determina el modo de dar cumplimiento a esta publicidad*. Ignórase que lo mismo, porque el código no lo ha resuelto, si se entenderá bastante publicidad la de los *anuncios, prospectos, carteles, rótulos y demás medios* a que ordinariamente se recurre para hacer notorio un hecho de esta naturaleza. Y la ley no ha prescrito una forma general de publicidad, porque no podía imponer una misma a toda clase de sociedades. No podría imponer, por ejemplo, la inscripción en los Registros o la publicación en la *Gaceta* de la escritura constitutiva de la sociedad, porque no toda sociedad se constituye en Derecho civil por medio de una escritura pública" (FALCÓN, M.: *Código Civil español*, t. IV, Ed. Góngora, 1889, pp. 313-314).

(175) La escritura pública no garantiza la publicidad de los mismos. Ello se puede deducir de la lectura del artículo 32 de la Ley Notarial, que prohíbe extraer del edificio en que se custodian ni la escritura matriz ni el libro protocolo, ni siquiera por decreto judicial u orden superior, salvo para trasladarlo al archivo correspondiente o en casos de fuerza mayor. El artículo 274 del Reglamento notarial, por su parte, es claro: "los protocolos son secretos". Sin embargo, alguna sentencia equiparó pacto secreto al no elevado a escritura pública, como la STS 19-1-1976, que señalaba expresamente que los pactos sociales eran secretos *al no constar en forma pública*.

(176) Como planteaba BLASCO GASCÓ, F.: "Los contratos societarios", dentro de *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, coordinados por VALPUESTA FERNÁNDEZ y VERDE-RA SERVER, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 808.

ni siquiera a todos, pero exteriorizando la existencia del vínculo social, sino a la existencia de la sociedad en sí, que no se presentará como persona jurídica al operar en el tráfico.

Deben encuadrarse aquí aquellos casos en los que a los terceros no resulta posible conocer que contratan con una sociedad, porque se ha configurado como interna. Casos en los que permanece desconocida para terceros, pero no donde se sabe que existe aunque sus pactos permanezcan secretos total o parcialmente: aquí la sociedad sí se muestra como tal en el tráfico, aunque parezca contradecir el tenor literal del artículo 1.669 (177). Es más, éste será el supuesto general apreciable en la práctica (178). En este caso, estamos realmente ante otro problema, que es el de la falta de oponibilidad de los mismos, pero no dentro de la órbita de acción del artículo 1.669 CC.

El segundo factor al que alude el artículo 1.669 CC es el de *que cada uno de los socios “contrate en su propio nombre con los terceros”*. Esto será consecuencia del pacto contractual, bien expresa (porque exista pacto de ocultación, de “representación indirecta” u otro, o bien configuración expresa en este sentido), bien tácita. La clave, como venimos defendiendo, es de configuración: la sociedad no aparecerá como ente en el mercado porque no existe, por lo que deben contratar los socios en su propio nombre, no en el de un ente inexistente (así lo configuró ya en su día LAURENT, como sabemos, en el antecedente de esta regulación). Y nos movemos en un ámbito muy próximo al de la representación indirecta, aunque no lo sea, pues no existe una persona representada como tal, cuestión en la que nos detendremos en su momento (179). La situación

(177) Así, la STS 13-3-1930 indicaba que las prescripciones del párrafo primero de este artículo (1.669), *inspiradas en la necesidad de que sean conocidos todos los pactos de las sociedades civiles, se refieren exclusivamente a los socios, ... Desde nuestro punto de vista, no es ésa la filosofía inspiradora del artículo 1.669 CC, que no debe pretender que los terceros conozcan todos los pactos reguladores de la sociedad, sino que conozcan que se contrata con una sociedad que opera como tal.*

(178) En este sentido, SCAEVOLA indicaba que era necesaria la publicidad de los pactos constitutivos, pero ello no quería decir que debieran conocerse *con todo detalle*, sino que era suficiente un conocimiento superficial y *bastando con que lo sean únicamente en lo que afecta a terceros*, pues *aquellos otros de carácter adjetivo que afecten únicamente a los socios y no rocen los elementos esenciales del contrato, no es necesario que sean públicos* (SCAEVOLA: “Comentario al artículo 1.669 CC”, cit., p. 780). Incluso si nos moviésemos en parámetros no estructuralistas, debemos concluir que en este supuesto no estamos ante una sociedad con pactos secretos, pues se manifiesta como tal frente a terceros. Como vimos, será la situación más frecuente que operen sociedades civiles conocidas como ente, pero de las que se desconozcan sus pactos reguladores, por propia configuración de la publicidad en su regulación.

(179) La sociedad no goza de personalidad jurídica, por lo que no existe representado como tal. El socio actúa gestionando los intereses de la sociedad interna, que es como decir el interés común de los socios, entre ellos él mismo (pero común, no el interés particular de cada

es parecida, aunque no se cita como ejemplo cuando se estudia ésta (180): existe representación indirecta “cuando el agente o gestor actúa en su propio nombre con el tercero con quien contrata, de manera que es él y no el *dominus* quien queda directamente vinculado por el contrato” (181). Por tanto, la actuación es mediata: se actúa en nombre propio e interés ajeno, y sólo de modo indirecto, a través de una actividad posterior del gestor, repercute la gestión en la esfera del *dominus* (182).

En el caso que nos ocupa se actúa por cuenta de una sociedad que no existe como ente y que no tiene intención de hacerlo, y, además, el interés gestionado no es ajeno al representante (183). El gestor actúa en beneficio del interés de la sociedad interna. Por tanto, no existe representación indirecta *stricto sensu*, aunque la estructura pueda ser parecida (184): a ese grupo de socios no personificado le interesa tener contacto con terceros, y como no actuará como ente, lo hará el socio, que para actuar en sintonía con la filosofía de la sociedad interna, contratará en su propio nombre.

Esta forma de operar no debe confundirse con la citada en el párrafo segundo del artículo 1.698 CC (185), que piensa en relaciones que no se pueden calificar de sociales, pero que se contraen por cuenta de los

uno de ellos). Otra nota, además, viene a enturbiar esa posible configuración de la situación dentro del ámbito de la representación, y es que el socio presunto representante no gestiona intereses ajenos a los suyos, sino que estos intereses también son sus intereses, él no es extraño a ellos. Por otra parte, tampoco es exacto que se produzcan en todo caso efectos en el patrimonio del actuante, pues éste gestiona los intereses de la sociedad interna, y el supuesto general será el de que la misma interiorice la operación directamente, aunque frente al tercero sea el actuante, como particular, el que opera.

(180) Realmente, no lo es. En nuestro país se suele aludir en todo caso como ejemplos al artículo 1.717 CC, así como al artículo 246 CCom, supuestos ambos de representación indirecta *stricto sensu*.

(181) DÍEZ-PICAZO, L.: *La representación en el Derecho Privado*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 45.

(182) En este sentido, GASPARD ALFARO, J.: “La representación indirecta”, en *Estudios de Derecho Privado* dirigidos por Antonio DE LA E. MARTÍNEZ-RADÓ, vol. I, Ed. Revista de Derecho Privado, 1962, p. 313. La representación indirecta resulta perfectamente encuadrable dentro de la órbita más general de la representación (DÍEZ-PICAZO, L.: *La representación en el Derecho Privado*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, pp. 46-48), pues, pese a que no existirá relación jurídica entre representado y tercero, tiene en común con la representación directa la base sustancial del fenómeno, esto es, “el interés por un interés ajeno, al que se une la ajeneidad del negocio concluido por el representante” (PUGLIATTI, S.: *Studi sulla rappresentanza*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1965, p. 402).

(183) Salvo que no sea un socio el que actúe, sino un tercero que profesionalmente gestiona el interés social.

(184) De hecho, hay quien ha defendido su presencia, como TENA PIAZUELO, I.: “El concepto de sociedad civil irregular...”, cit., pp. 329-340, expresamente p. 333.

(185) En este sentido, GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Ed. Tecnos, Madrid, 1972, cit., p. 356.

intereses de la sociedad (186). La diferencia entre ambos casos está en que, en el supuesto del artículo 1.669, el tercero que contrata con el socio no tiene la posibilidad de conocer que está contratando con una sociedad, pues es interna y se conducirá como tal, mientras que en este otro caso es conocida en el mercado la existencia de la sociedad (aunque no por su contratante en este negocio concreto), porque actúa como ente, sin perjuicio de que el socio haya celebrado el contrato de este modo en este caso [para que la sociedad quede obligada por el contrato celebrado por su socio, debe haberse conducido conforme al art. 1.697 CC (187)].

Dependiendo de la opinión sustentada por cada autor, el tratamiento que se ha ofrecido a este segundo supuesto ha sido muy diferente. Para quienes defendemos posiciones estructuralistas, este segundo requisito no es más que otra consecuencia de la propia configuración de la sociedad: las partes han establecido la reserva de los pactos sociales para evitar que la sociedad se manifieste exteriormente y, como consecuencia de ello, los socios contratarán en su propio nombre con los terceros (188). Entendemos que ese contratar en su propio nombre está íntimamente ligado al primer requisito, es consecuencia de la configuración social, y ambos dan la orientación de lo que pretende el artículo 1.669: los socios celebran contratos con terceros, pero para que sea aplicable, además, deben ser secretos entre los socios los pactos sociales, con lo cual el tercero que contrata con la sociedad no sólo no sabe que existe, sino que piensa que celebra contrato con un particular, persona que actúa en su propio nombre. La ligazón se deriva de que la citada conducta se deriva del pacto. Por ello no será un requisito independiente del primero y equiparable a él como tal, sino una actuación consecuente con la configuración pretendida por los socios (189). Es necesaria su existencia, pero ha des-

(186) CAPILLA RONCERO, F: "Comentario a los artículos 1.697 y 1.698 CC", en *Comentarios...*, cit., p. 516.

(187) Este artículo exige, para que la sociedad quede obligada con un tercero por los actos de uno de los socios, en primer lugar, que el socio haya obrado en su carácter de tal, por cuenta de la sociedad; en segundo lugar, que tenga poder para obligar a la sociedad en virtud de un mandato expreso o tácito; por último, que haya obrado dentro de los límites que le señala el poder o mandato.

(188) Repasando otras opiniones, quien ha vinculado la adquisición de personalidad jurídica a la inscripción registral de la sociedad no ha estudiado esta cuestión, porque para ellos basta con la no inscripción de la sociedad para considerar que no se adquiere la personalidad jurídica, sin que se deba valorar conducta posterior alguna de los socios. La obvia, sin más. Los defensores de la doctrina de la publicidad de hecho, sin embargo, han sobrevalorado esta actuación posterior de los contratantes: el artículo 1.669 no permite calificar a una sociedad en ningún sentido en el momento de formalización del pacto constitutivo, sino que la actuación posterior de los socios es relevante para concluir la existencia o inexistencia de personalidad jurídica en el grupo asociativo.

(189) En este sentido, por ejemplo, la STS 14-11-1997 (M. A. 8124), que estima que, como

pertado menos interés doctrinal que el primer presupuesto, indicio de que su relevancia es menor que la del otro dato a tener en cuenta.

Por último, repasado el texto del párrafo primero del artículo 1.669 CC, debemos plantearnos si es adecuada su redacción o sería necesaria una **reforma**. Del precepto se puede hacer una lectura estructuralista clara, pues los presupuestos en él citados no son sino la consecuencia de la configuración pactada por las partes (190), pero se ganaría en claridad y seguridad jurídica si se modificara su redacción y se incidiera más en la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes, que no pretenden crear un ente, antes que en las consecuencias de dicha configuración (191). Aun así, la lectura del artículo aquí defendida es posible y correcta (192).

consecuencia de que la sociedad sea desconocida como tal por terceros, los socios contratan en su nombre con los mismos.

(190) Y en el primero de los casos expresado de modo deficiente, además, porque esa alusión a los “pactos (que se) mantengan secretos entre los socios” no va referida literalmente a dichos pactos, como hemos comprobado, sino, en realidad, a la reserva de la existencia de la propia sociedad.

(191) Por ejemplo, un precepto que indicara expresamente que no gozan de personalidad jurídica aquellas sociedades en las que las partes no han querido constituir una persona jurídica.

(192) Hasta tal punto es exacta esa plasmación del artículo 1.669 (pese a la incorrección, en el sentido de que no alude a los pactos configuradores, sino a la propia sociedad) que cuando la doctrina alemana se refiere a la sociedad interna alude a que esta sociedad no participa en el tráfico y actúa a través de un socio que opera en su propio nombre [en este sentido, ULMER, P.: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Band 3. Schuldrecht. Besonderer Teil. 2. Halbband (§§ 657-853), München, 1980, p. 311, KESSLER, E.: *Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfüßungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., p. 311].

LA CONSIGNACIÓN EN LOS DOCUMENTOS NOTARIALES DE LA APLICACIÓN DEL ARANCEL Y DE SU DISPENSA

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS
*Académico de Número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación.
Notario Honorario*

SUMARIO: 1. LA LEY DE TASAS Y EL ARANCEL NOTARIAL.

I. LA CONSIGNACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL ARANCEL.

2. NATURALEZA DOCUMENTAL. 3. CARÁCTER DE DOCUMENTO ACCESORIO. 4. NO ES DOCUMENTO PÚBLICO. 5. TAMPOCO ES DOCUMENTO PRIVADO. 6. SU CATALOGACIÓN INSUFICIENTE COMO DOCUMENTO OFICIAL. 7. FINALIDAD DE LAS DISPOSICIONES ADICIONALES 3.^a Y 4.^a DE LA LEY DE TASAS. 8. LA BASE DE APLICACIÓN DE LOS ARANCELES. 9. SU CONSTANCIA EN EL DOCUMENTO. 10. SU MODIFICACIÓN. 11. SANCIONES DISCIPLINARIAS.

II. LA DISPENSA DE DERECHOS Y SU CONSIGNACIÓN.

12. ADMISIBILIDAD DE LA DISPENSA. 13. PROHIBICIÓN DE LA DISPENSA PARCIAL. 14. CONSIGNACIÓN DE LA DISPENSA EN EL DOCUMENTO.

1. La Ley de Tasas y el Arancel notarial

Son objeto del presente estudio, exclusivamente desde el punto de vista notarial y de sus fundamentos civil y procesal civil, la disposición adicional tercera, número 2, párrafo tercero, de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, y la Norma General Novena, apartado 1, de las contenidas en el Anexo II del Arancel de los Notarios, aprobado por Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre.

La disposición adicional tercera de la Ley de Tasas, bajo la rúbrica de "*Aranceles de funcionarios públicos*", dispone en su número 2, párrafo tercero, en lo que afecta a los notarios: "La liquidación del Arancel quedará incorporada al documento público correspondiente. La base de aplicación de los Aranceles, con mención del número del Arancel y honorarios que correspondan a cada acto se reflejarán por el funcionario al pie de la escritura o documento matriz y de todas sus copias..."

En consecuencia, el Arancel de los Notarios, redactado en cumplimiento del apartado 3 de la disposición transitoria de dicha Ley de Tasas y aprobado por Real Decreto 1426/1989, dispone: "El importe de los derechos devengados, la base tenida en cuenta para su cálculo y los números del Arancel aplicados, se harán constar por el Notario, con su firma, al pie de la escritura o documento matriz y de todas sus copias" (Norma General Novena, 1).

I. LA CONSIGNACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL ARANCEL

2. Naturaleza documental de la consignación arancelaria

La naturaleza realmente "documental", de verdadero "documento", que tiene la consignación de la correspondiente aplicación arancelaria en cada instrumento público afectado por estas disposiciones de la Ley de Tasas y del Arancel notarial, parece evidente.

Bien es cierto que el Código Civil no formula un concepto de documento en que subsumirla, sino que lo da por supuesto en el artículo 1.216: "Son documentos públicos los (documentos) autorizados...". Y que la Ley de Enjuiciamiento Civil tampoco expresa ese concepto, sino que "a efectos de prueba en el proceso" contiene una enumeración de documentos públicos (art. 317), más un concepto negativo de los documentos privados (art. 324), sin perjuicio de que a otros efectos, por ejemplo a los del proceso monitorio (art. 812), maneje una acepción más amplia de documen-

to. Proporciona, en cambio, un concepto de documento el Código Penal, artículo 26: “A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”; pero el precepto mismo empieza advirtiendo que no puede extrapolarse de sus propias finalidades punitivas.

En nuestro caso, a los efectos de la aplicación del Derecho privado y del proceso a él encaminado a que principalmente se dirige el Derecho notarial, existe un generalizado consenso doctrinal y jurisprudencial sobre el concepto de documento, si dejamos a un lado las disensiones sobre el carácter documental o especial de las reproducciones audiovisuales y de los soportes informáticos, que aquí no entran en juego, y las divergencias sobre la naturaleza declarativa o representativa del documento, que tampoco ahora nos afectan. Y conforme al mismo debemos afirmar que el documento no es solamente la “expresión de un pensamiento humano con relevancia jurídica”, pues no se distinguiría de las declaraciones de partes o testigos, medios diferentes de prueba, sino su expresión “por medio de una cosa a la que un hombre ha incorporado unos signos” que la hacen apta para ello, porque, como dicen los procesalistas, el documento constituye una prueba “real”. El documento es, pues, en expresión de IRTI, una *res signata*, una cosa signada, en que ambos elementos son imprescindibles: “el documento no es la cosa, ni es el signo sino conjuntamente *res signata*, objeto sobre el cual el hombre ha obrado” (1). El documento se nos presenta así como una *cosa*, una realidad del mundo exterior, constituida por una *materia* y una *grafía* artificialmente incorporada a ella.

La naturaleza de documento de la “consignación” en una escritura de la aplicación arancelaria a ella atinente contiene uno y otro elemento, la corporalidad y la grafía, y constituye, pues, como comenzábamos afirmando, un verdadero “documento”.

3. Su carácter de documento “accesorio”

Ahora bien, se trata de un documento que carece de sustantividad, de un documento “accesorio” a aquel otro documento principal cuya aplicación arancelaria exterioriza.

La escritura ha quedado “completa”, que decían los textos romanos (Código, 4.21.17; Instituciones, 3.23), otorgada y autorizada como decimos hoy, con la firma de las partes y el signo, firma y rúbrica del notario; la aplicación del Arancel es un acto posterior al documento, un acto que no

(1) IRTI, Natalino: *La repetizione del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 85.

puede existir sin que el documento esté ya autorizado, y es además un acto unilateral, exclusivo del notario, sin intervención alguna de las partes, que pueden estar disconformes con la aplicación del Arancel efectuada por el notario y que como es natural la podrán impugnar; y como tal acto ulterior y distinto no forma ni puede formar parte de la escritura, sino que deberá añadirse a ella.

La expresión de la Ley de Tasas, “la liquidación del Arancel quedará incorporada al documento público”, hay que entenderla como una mera incorporación física, al mismo papel en que está extendido el documento público al que se aplica, según resulta de su colocación “al pie de la escritura” que literalmente ordenan la Ley de Tasas y el Decreto de Aranceles; “a las espaldas” del documento, como decían los precedentes históricos, que luego citaremos. Sería incorrecto, aunque facilitara la expedición mecánica de las copias, su colocación entre el “doy fe” final del texto documental y las firmas, antes de éstas, como si las partes, con su firma, hubieran aprobado una aplicación realizada exclusivamente por el notario, provocando así confusión sobre su procedencia.

4. No es documento público

Para proporcionar el concepto de documento público, el Código Civil sigue en su artículo 1.216 un sistema de definición, mientras que la Ley de Enjuiciamiento Civil prefiere, como hemos visto, en su artículo 317, un sistema de enumeración a la que subyace el mismo concepto de la definición del Código.

“Son documentos públicos –dispone el art. 1.216 CC– los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley”. Tres son, pues, los requisitos exigidos para que un documento pueda ser calificado de público: que su autor sea un funcionario público, que ese funcionario sea competente y que en la autorización del mismo se hayan guardado la formalidades legalmente exigidas. Pero ese “competente” del artículo 1.216 se integra por un abanico de distintas competencias, entre las que, además de las referentes al territorio, al fondo del asunto y a su documentación, se comprende la especial competencia para dar fe de ese documento, para autorizarle *con fe pública*.

En este sentido, FERRUCCI había denunciado “una cierta tendencia a atribuir la cualidad de documentos públicos... a documentos redactados por oficiales públicos o, en general, provenientes de la Administración pública, con tal de que hayan sido originados en el ejercicio de las funciones propias de los unos o de la otra”; se comete así “el error de no tener en cuenta el hecho de que el artículo 2.699 [del *Codice* italiano,

correspondiente a nuestro 1.216 CC] requiere una especial competencia del funcionario público del que proviene el documento; y que tal competencia no se puede confundir con las otras funciones en relación a las cuales se particulariza la posición del funcionario público. Se trata, en efecto, de un poder de certificación *erga omnes*, que no corresponde al funcionario público sólo en cuanto tal, y que éste no adquiere por el solo hecho de ser llamado a determinadas verificaciones a fines administrativos. Tales verificaciones, aunque sean efectuadas para fines públicos —esto es, para aquellos fines que toda actividad de la administración pública debe perseguir—, quedan condicionadas al fin práctico que persiguen, y que es el de determinar un cierto comportamiento de la Administración pública. Tienen, por tanto, carácter meramente «interno», desterrándose de ellas, como regla —salvo, claro es, que lo contrario sea explícitamente establecido por la ley—, aquella categórica eficacia probatoria que es propia de aquellos documentos a los que corresponde la denominación de documento público en el sentido del artículo 2.999 [nuestro 1.218 CC]” (2).

La misma postura inspiran los números 5.º y 6.º del artículo 317 LEC, que solamente consideran documentos públicos administrativos —en los que el requisito de la “competencia” contiene una superior problemática— “los expedidos por funcionarios públicos legalmente *facultados para dar fe* en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones” (núm. 5.º), y “los que con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público sean expedidos por funcionarios *facultados para dar fe* de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades” (núm. 6.º).

“El problema es muy grave —escribí en otro lugar (3)—, porque una simplista solución afirmativa, y la consiguiente atribución de fe pública a todos los documentos emanados de cualquier funcionario público en el ejercicio de sus funciones pondría en penosa situación a los ciudadanos, a su libertad y seguridad; piénsese en la pléyade de inspectores, en todos los sectores imaginables, que tiene un Estado moderno; piénsese en los atestados de la policía gubernativa, o de la policía de tráfico, respaldados por el artículo 1.218 del Código Civil.”

En nuestro caso, el documento que recoge la aplicación del Arancel a un documento público notarial no es documento público, porque a su funcionario público autorizante, al notario, le falta aquí la competencia especial para dar fe de un documento en el que está directamente inte-

(2) FERRUCCI, Romeo: *Commentario del Codice Civile* de Ugo NATOLI y Romero FERRUCCI, libro VI, tomo I, “Della Tutela dei Diritti - Trascrizione - Prove”, Torino, 1959, pp. 295-96.

(3) “Escrituras, contraescrituras y terceros”, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 12-5-1978, publicada en sus *Anales*, tomo XXII-II, 1981, p. 284.

resado, lo que le convertiría en un instrumento nulo (Ley del Notariado, art. 27.1.º). Baste recordar que la consignación arancelaria no puede producir los efectos que a los documentos públicos atribuyen los preceptos legales; no hace prueba del hecho que motiva su otorgamiento (CC, art. 1.218), no hace prueba plena del acto documentado (LEC, art. 319.1); no hace la menor prueba, frente al otorgante obligado al pago, de la cuantía de los honorarios que en él figuran, sino que puede discutirla y recurrirla; no goza, como los instrumentos públicos, de una presunción de validez e integridad mientras la nulidad sea declarada por los Tribunales de Justicia (art. 17 bis de la Ley del Notariado), porque la minuta puede impugnarse en vía administrativa ante el Colegio Notarial respectivo, y la resolución de éste puede apelarse ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (Norma general 10 del Arancel).

5. Tampoco es un documento privado

Al no ser documento público, podría pensarse que este documento de aplicación del Arancel es un documento privado, a la vista del concepto negativo que, intentando llenar la omisión que presenta el CC, ha dado del documento privado el artículo 324 de la LEC: “Se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 317”; esto es, todos aquellos que, según este precepto, no son documentos públicos.

Pero tampoco se trata de un documento privado, como los que el notario otorga como particular, puesto que está autorizado por el notario, que es funcionario público, como tal funcionario público, en cumplimiento de una obligación legal que le imponen la Ley de Tasas y el Arancel Notarial aprobado por Real Decreto, y que tiene competencia para su documentación, pero no para la de atribuir fe pública a ese documento.

6. Su catalogación insuficiente como documento oficial

El fundamental defecto de la definición del artículo 324 LEC es partir del axioma de que todo documento es público o es privado, cuando la realidad presenta, como siempre ocurre, documentos, y categorías de ellos, de naturaleza intermedia.

Según hemos visto, la LEC del año 2000 ha reconocido la existencia de unos documentos administrativos, a los que no da una denominación específica, que no son documentos públicos porque están autorizados por funcionarios públicos sin fe pública (art. 317, 5.º y 6.º), pero que tampoco

son documentos privados, como resultaría del concepto negativo que tiene de éstos (art. 324), porque proceden de un funcionario público en el ejercicio de una función pública, que puede ser incluso de documentación, pero no de dación de fe pública a ese documento. Más precisamente la Ley de Firma Electrónica, 59/2003, de 19 de diciembre, dispone en el artículo 3.6 que el documento electrónico será soporte de: a) documentos públicos, c) documentos privados y, en medio, “b) documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica”, y a los que tampoco da una denominación especial. Fue la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (Ley de Acompañamiento), la que, al tratar del uso de la firma electrónica por notarios y registradores, introdujo la denominación de documentos “oficiales” (conf. arts. 109.1.c. y 110.1), que la doctrina procesalista había tomado del Derecho Penal (4).

“La noción de *documentos oficiales* –escribe Andrés DE LA OLIVA–, cada vez adquiere mayor importancia. No se trata sólo de una categoría documental relevante en el Derecho penal (arts. 390 y ss. CP), sino de un tipo de documentos que se utiliza con creciente frecuencia en multitud de relaciones jurídicas, también de las correspondientes al orden jurisdiccional civil. Poseen muchas veces los documentos oficiales virtualidades probatorias que no son ni las del simple documento privado, ni las del documento público. Piénsese, en efecto, que muchos documentos oficiales no presentan las garantías formales de autenticidad ostensibles en un documento notarial, pero están provistos, en cambio, de algunos elementos (papel con membrete, sello, etc.), que les hacen surtir en juicio el efecto ape-

(4) He tratado amplia y repetidamente de todas las materias documentales que preceden en: *La prueba en la nueva Ley (de Enjuiciamiento Civil)*. (*Prueba documental*), conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 9 de abril de 2002, dentro del Ciclo “Temas de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7/1/2000”; publicada en la *Revista Jurídica del Notariado*, 43, julio-septiembre 2002, pp. 235-84; y en *Estudios sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil y su práctica inicial*, coordinados por Víctor Fairén Guillén y Juan Luis Gómez Colomer, Universitat Jaume I y Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2004, pp. 67-128. “El nuevo artículo 17 bis de la Ley del Notariado y otras incidencias en la Legislación Notarial de la Ley 24/2001”, conferencia pronunciada el 14-11-2002 en la Academia Matritense del Notariado, pendiente de publicación en sus *Anales*; publicada en la *Revista Jurídica del Notariado*, 48, octubre-diciembre 2003, pp. 81-150; con el título de “Incidencias en la seguridad jurídica preventiva de la Ley 24/2001”, en los “Ensayos de Actualidad” de *Escritura Pública*, Consejo General del Notariado, 2004, pp. 95; y en el *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, 3, 2004, pp. 253-332. Y en “Firma electrónica y documento electrónico”, comunicación leída el 15-3-2004 en el Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, publicada en sus *Anales*, número 34, Madrid, 2004, pp. 381-428. Un texto ampliado y actualizado de esta comunicación se ha publicado en los “Ensayos de Actualidad” de *Escritura Pública*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2004, pp. 132.

tecido por quien los aporta, sin necesidad de compulsa con originales (si los hay disponibles), registros, etc. Es decir, tienen más fuerza que el documento privado y casi tanta como el público. En otros casos, distingue a los documentos oficiales una llamada «presunción de verdad» respecto de su contenido» (5).

Podemos aceptar esta terminología de documento oficial que se va imponiendo, y utilizarla para la consignación de la aplicación arancelaria exigida por la Ley de Tasas y el Real Decreto de Aranceles, siempre que se tengan en cuenta dos consideraciones: a) que estos documentos oficiales no tienen nada que ver con el concepto de documento oficial del Derecho penal, y b) que esa calificación no resuelve ninguna de las cuestiones que puedan plantearse respecto a un tipo concreto de documento, porque los llamados documentos oficiales no constituyen una figura homogénea.

a) Nos dicen CONDE-PUMPIDO y BURKHALTER THIÉBAUT que, según la jurisprudencia penal frente a los documentos públicos, “expedidos por quienes son depositarios de la fe pública”, serían documentos oficiales –denominación que aparece en la rúbrica de la Sección que inicia el art. 390 del Código Penal–, “los formalmente expedidos por las Administraciones públicas (Estado, Comunidades Autónomas, Provincias y Municipios) para satisfacer las necesidades del servicio o función pública y de los demás entes o personas jurídico-públicas con el objeto de cumplir sus fines institucionales” y, también, en virtud de su “destino”, según la jurisprudencia más reciente, “las declaraciones escritas recepticias dirigidas por particulares a un organismo público u oficial, y susceptibles de producir efectos administrativos y resoluciones de tal clase, así como los documentos confectionados ya *ab initio* con el fin o destino de su incorporación a un registro o expediente público u oficial” (6). La jurisprudencia penal ha considerado, por ejemplo, documentos oficiales el permiso de conducir, el permiso de circulación de un automóvil, la declaración a efectos del padrón municipal, los boletos de apuestas, el escrito de quien presenta en el Registro civil como hijo al que en realidad es su nieto, los partes de alta y las recetas de la Seguridad Social, etc. (7); supuestos que, al partir de conceptos distintos, están como se ve muy alejados de los aquí aludidos,

(5) OLIVA SANTOS, Andrés de la: *Derecho Procesal Civil: el proceso de declaración conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, con Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Madrid, Areces, 2000, pp. 334-35.

(6) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, y BURKHALTER THIÉBAUT, Joaquín: “De las falsedades documentales”, pp. 3669-70 (vol. 3) de *Código Penal - Doctrina y Jurisprudencia*, director Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, tres volúmenes, Trivium, 1997, pp. 5468.

(7) *Op. cit.* en la nota anterior, pp. 3722-25.

y en concreto de la consignación de la aplicación arancelaria de un documento notarial.

b) Dejando a un lado los problemas penales, ajenos a nuestro estudio, resaltemos que, con la expresión de “documentos oficiales”, solamente se ha creado, como tantas veces ocurre, un verdadero cajón de sastre, porque no constituyen una categoría homogénea, sino que incluyen documentos de la más variada naturaleza. Así lo reconoce la misma LEC al querer determinar su eficacia en el artículo 319.2: “La fuerza probatoria de los documentos administrativos no comprendidos en los números 5.º y 6.º del artículo 317, a los que las leyes otorguen el carácter de públicos –sin ser por tanto verdaderos documentos públicos, ya que están autorizados por funcionarios sin fe pública–, será el que establezcan las leyes que les reconozca tal carácter. En defecto de disposición expresa en tales leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado”. La calificación de un documento como oficial es, pues, insuficiente; la variedad y heterogeneidad de los documentos comprendidos en la nueva categoría conduce a la diferenciación de sus efectos y obliga a estudiar en particular cada uno de los documentos concretos calificados de documento oficial –en nuestro caso, la consignación en la escritura pública de la aplicación arancelaria– para apreciar su finalidad y su importancia.

7. La finalidad de las disposiciones adicionales 3.ª y 4.ª de la Ley de Tasas

Muchas son las normas que no pueden entenderse sin determinar el fin que pretenden, o en las que el elemento teleológico es decisivo, al menos, para iniciar su interpretación.

La finalidad buscada por las disposiciones adicionales tercera y cuarta de la Ley de Tasas –aparte la de incrementar las competencias del Ministerio de Economía y Hacienda sobre los funcionarios públicos retribuidos mediante Arancel, en detrimento de las competencias de los Ministerios de que dependen, DA 3.ª, núms. 5 y 6– fue la de acabar con el arraigado vicio de consignar en las escrituras de transmisión de inmuebles unos precios inferiores a los reales. Propósito bien difícil de alcanzar con un Ordenamiento jurídico en que el Código Civil permite mantener la validez de los contratos cuando se ha expresado una causa falsa, probando que están fundados en otra verdadera y lícita (art. 1.276); el Código Penal decide que no comete delito de falsedad el particular que en un documento público falta a la verdad en la narración de los hechos (art. 392

en relación con el 390.1.4.º); y la jurisprudencia del Tribunal Supremo frecuentemente estima, por ejemplo, que el precio que ha de reembolsar quien ejercita un retracto legal es el realmente satisfecho por el comprador, y no el inferior que simuladamente las partes han consignado en la escritura de la venta en que aquél se subroga (conf. STS 20-9-1988, 28-6-1991, etc.).

La indicada finalidad aparece patente en la cuarta de sus disposiciones adicionales, hoy desaparecida: “Cuarta. *Tratamiento fiscal de las diferencias de valor resultantes de la comprobación administrativa*. En las transmisiones onerosas por actos «inter vivos» de bienes y derechos que se realicen a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, cuando el valor comprobado a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales exceda del consignado por las partes en el correspondiente documento en más del 20 por 100 de éste, y dicho exceso sea superior a 2.000.000 de pesetas, este último sin perjuicio de la tributación que corresponda por el Impuesto citado, tendrá para el transmitente y para el adquirente las repercusiones tributarias de los incrementos patrimoniales derivados de transmisiones a título gratuito”; los notarios, por su parte, “efectuarán, con ocasión de la autorización de documentos públicos o de su intervención en todo tipo de operaciones, las advertencias que procedan sobre las consecuencias fiscales o de otra índole de las declaraciones o falsedades en documento público o mercantil” (DA 3.ª 4). En su virtud los notarios tenían que advertir a los comparecientes, en resumen, que, por el incremento patrimonial correspondiente a ese exceso, el transmitente tendría que pagar un 20 por 100 si fuera persona física, o un 35 por 100 si fuera persona jurídica, aparte en su caso de la plus valía municipal; y el adquirente, además del Impuesto de Transmisiones por la totalidad del valor comprobado, habría de pagar por el mismo exceso el 35 por 100 si fuera persona jurídica, y si fuera persona física lo que resultara aplicando el tipo del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, conforme a su parentesco con el transmitente –en general, extraño– y su propio patrimonio preexistente, y advertir también el posible delito de falsedad.

La norma se había excedido a todas luces, incurriendo en doble imposición y posible confiscación. El Código Penal de 1995 eliminó, como hemos visto, la incriminación por falsedad de los particulares que en sus declaraciones en documento público habían faltado a la verdad; por ejemplo, minorando el precio; y el Tribunal Constitucional, en sentencia 194/2000, de 19 de julio, declaró inconstitucional y nula esta DA 4.ª de la Ley de Tasas (Recurso de inconstitucionalidad 1404/89). La DA 3.ª 4 no había sido recurrida y sigue vigente, pero “las consecuencias fiscales o de otra índole” que en su virtud el notario tiene que advertir ya no son las de la anulada DA 4.ª que he resumido, sino las que tradicionalmente venía advirtiéndolo, y ha quedado convertida en una mera reiteración de las dispo-

siciones notariales y fiscales que las regulaban, lo que equivale de hecho a estar derogada por carencia de contenido propio.

8. La base de aplicación de los Aranceles

Otra de las piezas del sistema introducido por la Ley de Tasas, que subsiste, aunque colateralmente haya quedado en algún modo afectada por la sentencia del Tribunal Constitucional, es el cambio introducido en la fijación de las bases arancelarias.

Estas bases venían determinándose por los valores reales, de conformidad con las normas fiscales; la Ley de Tasas dispone que “los Aranceles se aplicarán sobre los valores comprobados fiscalmente de los hechos, actos o negocios jurídicos y, a falta de aquéllos, sobre los consignados por las partes en el correspondiente documento” (DA 3.^a 2.2). Según opinión generalizada, basada en la interpretación sistemática de la DA 3.^a, la Ley de Tasas se proponía con ello incentivar la cooperación de los notarios en su loable finalidad de acabar con la minoración simulada de los precios; pensaba que los notarios harían así todo lo posible para que las partes declararan el precio real, “planteamiento un tanto infantil –comentaría Juan BOLÁS–, desconocedor del sentido de la actuación notarial e incluso ofensivo e hiriente para la dignidad notarial, al apoyarse la medida en la codicia profesional”; además de “inútil”, porque el notario “carece de medios para obligar a las partes a declarar un precio determinado”, era una medida “perturbadora porque... la confianza de las partes hacia el notario es esencial en la actuación notarial, y con esta medida las partes pueden llegar a pensar que el notario no es imparcial y su consejo no es desinteresado pues busca su propio beneficio” (8).

Aunque el nuevo sistema de base arancelaria se instaurara también en función de la extirpación del fraude fiscal perseguido, con las motivaciones que hemos rechazado, creo preciso reconocer que tiene una autonomía propia, pues viene abonado por razones estadísticas de índole general y por consideraciones estrictamente notariales de seguridad jurídica y transparencia para las partes y de competencia leal entre los notarios en la aplicación uniforme del Arancel. Por ello, la declaración de inconstitucionalidad de la DA 4.^a de la Ley de Tasas sólo privó a la DA 3.^a 2.2 de uno de sus fundamentos, y en este sentido hemos podido decir que que-

(8) BOLÁS ALFONSO, Juan: “La Ley de Tasas y la práctica notarial”, ponencia presentada el 2-6-1989 en el Seminario sobre la Ley de Tasas organizado por el Instituto de Empresa; publicada en el *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, julio 1989, pp. 1235-56; las palabras citadas, en pp. 1239-40.

daba de algún modo afectada, pero en manera alguna que quedara derogada, como de hecho ocurrió con las advertencias de la DA 3.^a 4.

El sistema de fijación de las bases de la aplicación arancelaria de la Ley de Tasas sigue por tanto vigente, con plena aceptación de los notarios siempre que vaya acompañado del Arancel que el Gobierno estime adecuado, como ocurrió con el de 1989, redactado precisamente en cumplimiento de la misma Ley de Tasas, disposición transitoria, apartado 3; a pesar de que en la práctica la base no sea otra que los valores “consignados por las partes”, sin que se haya tomado medida alguna para hacer posible la aplicación real del medio primario de fijación de la base, “los valores comprobados legalmente”, que el notario no llega a conocer o le resulta prácticamente imposible concretar en minuta complementaria.

9. Su constancia documental

La obligación de consignar en el documento la liquidación del Arancel pudo estimarse útil cuando se introducía un sistema nuevo de fijación de bases que podía encontrar resistencias; pero carece de justificación en la actualidad, cuando el sistema ha arraigado en la práctica, y están generalmente reconocidas sus ventajas para la misma función notarial. Ello no nos exime, sin embargo, de continuar con su estudio.

Una disposición de índole formal no puede entenderse con independencia de la norma sustantiva a cuya aplicación está encaminada. La norma sustantiva, como acabamos de ver, no es otra que la que instaura el nuevo sistema de determinación de la base arancelaria sobre el valor consignado por las partes, DA 3.^a 2.2, según pone de relieve su colocación sistemática inmediata, DA 3.^a 2.3: “La liquidación del Arancel quedará incorporada al documento público correspondiente...”.

Nada hay nuevo bajo el sol. Los Reyes Católicos tomaron una medida semejante en Pragmática de 26-3-1498, reiterada con una frecuencia que hace presumir su incumplimiento, y recogida en la Nueva Recopilación, “mandamos a todos los escribanos públicos... que asienten en las espaldas de los procesos y cartas de venta, y poderes, y obligaciones y otras cualesquier escrituras los derechos que llevaren de las partes” (4.25.6), y por la Novísima Recopilación, “que así en el registro como en lo que dieren signado, asienten los derechos que llevan de las partes, y lo firmen de sus nombres; y cuando no llevaren derechos, lo asienten de la misma manera” (7.15.18); el precepto estuvo vigente, por tanto, hasta que la Ley del Notariado de 1862 dispuso que los notarios pagaran los mismos impuestos a que están sujetos las demás profesiones análogas (art. 13), lo que hay igualmente que aplicar a las correspondientes obligaciones formales. Claro

es que estos precedentes suponen más una curiosidad que un elemento histórico de interpretación, y no justifican los excesos de la Ley de Tasas porque pertenecen a sistemas jurídicos bien distintos, cuando hasta para editar un libro se exigía licencia y se fijaba el precio a tantos maravedís el pliego.

Se trata, en efecto, de un sistema de control primitivo, que está actualmente superado por las técnicas contables, por las obligaciones formales exigidas y por las inspecciones que realizan los Colegios Notariales, la Dirección General de los Registros y del Notariado y los servicios del Ministerio de Hacienda conforme a la DA 3.^a 6 de la Ley de Tasas: “Sin perjuicio de las competencias propias de los Ministerios de que dependan los funcionarios retribuidos mediante Aranceles, los Servicios del Ministerio de Economía y Hacienda comprobarán la aplicación que efectúen de los mismos con ocasión de la que corresponda, en su caso, realizar de la situación tributaria de dichos funcionarios, dando cuenta de las anomalías advertidas al Ministerio del que dependan, a los efectos disciplinarios que procedan”. Añadamos la existencia del protocolo, del libro-registro de pólizas, de los índices mensuales, la conservación de los duplicados de las minutas, así como la presentación en las Agencias Tributarias y Registros públicos de los documentos autorizados. Por si se estimara poco está legalmente prevista la remisión de información relativa a la aplicación del arancel notarial por el procedimiento que reglamentariamente se establecerá (Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, disposición adicional trigésima). Sin exageración, podemos decir que los notarios son los más fáciles de investigar y de controlar entre todos los profesionales y entre todos los funcionarios.

La persona que ha de satisfacer los derechos notariales, por su parte, conoce los puntos concretos a que se refiere la DA 3.^a, y con mayor detalle por la minuta que el notario ha de presentarle, cuando todavía quizá desconoce la consignación arancelaria efectuada en unos documentos que fuera de su alcance están custodiados en el protocolo o se están gestionando en las diversas Oficinas públicas. Por la minuta conoce pues el interesado el importe de la cuenta, la base tomada, los números del Arancel aplicados; y por eso desde la notificación o entrega de la minuta comienza el plazo que tiene el interesado para impugnar los derechos notariales (Arancel, disposiciones generales 9.^a y 10); no desde que se expidió la primera copia en que estaba consignada la liquidación del Arancel.

No existen más legítimos interesados en conocer la cuenta del notario y sus detalles que el Colegio Notarial, las Administraciones públicas indicadas y la persona que tiene que pagarla; todos ellos disponen, como hemos visto, de otros medios de conocimiento y de investigación, por lo que la consignación arancelaria en el documento supone una duplicación

que la priva de carácter esencial. Es más, la consignación de sus datos en “todas sus copias”, a disposición de cualquier persona, viola a mi parecer la *intimidad personal del notario y del otorgante*, y en este solo punto la norma es inconstitucional (CE, art. 18.1).

10. La modificación de la consignación documental

Por otra parte, la consignación documental de la aplicación arancelaria no es intocable una vez extendida, sino que es susceptible de modificación; el notario puede modificarla en una u otra dirección, para disminuir su importe o para aumentarlo, y no sólo para rectificar errores de cuenta (CC, art. 1.266), sino como consecuencia de la disminución o del aumento de las bases arancelarias, o de los conceptos minutados.

Señalemos algunos ejemplos concretos, a los que no sería difícil añadir otros. El notario disminuirá el importe de la minuta cuando haya efectuado un descuento permitido en el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio; si ha aceptado las razones expuestas por el interesado sin necesidad de que éste haya interpuesto impugnación, retirando, por ejemplo, de la minuta algún concepto arancelario (renuncia reconocitiva); o si el Colegio Notarial, o la Dirección General, han estimado el recurso interpuesto por el interesado, rebajando la minuta (disposición general 10 de los Aranceles). Y también podrá el notario aumentar el importe de la cuenta si la ha calculado sobre los valores consignados por las partes en el documento y el valor comprobado fiscalmente ha resultado superior (Ley de Tasas, 3.^a 2.2).

Estas modificaciones en los conceptos o en las bases, o la subsanación de cualquier error cometido, empezando por los puramente materiales, imponen la rectificación de la consignación arancelaria efectuada en la matriz del documento y en las copias ya expedidas, si alguna pudiera ser habida; en las copias ulteriores se hará constar la aplicación ya rectificada, conforme a las normas generales.

Tenemos así un nuevo argumento de importancia para negar la esencialidad de la consignación documental arancelaria.

11. Correcciones disciplinarias

Según hemos visto en la DA 3.^a 6, la infracción de las reglas de la Ley de Tasas puede tener unos “efectos disciplinarios”. Al examinar en concreto estos efectos confirmaremos que, como siempre, lo importante es la norma sustantiva, la aplicación del Arancel conforme a las normas lega-

les, y si se ha hecho así, el incumplimiento de la norma formal, la no consignación en el documento, tiene una importancia muy secundaria. En la Ley de Tasas y en el Régimen disciplinario de los notarios.

La DA 3.^a 3 de la Ley de Tasas introduce, en efecto, un régimen disciplinario propio: “Los funcionarios públicos que, mediando dolo o culpa grave, infrinjan lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior incurrirán en falta reglamentaria muy grave que, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que pudieran derivarse de su actuación, será sancionada con suspensión por plazo de cinco años y, en caso de reincidencia, con la baja definitiva del funcionario en el correspondiente Cuerpo o Escala o, en su caso, separación del servicio”. Únicamente nos interesa aquí su remisión al “párrafo segundo del apartado anterior”, esto es, a la DA 3.^a 2.2, la norma sustantiva que impone la aplicación de los Aranceles “sobre los valores comprobados fiscalmente... y, a falta de ellos, sobre los consignados por las partes”; con lo que excluye de sus previsiones el párrafo tercero de dicho apartado anterior, la DA 3.^a 2.3, la norma formal que dispone la incorporación de la liquidación del Arancel al documento público correspondiente; la falta o las irregularidades en esta incorporación no vienen, pues, sancionadas por la Ley de Tasas. En concordancia, según vimos, la misma Ley de Tasas, DA 3.^a 6, dispone que los servicios del Ministerio de Economía y Hacienda “comprobarán la aplicación” del Arancel, sin atribuirles competencia para comprobar su constancia documental.

Igualmente, en el Régimen disciplinario general de los Notarios (Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, art. 43. Dos) sólo se considera infracción muy grave “la percepción de derechos arancelarios con infracción de las disposiciones por las que aquéllos se rijan” (2.A.g), esto es, la infracción sustantiva, la percepción o cobro de cantidades con quebrantamiento de las normas arancelarias sustantivas. La infracción meramente formal, el no consignar la aplicación del Arancel en el documento cuando su aplicación ha sido correcta, sólo podría considerarse infracción disciplinaria leve, por “incumplimiento de los deberes y obligaciones impuestos por la legislación notarial... siempre que el Notario haya sido expresamente requerido para su observancia por el órgano administrativo o corporativo competente” (2.C).

II. LA DISPENSA DE DERECHOS Y SU CONSIGNACIÓN

12. Admisibilidad de la dispensa

La admisibilidad de la dispensa de sus derechos por parte del notario es evidente. La misma Ley de Tasas pone de relieve que el Arancel notarial tiene por fin, además de la cobertura de gastos, determinar la retribución del notario, sin alterar la naturaleza de ésta, sin injertarla nota alguna de parafiscalidad.

No se trata de una tasa ni de un precio público, conforme a los conceptos contenidos en los artículos 6 y 24 de la citada Ley, ni en su texto original, ni en la redacción vigente, introducida respectivamente por la Ley General Tributaria, 58/2003, de 17 de diciembre, disposición adicional 1, y por la Ley 25/1998, de 13 de julio, artículo 2.

Por ello, la Ley de Tasas no incluye sus disposiciones sobre los Aranceles en su mismo texto, sino fuera de él, en una “Disposición Adicional”, en la que por dos veces se refiere a la “retribución profesional” de los funcionarios, y llega a llamarla “honorarios”, que es la denominación técnica de la retribución de los profesionales libres.

La retribución del notario en una actuación concreta constituye, pues, un “derecho” del notario –“derechos”, y no “honorarios” ni “sueldo”, llama precisamente el Real Decreto de Aranceles a esa retribución–, y como tal derecho puede no ejercitarse y también extinguirse por cualquier medio legal.

13. Prohibición de la dispensa parcial

La renuncia de este derecho del notario, como la de cualquier otro derecho de cualquier otra persona, es válida según el Código Civil “cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros” (art. 6.º 2). Pero la disposición general decimotercera del Arancel de los Notarios contiene una norma especial: “El Notario podrá dispensar totalmente los derechos devengados por cualquier acto o contrato, cuya documentación autorice, pero no tendrá la facultad de hacer dispensas parciales. Tampoco podrá el Notario dispensar totalmente los derechos correspondientes a uno o varios actos o contratos conexos o económicamente relacionados con otros otorgados por el mismo sujeto respecto de los cuales no conceda la misma dispensa”; esta es la norma general, sin perjuicio de los descuentos que pueden realizarse en virtud del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, ya aludido.

El Código Civil y el Real Decreto de Aranceles se refieren a unos mismos actos, pues la dispensa constituye en general una renuncia de derechos arancelarios, aunque en algunos casos pueda tener mejor encaje en otras figuras jurídicas, como la condonación (CC, arts. 1.187 y ss.), o la transacción (art. 1.809 y ss.). Pero interesa señalar que, de conformidad a su respectiva naturaleza, el Código y los Aranceles se mueven en ámbitos distintos; el Código Civil decide sobre la validez o nulidad de la renuncia; el Arancel notarial no entra en estas cuestiones, en las que no tiene competencia, y se limita a declarar la ilicitud de esa actuación notarial concreta que es la dispensa parcial de derechos, con las consecuencias meramente disciplinarias que contiene la Legislación notarial.

La dispensa de derechos puede obedecer a motivaciones muy distintas. Hay dispensas “de uso”, que vienen aconsejadas por la costumbre; las hay de “solidaridad” ante la situación de necesidad del otorgante o por catástrofes colectivas; puede haber otros muchos motivos, no solamente lícitos, sino laudables; pero la Legislación notarial, que quiere la competencia entre los notarios, se preocupa especialmente de que esa competencia sea leal, que esté fundada en la preparación jurídica del notario y en su atención a cada uno de los asuntos, no en la captación de clientes a base de rebajas o comisiones. Por eso prohíbe la renuncia parcial y, según el último inciso de la disposición general citada, una dispensa de derechos que considerada en sí misma es “total” por comprender la totalidad de los derechos correspondientes a uno o varios documentos concretos, se estima dispensa “parcial”, y en consecuencia notarialmente ilícita, siempre que ellos estén en conexión o relacionados económicamente con otros documentos cuyos derechos notariales no han sido objeto de dispensa; el carácter total o parcial de la dispensa hay que contemplarla en tales casos tomando en cuenta el conjunto de los documentos.

14. Consignación de la dispensa en el documento

La Novísima Recopilación ordenaba a los escribanos la constancia en el documento de la dispensa de sus derechos: “y cuando no llevaren derechos, lo asienten de la misma manera” (7.15.18). Actualmente esta consignación no aparece prevista ni en la Ley de Tasas ni en el Real Decreto de Aranceles, pero su posibilidad es totalmente lógica en el Derecho vigente, como la de cualquier otra circunstancia que incremente la transparencia documental; por ejemplo, la de tratarse de un documento sin cuantía, que recomendó en su día la Junta de Decanos (circular de 8-4-1989), y que puede extenderse a todos los documentos no afectados por la Ley de Tasas, especialmente si su exclusión es dudosa.

La renuncia es una figura jurídica multiforme. Aparte de la renuncia “recognoscitiva”, a que ya hemos aludido, sus dos especies más generales están constituidas por las renunciaciones preventiva y abdicativa. La renuncia “preventiva” es la renuncia al derecho de adquirir otro derecho que no ha ingresado aún en el patrimonio del renunciante; es una *omissio adquirendi*. La renuncia “abdicativa” es la que tiene por objeto un derecho ya adquirido, que ya forma parte del patrimonio del renunciante.

Podría pensarse que la renuncia por el notario a sus derechos arancelarios es siempre abdicativa, porque ya han nacido con la autorización del documento, en el mismo momento de la autorización; pero frecuentemente el otorgante pregunta al notario sobre sus derechos acto seguido a la autorización del documento, y en su respuesta, o espontáneamente, el notario le comunica su dispensa cuando todavía no existe la cuenta, y no parece que pueda exigirse al notario que pierda el tiempo en formular y consignar en el documento una minuta que ha dispensado, ni que cometa la falta de educación de dejar constancia en el documento del importe dispensado, para que su cliente se entere.

Estimo, pues, que, desde el punto de vista práctico, la dispensa debe considerarse preventiva cuando todavía no se ha extendido en el documento la nota exigida por la Ley de Tasas, y abdicativa cuando esa anotación ya ha sido extendida en el documento. En ambos casos es aconsejable la indicación del “dispensado” en el documento matriz y en sus copias; si es preventiva, para explicar que no ha incumplido la Ley de Tasas, aunque no figure el correspondiente cajetín; y si es abdicativa, para corregir la errónea impresión de que ha cobrado la cantidad consignada en el documento.

En este supuesto de dispensa abdicativa, en que la consignación de la Ley de Tasas ya figura en el documento y han quedado por tanto cumplidas sus disposiciones, la adición del “dispensado”, extendido siempre fuera del cajetín en que aquélla figura, aunque en sus proximidades, constituye un documento distinto, y tiene claramente la naturaleza de anotación o apunte de carácter interno, como pudiera ocurrir con la indicación de “incobrado” o cualquier otra derivada de la contabilidad del notario.

En el caso de dispensa preventiva, en que no existe en el documento consignación de la liquidación arancelaria, pudiera pensarse que esa indicación de “dispensado” viene a cumplir con la exigencia formal de la Ley de Tasas, y tener por tanto el concepto de documento oficial de baja intensidad que hemos argumentado. Pero lo cierto es que la Ley de Tasas sólo exige la consignación arancelaria como medio de control de la cantidad cobrada por el notario, y en el caso de dispensa total el notario no ha cobrado nada, y por ello la Ley de Tasas no exige la consignación del dispensado de los derechos. El notario no tiene, pues, obligación legal de

hacer constar la dispensa, y el documento en que voluntariamente la consigna no puede ser documento oficial; claro es que, con su ausencia, el notario se expone al inicio de un expediente disciplinario o de una información reservada, pero no por falta de consignación de la dispensa, sino por falta de consignación de la liquidación arancelaria; y en esos procedimientos el notario podrá alegar que la falta de esa consignación se debe a la dispensa de sus derechos.

LA BUENA FE EN LAS TRANSMISIONES INMOBILIARIAS A *NON DOMINO* (*)

JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO

Notario

En las relaciones jurídicas de personas con cosas, la seguridad jurídica se procura con atención al principio de buena fe, con la debida diligencia que ésta requiere, y que plantea la cuestión de si, ante los diversos signos que muestran esas relaciones, debe atenderse prevalentemente a la seguridad estática o a la dinámica.

La buena fe es decisiva y decisoria, en esos casos para conjugar la publicidad de la ley, la visibilidad de signos sensibles de medianería o de servidumbre continua y aparente, la inscripción registral y la posesión, que determina además la unión vital y creadora del hombre y las cosas, que es preciso valorar con un justo equilibrio.

El sistema registral inmobiliario español se centra en la consideración de la publicidad registral como apariencia en la que puede confiar el tercero de buena fe en el tráfico inmobiliario. Conviene precisar este punto de partida observando: primero, que existen otras apariencias legitimadoras que para ser de buena fe este tercero no puede desconocer, y, final-

(*) Publicado en la obra *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, dirigida por Marcos M. CORDOBA, La Ley, Argentina, 2005.

mente, cuál es el juego que tiene la inscripción en la dinámica transmisiva. Son dos cuestiones de las que me ocupé hace muchos años (1).

a) Ha recordado Rafael NÚÑEZ LAGOS (2) que la existencia de unos signos sensibles materiales de servidumbres, de medianería o de la no existencia de ésta, pueden contradecir la apariencia del registro de la propiedad inmobiliaria y que ningún tercero puede alegar su desconocimiento, como reiteradamente ha venido sentando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (el emplazamiento de una presa o azud, S. 13 de enero de 1913, de un cauce, S. 8 de octubre de 1913 o un acueducto, S. 11 de enero de 1895; de luces y vistas ostensibles e indubitadas, SS 5 de abril de 1898, 31 de marzo de 1902; vertiente de tejado o *stillicidi*, S. 12 de octubre de 1904; signo aparente puesto por quien fue dueño común de dos fincas contiguas, SS 17 de noviembre de 1911, 7 de febrero de 1896; posesión de hecho a título de dueño que haya alcanzado la usucapión extraordinaria, conforme el art. 35 LH, SS 13 de octubre de 1994 y 30 de octubre de 1998), y que, asimismo, sin culpa excluyente de la buena fe no puede desconocerse la posesión de hecho si “el adquirente tuvo medios racionales o motivos suficientes para conocer”: “la posesión de hecho y a título de dueño otra persona distinta de su transmitente” (art. 36 a, LH).

Por otra parte, como recordé al ocuparme de la teleología de este registro —en mi estudio antes citado— (3), el fin esencial de nuestro registro de la propiedad resplandece en la exposición de motivos de la Ley de 1861, que explica su finalidad principal de dar publicidad a las limitaciones del dominio no dotadas intrínsecamente de visibilidad: “censos, hipotecas, vinculaciones, fideicomisos, prohibiciones de disponer”, para proteger así al que adquiriera confiado en los datos registrados, garantizándole que lo no inscrito no le perjudicaría.

La atenuación de la publicidad de la tradición, debida a la espiritualización de sus requisitos, hacía necesario integrar, también dentro de la órbita del registro, el supuesto de doble venta cuando la primeramente estipulada no produjera la suficiente visibilidad para eliminar la buena fe del posterior adquirente que inscribiera primero su adquisición.

Pero los legisladores de 1909 no supieron mantener el justo término medio y extendieron la legitimación registral a la posesión tabular más allá de las necesidades que motivaron la instauración de nuestro registro, y,

(1) “La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública”, RDP XXXI, 1947, pp. 931-960, recogido en mis *Estudios sobre derecho de cosas*, 2.ª edición, Madrid, Montecorvo, volumen II, pp. 403-469, 1985.

(2) NÚÑEZ LAGOS, Rafael: “El registro de la propiedad español”, RCDI, XXV, pp. 29 y ss., 1949.

(3) *Op. y loc. cit.* II, 1-2, pp. 408-416 de mis *Estudios*, cit.

en el artículo 41, dotaron al titular registral de una acción para hacer efectiva la posesión, que el legislador, en 1927, tuvo que rectificar a raíz del escándalo de la Aldea de San Nicolás (4). También algunas otras legislaciones habían incidido en el mismo defecto. Pero la reacción no se hizo esperar. Se comenzó por demostrar lo absurdo y perturbador que era entregar al llamado poseedor tabular el arma interdicial. Ya en el derecho austríaco, MINASIEWICZ, UNGER y RANDA separaron completamente la posesión natural de la tabular, diciendo que ésta era más una constancia efectiva en los libros registrales que una situación jurídica.

El BGB y el Código civil suizo separaron claramente ambas materias y admiten la prescripción contra tábulas. La exposición de motivos de este último dice: “La posesión efectiva de los inmuebles no carece de importancia legal, puesto que el poseedor, aún no inscrito, puede oponer la fuerza a todo acto de usurpación. Esta facultad pertenece al poseedor de una cosa mueble, sin que tenga que invocar el derecho en cuya virtud posee y sin que se refiera a la presunción de propiedad. Lo mismo pasa en el caso de posesión efectiva de un inmueble. Además, la posesión es elemento indispensable para la ocupación y para la usucapión, tanto de los bienes inmatriculados como de los que no lo estén”.

Vemos, pues, cómo no sólo aparecen separados de la inscripción los efectos de la *possessio* romana, sino también algunos de los derivados de la *Gewere* germánica. A la inscripción pasa plenamente el efecto traslativo, mientras que los efectos defensivos y ofensivos son desintegrados. Los relativos a la autoayuda quedan en la posesión; los relativos a la presunción del derecho pasan al registro.

Teleológicamente el juego de la fe pública ha querido explicarse en virtud del llamado por MAYER “principio de la ocasión” (5). El propietario que no inscribe peca por omisión, es negligente y, con su falta de diligencia, da ocasión a que otro adquiera e inscriba.

Pero no hay que examinar los problemas desde uno sólo de sus ángulos. Hay que mirar desde todos ellos el anverso y el reverso de la cuestión.

El propietario que posee y cultiva sus tierras, pero olvida su inscripción, es diligente en lo sustancial, aunque negligia lo formal. En cambio, el tercer adquirente del titular inscrito y que a su vez inscribe, pero no se preocupó de examinar la finca, ni se interesó por su estado posesorio, será muy diligente en lo formal, pero descuidado en lo sustancial. ¿Y qué razón hay para que sea preferida la negligencia formal a la sustancial?

(4) Cfr. mi conferencia “Seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica”, RJN, número 33, pp. 207-221, especialmente los textos correspondientes a las notas 11 y 12, 2000.

(5) Cfr. ROCA SASTRE: *Instituciones*, 1.^a edición (Notarías), p. 228, Barcelona, Bosch, 1941-J, volumen II.

Además, desde el punto de vista nacional o del social, no cabe duda que merece mil veces mayor protección el labrador que cultiva sus tierras, que las hace producir incorporándolas a la economía nacional y que, en contacto con la cosa, realiza el fin social de ésta, que no aquel adquirente, probablemente especulador, que, aunque haya cumplido a la perfección todos los requisitos formales, ni tan siquiera se ha dignado echar una mirada de comprensión al pedazo de la madre tierra que va a adquirir.

b) Hemos recordado que los signos de servidumbre y medianería constituyen medios de publicidad que no es posible desconocer para ser tercero de buena fe a efectos registrales (6), y, también, cuál es el valor que el artículo 36 LH, en su reforma del año 1944, reconoce a la posesión de hecho a título de dueño por persona distinta del titular registral.

El artífice principal de esa reforma, José María DE PORCIOLES (7), explicaba que ese “amparo de la posesión y de la prescripción no es producto arbitrario del ordenamiento jurídico, sino exigencia de una realidad que no puede desconocerse”; ya que arranca del “principio de la especificación” y “de la función social de la propiedad, a que por su naturaleza están adscritos todos los bienes singularmente los de carácter inmobiliario”. Rafael NÚÑEZ LAGOS (8) comenta: “La dogmática de la conferencia de PORCIOLES reflejada en la nueva Ley (art. 36), supone conceder beligerancia a la posesión física y efectiva como sistema de publicidad del dominio distinto del registro. En su aspecto positivo, cuando la posesión tiene publicidad y excluye el disfrute del titular inscrito, es conocida o debe ser conocida del tercer adquirente y produce específicos efectos respecto de la protección a éste por la fe pública. Por contra, en su aspecto negativo, si el titular inscrito, por la índole de su derecho, no tropieza con la posesión y disfrute del poseedor extrarregistral, la ley le declara ileso de la usucapión contra tábulas, porque, en tales supuestos, queda cesante o durmiente la publicidad de la posesión y no engendra incompatibilidad con el ejercicio de los derechos del titular inscrito”.

Esta publicidad de la posesión no se basa en una simple deducción dogmática. Tiene, a nuestro parecer, una firme base en el artículo 448 del Código Civil.

Dice éste: “El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción de que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo”.

(6) *Supra* texto correspondiente a la nota 3 y pp. 229-231 del citado estudio de Rafael NÚÑEZ LAGOS.

(7) DE PORCIOLES, José María: “La prescripción y el registro de la propiedad”, conferencia del cursillo del año 1944. *Cuestiones de Derecho hipotecario y social*, p. 170, Barcelona, Colegio Notarial, 1945.

(8) NÚÑEZ LAGOS, Rafael: “Realidad y registro”, p. 427, RGL y J 177, 1945-1.

Como advertí hace años (9), no hay colisión entre las normas de los artículos 448 CC y 38 LH, que no sólo presume la existencia y pertenencia al titular registral de los derechos reales inscritos sino incluso la posesión por aquél del dominio y derechos reales inscritos a su nombre. Son dos preceptos distintos, pero no dos normas contradictorias. Sientan sendas presunciones de sentido diferente, pero que pueden armonizarse entre sí. Y tanto esto es así que, como luego veremos, en la propia Ley hipotecaria encontraremos los elementos precisos para armonizar ambos preceptos.

Mis maestros Blas PÉREZ y José ALGUER (10) interpretaron el artículo 448 CC en el sentido de que contiene la presunción de que el poseedor actual de una cosa adquirió el dominio o el derecho que posee, añadiendo que esta presunción aparece completada por la del artículo 436, en cuya virtud “se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario”.

En suma, la presunción de dominio o de titularidad real, a favor del poseedor en concepto de dueño o del titular de un derecho real, enraiza ésta en el acto adquisitivo. No es una presunción abstracta. Se presume que el poseedor en concepto de dueño adquirió legalmente el dominio. Pero si quien la contradice demuestra que el acto originario, en virtud del que se comenzó a poseer en concepto de dueño, no era suficiente para la adquisición del dominio, caerá por su base la presunción del artículo 448. Claro que esta contraprueba es difícilísima, porque para ello no basta con probar que un determinado acto no bastó para adquirir el derecho, sino que además habrá que demostrar la adecuada conexión de éste con el verdadero origen de la posesión. Es decir, que aquel acto “no suficiente” fue el acto inicial de aquella posesión en concepto de dueño. Pero si llegase a ser demostrado, caería la presunción del artículo 448 y —como dicen PÉREZ y ALGUER (11)— “el que afirmase haber adquirido la propiedad después de la adquisición de la posesión, tendría que probarlo, con arreglo al artículo 436”.

En el artículo 448 late la primera de las viejas presunciones placentinas (12), así como en el artículo 464 hay algo de la tercera de ellas.

Esta interpretación del artículo 448 fue rubricada por la STS de 25 de marzo de 1925, que, en uno de sus considerandos dice: “La posesión in-

(9) “La buena fe, la inscripción y la posesión”, III, pp. 418 y 422, 2, cfr. *Estudios*, ult. cits., 3 y 4.

(10) PÉREZ, Blas, y ALGUER, José: “Notas al Derecho de cosas”, p. 113, de Martín WOLFF, Barcelona, Bosch Casa, VI-I, 22, 1, Ed. 1934.

(11) *Ibíd.*, p. 114.

(12) Cfr. Justus Wilhelm Hedemann: *Las presunciones en el Derecho*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, pp. 87 y 88, nota 8, 1931.

memorial es título bastante para justificar la acción de retracto de comuneros y del dominio directo y útil con relación a las fincas poseídas, porque la posesión en el concepto de dueño a que se refiere el artículo 432 en el Código Civil atribuye a quien la disfrute, mientras no sea vencido por quien ostente mejor derecho, todas, absolutamente todas, las ventajas del artículo 348 del mismo cuerpo legal”.

La misma Ley hipotecaria, más o menos conscientemente nos brinda la solución para armonizar el artículo 448 CC y el 38 LH, en el artículo 36, que dice: “la prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito si éste no la interrumpe en la forma y plazos antes indicados [el año siguiente a su adquisición sin haberla consentido expresa ni tácitamente ni efectuar acto obstativo de la libertad del predio sirviente] sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total”.

La posesión en curso —como escribe Ángel SANZ (13)— no es, en suma, sino la *possessio ad usucapionem*. Esta posesión —según dicho comentarista—, si el titular registral no la interrumpe antes del año de su adjudicación, le perjudicará enervando el ejercicio del procedimiento sumario del artículo 41 de la Ley hipotecaria. Con lo cual, aquél ya no podrá, a partir de la consumación de tal plazo, recuperar la posesión más que por los medios ordinarios del derecho civil.

Por mi parte, estimo que es así porque la prescripción en curso supone una suma de elementos: posesión en concepto de dueño y transcurso del tiempo, por lo menos. No es, pues, lícito considerar que uno sólo de ellos haya de perjudicar al titular inscrito y el otro no.

Ahora bien: si la *possessio ad usucapionem* incluso perjudica a tercero si éste antes del año de su adquisición no la interrumpe, con mayor razón perjudicará a quien no tenga tal condición de tercero. Es decir, que quien ostente la posesión en concepto de dueño gozará plenamente frente al titular inscrito de las facultades que al poseedor en concepto de dueño le atribuye el Código Civil tan pronto como sea verdadero poseedor; es decir, así que haya transcurrido desde su inicio el plazo de un año, señalado en el número 4 del artículo 460 del Código Civil.

En tal supuesto, la presunción del artículo 448 del Código Civil se impondrá a la del artículo 38 de la Ley hipotecaria.

Con ello llegamos a concretar que la presunción del artículo 38 de la Ley hipotecaria es una presunción *prima facies*. Que cae si se demuestra que otra persona posee en concepto de dueño con más de un año de

(13) SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, pp. 283 y 297 y ss., Madrid, Inst. Ed. Reus, 1945.

antigüedad, en cuya hipótesis la presunción del artículo 448 del Código Civil se impone (14).

c) Finalmente debemos observar cuál es el juego de la inscripción en la dinámica transmisiva. También examiné este tema hace años (15) y, en parte, rectifiqué al convencerme, hacia el año 1961, de la posibilidad de la propiedad relativa (16). Voy a recordarlo.

La inscripción constitutiva no existe en nuestro derecho, como hemos visto, pues según ha explicado Ursicino ÁLVAREZ SUÁREZ (17), la inscripción constitutiva abstracta (sistema de las antiguas legislaciones de Hamburgo, Sajonia, Lubeck y Mecklenburgo) ha desaparecido del campo del derecho constituido; y la inscripción constitutiva causal con causa abstracta (*eininung*) ha estado sujeta a revisión en la propia Alemania, llegando a decir LANGE que “el liberalismo y el historicismo se aliaron para amancebar ilícitamente el negocio abstracto y la seguridad del tráfico”. Queda la inscripción constitutiva causal con causa a su vez causal (título y no acuerdo abstracto) en el derecho suizo, pero como constitutiva de la irreivindicabilidad (sistema del *Drittwirkung*), pero no directamente de una adquisición a *non domino* (18).

La pretendida sustitución de la tradición como modo por la inscripción podría aceptarse en las relaciones jurídicas sin signos sensibles que las exterioricen y sin contacto directo con la cosa ni inmediato disfrute de ella. Pero la creemos inaceptable en los demás casos (19).

(14) Son importantes las consecuencias de lo expuesto en el juego de la fe pública, en el procedimiento del artículo 41 LH y en el ejercicio de las acciones reivindicatoria y publiciana.

(15) “La buena fe, la inscripción y la posesión”, IV-XII, cfr. *Estudios*, ult. cit., pp. 424-465.

(16) “Determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles”, II, A, b, Y, cfr., en *Estudios*, ult. cit., pp. 311-315.

(17) ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino: *El problema de la causa en la tradición*, pp. 87-104, VI, c, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1945, donde, además de la cita de LANGE de la que extraemos el párrafo entrecomillado en el texto que sigue, consigna otras también interesantísimas de BINDING-KRUSE y de HECK.

(18) El carácter declarativo y no constitutivo de la inscripción reiterado por la exposición de motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, lo ha reafirmado repetidamente la Sala I del Tribunal Supremo. La S. de 10 de enero de 1949 considera que “en nuestra legislación no tiene carácter sustantivo la inscripción de los actos traslativos de los inmuebles, pues aquéllos pueden nacer y vivir fuera del registro de la propiedad”. Y la Sentencia de 21 de febrero de 1947 declara: “Que conforme a los principios inspiradores de nuestra legislación —y salvo las especiales normas establecidas para la hipoteca—, la inscripción en el registro de la propiedad no es constitutiva de derechos, sino declarativa, o sea que los derechos reales nacen, se transmiten y se extinguen fuera del registro, aunque mediante la inscripción se fortalezca la posición jurídica de sus titulares”.

(19) Cfr. el sólido estudio de SOLÍS VILLA, Ignacio: “Escritura pública y transmisión de la propiedad”, en su conferencia en la Academia Matritense del Notariado el día 17 de abril de 1997, pendiente de publicación en AAMN.

Prescindiendo tanto de la imposibilidad práctica de su aplicación (20) como de los absurdos e injusticias (21) que con ella se originarían, sólo examinaremos la cuestión técnicamente, partiendo de la función que, como “modo”, realiza la tradición.

La tradición es una institución que, a través de la historia del derecho, ha cabalgado y sigue cabalgando a dos vertientes. Sus funciones han sido y son dos: dar efectividad a la transmisión y dotarle de publicidad.

¿Cuál de ellas ha sido y es la vertiente preponderante? Dejamos la palabra a Jerónimo GONZÁLEZ, patriarca de los hipotecaristas patrios (22). Nos dice que la tradición “es la forma natural del contrato transmisivo, donde la voluntad de dar y recibir el derecho sobre muebles y predios encuentra su expresión concreta y su efectividad en el dar y recibir el cuerpo mismo de la cosa”.

“Por otra parte, sin duda la inscripción será la mejor manera de anunciar una hipoteca o un censo a quien vaya a comprar una finca y el mejor aviso para quien, agazapado, espere una venta con el fin de ejercitar el retracto. Pero, como forma de publicidad ante la común opinión de los convecinos, y para el tenedor o el servidor de la posesión, la entrega y goce de la posesión efectiva al adquirente es mucho más perfecta. Sería una ficción creer que cada día se va al registro a leer sus novedades como quien lee el diario (23). En cambio, están a la vista de los vecinos las obras

(20) La Exposición de motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944 así lo reconoce: “No sólo porque quedaría de hecho inoperante, con el natural desprestigio de la norma legislativa, sino porque la inscripción constitutiva no haría más que agravar un estado posesorio completamente desconectado del registro, con todas las múltiples y serias consecuencias”.

(21) Como dijo Jerónimo GONZÁLEZ (“La tradición de fincas en los instrumentos públicos”, en *Anales...*, t. I, p. 35): “Suponer que el comprador de una finca mediante escritura pública que le pone expresamente en posesión de la misma, necesita la inscripción para justificar los actos y obras de mejoramiento, riego, cierre y aprovechamiento, es desconocer la práctica notarial y la vida agrícola española”. Añadamos que nos parece un contrasentido que una persona haya vendido a otra su propiedad, le haya traspasado su posesión, que el adquirente ha hecho efectiva y que éste no sea propietario hasta que el título, después de librada la copia, liquidada y esperando el turno, sea inscrita. ¿No sería volverse de espaldas a la realidad decir que el comprador no será propietario hasta que se inscriba su título en el registro, aunque la misma ley dijese esto mismo? Y si se habla de que su adquisición se retrotrae entonces a la fecha del asiento de presentación, la abstracción y el absurdo son aún mayores. ¿Qué anómala situación sería la existente en el tiempo intermedio?

(22) GONZÁLEZ, Jerónimo: “La tradición de fincas en los instrumentos públicos”, en *Anales...*, tomo I, p. 19.

(23) La misma Ley hipotecaria considera insuficiente la publicidad del registro para que la transmisión de una hipoteca afecte al deudor, exigiendo en el artículo 149, para llegar a tal resultado, que se le dé conocimiento (se le notifique dicha transmisión). La vigente LAU de 1994, artículos 25 y 31, exige la previa notificación al arrendatario a efectos del ejercicio por éste del retracto en la venta de su piso. Y el RD de 4 de julio de 1997, que aprueba las normas complementarias al RH sobre inscripción en el registro de la propiedad de actos de naturaleza urbanística, en sus artículos 84 y 85, como requisito para la inscripción en el registro de

que emprenden y, en general, la actuación del adquirente como propietario de la finca. Y para el colono es, sin duda, decisiva la transmisión de poderes que a su presencia el transferente haga o la exhibición de títulos que le verifique el adquirente”.

¿Cuál es entonces el papel de la inscripción en la mecánica transmissiva en el denominado juego de la fe pública?

A mi parecer, el titular inscrito tiene un poder dispositivo limitado estrictamente a los efectos registrales. Sólo él mientras esté vigente su inscripción, puede provocar, por cualquier título, un nuevo asiento, de acuerdo con la extensión del derecho que tenga inscrito. Asimismo, sólo con su consentimiento, por regla general, podrá serle cancelado.

Pero no tiene ningún poder dispositivo de carácter sustantivo. Fijémonos en que no surten efecto sus enajenaciones a título lucrativo ni las hechas a favor de un adquirente de mala fe o que no inscriba su adquisición. Eso por sí sólo ya hace sospechar que la adquisición a *non domino* del tercero protegido por la fe pública no deriva de un poder dispositivo del titular inscrito, sino de algo independiente de la voluntad de éste.

Recordemos que —como dijo y explicó NÚÑEZ LAGOS (24) con el ejemplo de la bicicleta puesto por EWALD—, en el derecho español, como en el austríaco y en el suizo, no hay directamente adquisición a *non domino*, sino por rebote de la *negatio actionis*, característica de la irreivindicabilidad contra el titular inscrito que posea como dueño. Y aún debe añadirse que lo obtenido por la *adquisitio a non domino* es una propiedad o dominio relativo (25), cualquiera que sea la explicación dogmática que se le dé, sea a través de la teoría de la pendencia o de los fenómenos de la consituibilidad o de resolubilidad, como entiende CARNELUTTI (26).

la propiedad de los títulos de transmisión sujetos a tanteo y retracto, requiere su notificación a los propietarios afectados y al ayuntamiento de la decisión de enajenar y de la realización de ésta con entrega de copia de la escritura en que fuere formalizada.

(24) NÚÑEZ LAGOS, Rafael: “El registro de la propiedad español”, *loc. cit.*, p. 249.

(25) Así COLORNI, Vittore: *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Varese, Guiffre, 1954, capítulo VIII, b, pp. 91 y ss., demuestra que en Derecho romano no era absoluta la eficacia en el dominio quiritorio ni en el bonitario (cfr. la síntesis que hago de ese estudio en “Determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles”, *Estudios*, últ. cit., p. 311, párrafo que lleva la nota 114). SALEILLES, R.: *La posesión de bienes inmuebles*, Madrid, Libr. Gral. Victoriano Suárez, 1927, pp. 91 y ss., entiende que bajo el régimen del artículo 2.279 del Code civil francés, es posible una propiedad relativa en materia mobiliaria. En fin, ABBERTO FUNIAOLI, Carlo: “La cosiddeta proprietà relativa”, *RDC*, LXVIII, 1959, pp. 287 y ss., se ocupa precisamente en este libro de esa relatividad como su mismo título indica.

(26) CARNELUTTI, F.: “Ochio ai concetti”, *RDC cit.*, pp. 451 *in fine* y ss., estima que hablar de la propiedad relativa, de una propiedad que no es propiedad, es como decir círculo cuadrado y, por eso, recurre a las explicaciones dogmáticas indicadas en el texto. Pero, como en otra ocasión expuse (“La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código Civil”, IX, d, nota 147, *ADC IX-II*, abril-junio 1956, p. 413, reproducido en *Estudios*

Los autores de la exposición de motivos de la Ley hipotecaria española de 1861 observaron que el comprador que adquiere la posesión de la cosa vendida pero no inscribe su título, “será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción”. Esa relatividad ha quedado acentuada, en virtud de la reforma del artículo 41 LH por la Ley de 30 de diciembre de 1944, que permite el ejercicio de las acciones reales correspondientes a los derechos inscritos, por el procedimiento abreviado que regula; sin perjuicio de que, contra él, no sólo podrá excepcionar sino reivindicar quien justifique reunir las circunstancias suficientes para usucapir con arreglo al artículo 36 de la misma Ley. Habrá así dos personas que podrán reivindicar, por uno u otro procedimiento: el propietario poseedor por la acción reivindicatoria ordinaria y el titular registral excepto contra quien, en los términos previstos en el artículo 36 LH, justifique la usucapión, el cual podrá enervar de ese modo la ejercitada por el titular inscrito, excepto si este tercero de buena fe hubiere adquirido en un momento en que quien consumó la usucapión había dejado de poseer, o si la posesión de éste fuera ambigua o la hubiese ocultado dolosamente al tercer adquirente registral (27).

A la inversa, el comprador de una cosa mueble o inmueble que no haya tomado posesión de la misma, podrá reclamarla contra todo ulterior comprador que conociendo esa anterior compraventa se haya posesionado primero de dicha cosa. Es decir, el titular de un simple derecho de crédito —según el derecho español— puede obtener la cosa de quien no se la vendió, pese a haber adquirido éste la propiedad de la misma. Así resulta

sobre derecho de cosas, II, 2.^a ed., pp. 109-111), en la hipótesis del artículo 464 CC, ni la pendencia, ni la resolutoriedad pueden resolver satisfactoriamente la cuestión de que sea posible el ejercicio de diversas acciones reivindicatorias por diferentes sujetos con respecto a la misma cosa mueble. Por ejemplo: B, que fue privado ilegalmente de la cosa, podrá reivindicarla si logra probar su privación ilegal. Pero B la había adquirido de N, que a su vez había privado ilegalmente de ella a A; y por eso, mientras su derecho no prescriba, A podrá reivindicar probando su privación ilegal. La reivindicación intentada por B, que prosperará contra cualquier otra persona, no prevalecerá contra A. En este supuesto, el propietario que perdió una cosa mueble o fue privado de ella ilegalmente no pierde el dominio mientras otro no lo adquiera por usucapión; pero, a pesar de esto, sólo podrá reivindicarla si logra probar que fue privado de la misma ilegalmente o que la perdió. Y, por otra parte, mientras dicha reivindicación no llegue, los ulteriores adquirentes, con su buena fe presunta, salvo prueba en contrario podrán reivindicarla contra cualquier otra persona que no sea quien anteriormente perdió la cosa o fue privada de ella ilegalmente. El artículo 464 abona estos resultados con un criterio práctico lleno de rigor lógico. El dominio absoluto de los bienes muebles sólo puede demostrarlo el poseedor que no haya dejado de poseerlos desde su adquisición originaria (ocupación, accesión y especificación) o que justifique su usucapión (arts. 1.955, 1.956, 1.060 del Código Civil).

(27) Cfr. NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *Acción y excepción en la reivindicación inmobiliaria de inmuebles*, pp. 45 y ss., Madrid, Inst. Ed. Reus, 1953.

de nuestro artículo 1.473 CC, que recoge la vieja doctrina del *ius ad rem* (28), doctrina apoyada por el principio de la buena fe.

El titular registral del derecho inscrito carece de poder dispositivo propio sustantivamente eficaz contra el verdadero propietario y titular real de un derecho. La adquisición a *non domino* de esa titularidad relativa es una adquisición que, como las derivadas de la usucapión o de la ocupación, no dimana de poder dispositivo alguno. Para la seguridad del tráfico jurídico, basta que sea legitimada la adquisición (no toda la transmisión) del tercero de buena fe a título oneroso. La fe en el contenido registral (como la fe en Cristo del centurión) opera el milagro y le salva. Milagro legal, que basta con que proteja la adquisición, sin que sea necesario que alcance a la disposición de quien no era dueño.

Como ha dicho GARRIGUES (29), refiriéndose a la hipótesis del artículo 85 del Código de Comercio, “es difícil concebir que la ley haya querido sancionar con un poder jurídico el acto del enajenante, que muchas veces implica una sustracción o un abuso de confianza. Es mejor suponer que la ley ha querido resolver en beneficio de la seguridad del comercio el conflicto entre el derecho del propietario y el interés del adquirente que confió en la apariencia jurídica”.

No hay transmisión, sino sólo adquisición a *non domino* relativa, es decir, tan sólo frente a quien no sea el verdadero dueño, quien, no obstante, no podrá reivindicar del tercero inscrito a título oneroso y de buena fe mientras éste conserve su titularidad registral y posea, o pueda recuperar la posesión en los supuestos que el artículo 36 b, LH admite. Es decir, analógicamente a lo que ocurre en el ejemplo de la bicicleta, puesto por EWALD.

Además, igual que en la usucapión, tampoco la titularidad se adquiere pura e inmaculada, como recién creada, sino que se obtiene manchada con el lodo de las cargas que sobre ella pesaban anteriormente (salvo que a su vez hubiesen prescrito). Las cargas, en nuestra hipótesis, son las que, constando en el registro, no han sufrido el paso purificador del principio de la fe pública. La “transmisión de la apariencia registral –escribe Ángel SANZ (30)– juega perfectamente con las reglas de la sucesión: el adquirente deriva este derecho aparente del titular anterior. En cambio, la adquisición del derecho es independiente de estas reglas: el derecho del adquirente no puede derivar ni del titular inscrito, puesto que éste no lo tenía, ni del verdadero dueño, porque no intervino en la transmisión”.

(28) ALGUER, José: “Ensayos varios sobre temas fundamentales del derecho civil”, p. 91, RJC XXXVII, 1931.

(29) GARRIGUES, Joaquín: *Curso de derecho mercantil*, p. 419, volumen 1.

(30) SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: *Instituciones de derecho hipotecario*, volumen I, Madrid, Instituto Reus, 1947, p. 318.

Si en la inscripción no reside la fuerza motriz ni la energía dinámica de la fe pública, puesto que el titular registral no transmite sino la apariencia de titularidad, apariencia que permanece en el adquirente a título oneroso que, “una vez haya inscrito” deberá ser “mantenido en su adquisición”, si no se demuestra que careció de buena fe, es evidente que la inscripción a favor del transferente sólo es un dato material, una apariencia legitimadora suficiente para servir de apoyo a la buena fe del adquirente. Y la inscripción del adquirente no es más que una *condicio iuris* para mantener y afianzar, *ex post facto*, una irreivindicabilidad ya operada. Por lo tanto, si la fuerza motriz no reside en el registro, ha de residir en el otro elemento de los que también concurren para producir ese efecto: y éste es la buena fe del tercero.

Con toda razón, dijo Jerónimo GONZÁLEZ (31) que en la exposición de motivos de nuestra primera Ley hipotecaria: “la adquisición de buena fe tiene la importancia de un *leit motiv* o tema principal que acompaña, refuerza, matiza y dirige todos los razonamientos”. Es decir, que en ella aparece como mucho más que un simple requisito.

A su vez M. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ (32) también centra en la buena fe la base de todo el juego adquisitivo a *non domino*.

Jurídicamente la buena fe —como ha escrito CARNELUTTI (33)— es voluntad conforme a derecho. Pero, como la obediencia excluye la negligencia, la buena fe no puede fundarse en una voluntad deficiente. Esto es, en caso de buena fe, el evento acaecido sólo puede apartarse del prescrito: sea en virtud de una causa imprevisible (caso fortuito), de un poder invencible (fuerza mayor) o bien de un error excusable (error *communis*).

Este último supuesto es el que nos interesa recoger. Coincido con la definición que da VON THUR (34) de buena fe: “creencia por efecto de un error excusable que tiene la persona que falta objetivamente al derecho de que su conducta no se aparta de éste”.

“La obediencia, desde el momento que es pregonada —prosigue CARNELUTTI (35)— es también premiada por el derecho, en sentido de que puede, dentro de ciertos límites, suplir la forma deficiente del acto [...]; la buena fe hace milagros también en el campo del derecho.”

(31) GONZÁLEZ, Jerónimo: “Principios hipotecarios”, p. 398, capítulo VII, “Principio de buena fe”, publicado en RCDI, y III, 1927, cfr. en sus *Estudios de derecho hipotecario y civil*, volumen I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1948.

(32) GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Manuel: “Bocetos jurídicos, I. La buena fe y la seguridad jurídica”, pp. 341-345 especialmente, AAMN, III.

(33) CARNELUTTI, Francesco: *Teoría general del derecho*, pp. 290 y ss., 1.ª edición, § 142, cfr. en castellano, Madrid, Ed. Rev. Der. Privado, 1941.

(34) VON THUR, Andrea: “La buena fe en el derecho romano y en el actual”, pp. 338 y ss., RDP XII, 1925.

(35) CARNELUTTI: *loc. ult. cit.*, p. 292.

Pero para obrar estos milagros el derecho no suele conformarse con la buena fe corriente. Exige, además, que aquella creencia equivocada se funde en un signo sensible merecedor de especial credibilidad.

En efecto: para usucapir, para adquirir los frutos y percibir el importe de las mejoras de una finca, basta que el poseedor crea que es su dueño. En cambio, el tercero hipotecario necesita, además, fundar esta creencia en la previa inscripción del derecho que adquiere a nombre de su transferente.

En principio, podemos pues definir la buena fe del tercer adquirente como “aquella creencia fundada en la inscripción a favor del transferente de que éste es el titular real y puede disponer de dicho derecho” (36).

Pero esa creencia es incompatible con la visibilidad de las servidumbres continuas y aparentes, los signos sensibles de medianería o de privaticidad y con la de la posesión en concepto de dueño, reconocida en el artículo 448 CC, pues esa visibilidad no excusa su ignorancia.

La regla del artículo 36 LH, que exige tal diligencia, no es una excepción sólo para el caso de la usucapición frente al artículo 34, sino aplicación a un caso concreto de la regla general implícita.

La única especial diligencia de la que excusa la inscripción es el examen de la titulación; o sea, de la situación de derecho. Porque ahí, la presunción del artículo 38 no tiene, frente a sí, ninguna otra que la neutralice. Sólo a este aspecto se refiere el del artículo 34.

A ese mismo resultado ha llegado el registrador Juan José BENAYAS (37) por diferente aunque parecido camino. Su raciocinio es este: “la cuestión se reduce, pues, a decidir si la posesión por otra persona es un hecho que el adquirente ha debido conocer. Para mí, aun reconociendo que el Tribunal Supremo, en casi toda esa jurisprudencia [alude a la que reconoció la necesidad de la buena fe para que pueda actuar la fe pública] se refiere a servidumbres aparentes, es evidente la respuesta afirmativa. La posesión por otra persona es un hecho que tiene que herir forzosamente los sentidos. Todo adquirente normalmente cuidadoso debe enterarse, y en la vida corriente así ocurre, del estado de hecho de la finca que adquiere, y, por tanto, si lo desconoce, es sólo debido a su desidia, y como no ha obrado con la debida diligencia no puede considerársele de buena fe”.

(36) No me parece suficientemente técnico el concepto generalmente dado de la buena fe, haciéndola equivalente al desconocimiento o ignorancia de la inexactitud registral. En primer lugar, por su carácter meramente negativo, y, por otra parte, porque no refleja con suficiente grafismo el proceso psicológico característico del concepto estudiado.

(37) BENAYAS, J. J.: “La usucapición y el Registro de la Propiedad en el Derecho español”, p. 491, AAMN, III. Nótese que el expresado trabajo fue escrito estando vigente la Ley hipotecaria de 1909.

Con esto acabamos de pulir el concepto de la buena fe a efectos hipotecarios: “Es la creencia fundada en la inscripción a favor del transferente, y no contradicha por la posesión de otro en concepto de dueño, de que aquél es el titular real y puede disponer de su derecho” (38).

No puede existir —dijo Alejandro BÉRGAMO (39)— una apariencia susceptible de protección jurídica mientras no concurren unidos, como dos hermanos siameses, dos elementos: uno material y otro psicológico. En la fe pública registral, el elemento material es la inscripción a favor del transferente (40); el psicológico, la buena fe del adquirente.

Por eso, como hemos dicho, en la buena fe radica la fuerza motriz de los efectos producidos en virtud de la fe pública registral; es el elemento dinámico. La inscripción a favor del transferente es el elemento estático, la polea fija sobre la que se apoya la buena fe para operar la irreivindicabilidad del dominio o derecho real adquirido.

La fe en el contenido registral purifica el título. La presunción *iuris tantum* existente a favor de la transferente se transforma, más que en presunción *iuris et de iure*, en palpitante realidad a favor del adquirente.

Cuando no exista una posesión suficientemente clara a favor de otro, o si el poseedor oculta dolosamente su condición al adquirente, la fe en la presunción de posesión del propio artículo 38 de la Ley hipotecaria purifica también la tradición instrumental a favor del adquirente de buena fe.

Todo ello se opera —repito— en el instante en que el transferente otorga el correspondiente título, con valor de tradición, a favor del adquirente que tuvo fe en el contenido registral. La inscripción a favor de éste sólo es una *condicio iuris*, posterior, que hace definitiva la adquisición ya ope-

(38) Sobre la interesantísima cuestión de si, en caso de representación, basta que tenga buena fe el representado, me parece adecuada, por lo que se refiere al conocimiento concreto de la inexactitud registral, la solución afirmativa de HUPKA (*La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, Madrid, Ed. Rev. Der. Priv., 1930, p. 61), admitida por SERRANO SERRANO Ignacio: *El registro de la propiedad y el Derecho civil suizo*, p. 61, Valladolid, Tipografía Cuesta, 1934.

(39) BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro: *Protección de la apariencia jurídica en el Derecho español*, p. 244, Valencia, Colegio Notarial, 1945.

(40) A mi juicio, cuando el título del transferente es inmatriculado después de la adquisición de un tercero, a éste no le protege la fe pública (ni aun pasando los dos años de suspensión de efectos en caso de inmatriculación en virtud del art. 205), pues no ha adquirido de quien tiene derecho inscrito. En cambio, si la finca se hallaba ya inmatriculada e inscrita a nombre de un causante inmediato o mediato del transferente, y el tercero ha comprado, en vista del posible enlace registral entre la inscripción vigente y el título del transferente, su adquisición será protegida por la fe pública, siempre que el título de dicho transferente llegue a inscribirse, dando entrada al del tercer adquirente. La base del derecho inscrito y el enlace sin obstáculos entre éste y el título del transferente crean la fe del adquirente; pero aquí, es claro que está condicionada al dato de que el título del transferente llegue realmente a inscribirse.

rada. Así resulta de los propios términos del artículo 34 LH: “será mantenido en su adquisición una vez haya inscrito su derecho”.

Queda por explicar de qué modo, en virtud de la fe pública y apoyándose en la presunción *iuris tantum* del artículo 38 LH, puede obtenerse la tradición de quien no es poseedor. Es inconcebible que el titular inscrito transmita al adquirente una posesión que él no tiene. Pero, en los casos en que esa presunción no sea neutralizada –como hemos visto– por la del artículo 448 CC, no es inconcebible que, por su buena fe, el artículo 38 LH otorgue, en virtud de la fe pública, fuerza de tradición verdadera al otorgamiento escriturario de la tradición, pese a estar viciada por la falta de posesión del transferente (titular inscrito). Igual como se produce la adquisición por falta de derecho del mismo transferente, por nulidad o falsedad del título, sucede aquí otro tanto con la tradición del titular inscrito que no posee realmente.

Ahora bien: la diferencia de ambos casos estriba en que mientras en cuanto al título la adquisición –resultante de la irreivindicabilidad– es firme y definitiva (una vez se haya inscrito), en cambio la posesión ha de ceder ante el peso de la “indomable realidad”, quedando el tercer adquirente en la indicada situación, análoga a la del poseedor despojado, del número 4 del artículo 460 del Código Civil, pero con la diferencia de que sólo en los términos previstos en el artículo 36 LH puede reclamarla al poseedor real.

Es decir, la fe pública actúa sobre la presunción de posesión en aquello en que no la contradice la realidad patentemente visible.

Lo expuesto nos muestra que, por efecto de la fe pública registral, la irreivindicabilidad se produce en el momento de otorgarse el título con valor de tradición a favor del tercero de buena fe; no en el momento de la inscripción. Aunque sólo en este último instante será definitiva y será mantenida totalmente libre del peligro de que posteriores adquisiciones, derivadas del transferente registral, sean inscritas antes y convalidadas con la fe pública. Cuando la fe pública opera a favor de distintas personas y sobre una misma adquisición el milagro se producirá definitivamente sólo a favor del que primero inscriba.

La fijación de este momento es esencial para determinar el instante en el cual el tercer adquirente debe tener buena fe y para iniciar el cómputo del plazo de un año referido en el apartado b) del párrafo primero del artículo 36 de la Ley hipotecaria.

Con respecto a la primera cuestión, otro argumento de justicia y equidad nos proporciona la solución propugnada. Este argumento nos parece tan decisivo que, en los casos especiales en que esta justicia y equidad fallan, se invierte el peso de su argumento, con razón suficiente para imponerse a la razón técnica antes expuesta. El meollo de esta razón de justi-

cia va ligada a la onerosidad de la adquisición y, por ende, con el hecho del pago del precio. Si éste fue satisfecho al otorgarse la enajenación o se reconoció entonces su anterior entrega, sin duda que lo justo aunará el peso de su razón a la razón técnica. En cambio, en caso de aplazamiento total, la justicia estará en oposición a la técnica si el tercer adquirente pierde su buena fe antes de pagar el precio y de haber inscrito su adquisición. Ante tal conflicto, la técnica debe ceder ante la equitativa valoración de los intereses en juego.

Los derechos reales que no supongan inmediato disfrute, las condiciones resolutorias y las sustituciones fideicomisarias que no estén inscritos en el registro, no perjudicarán jamás al adquirente de buena fe de la finca o derecho gravados. Ello es así tanto en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 LH que mantendrá “su adquisición” —según dice este artículo— en los términos que resulten del registro, como especialmente también por la disposición del artículo 32. Precisamente el logro de este resultado, que es el más importante de todos, fue lo que motivó la necesidad de crear el registro de la propiedad.

“Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”, número 34. Madrid, 2004, 844 páginas.

Prosigo los apuntes para la historia general del derecho en el siglo XXI, con gratitud de nuevo a esta Revista, y el propósito de destacar aquello que afecte al notariado y al documento. En efecto, ocupa el primer lugar en este volumen que recoge el constante laborar de la Academia durante el curso 2003-2004, una comunicación de don Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, que a los monumentales tratados añade breves incursiones, como esta sobre “Conceptos y tipos. Razonamientos conceptuales y razonamientos tipológicos” (pp. 13-30). Desde Aristóteles, Sto. Tomás y OCKHAM a FERRATER MORA, la teoría del conocimiento a través de KANT, HEGEL y los actuales. El jurista procede por abstracciones o bien por tipos o figuras. La pretendida distinción tajante entre derechos reales y de crédito, combatida por el autor desde 1951, se aclara en recientes aportaciones de Manuel DE LA CÁMARA, DíEZ-PICAZO y el catalán Cardenal CARLES. Alta especulación.

Desde el periódico saltan los “okupas” al salón de la ciencia por la mano de don Víctor FAIRÉN, procesalista. Un desalojo en Madrid 2003, ciento quince viviendas tomadas contra la Ley de Enjuiciamiento de 2000 por una clase que definió la II República en 1932 como Vagos y Maleantes, ahora se ha reintegrado en concepto de personas necesitadas y acreedoras respecto a la sociedad. Todo el edificio de la técnica procesal se erige en torno al hecho. La clásica figura de la ocupación lleva en algunos casos al terreno criminal y al sagrado de la Constitución. Pero hay jueces sensibles todavía y los amparan (pp. 31-47).

Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE diserta sobre “El sentido de la civilidad europea” (pp. 49-68). Precisión de ambos términos con fina erudición. Referencia a HOBBS. Familia, Ciudad, Estado. Crisis de estos conceptos. Eloy Luis ANDRÉ, discípulo de WUNDT, sus libros de Ética servían de texto en el bachillerato de 1930-35, para remontar a Cicerón. La reactualizada oposición

de Islam y Cristiandad, baja de la Alta Edad Media al llano, pero ya la alianza nos preserva y el imperio de Oriente.

Desciende a la "Fiscalización del sector público en la doctrina del Constitucional" (pp. 69-161) don Rafael DE MENDIZÁBAL. Comentario exhaustivo y análisis de la vigente Ley del Tribunal de Cuentas, 1982, y su jurisdicción, desvinculada del poder ejecutivo y del judicial. Innovadora. El recurso contencioso-administrativo y la casación. Doctrina del propio tribunal. Sentencias y los siempre significativos votos particulares, que merecen más atención que la mayoría. La inserción en el proceso autonómico: la sindicatura catalana avanza a grandes pasos y el consejo en Galicia, sin esa jurisdicción, pretendida por los respectivos parlamentos. Respecto de la administración territorial, municipal y corporativa. De 1854 su primera ley orgánica, había resistido, no obstante las reformas de 1870-77, 1934 y 1953. Hoy vamos más de prisa.

Don Antonio PAU PEDRÓN pone de relieve "La aportación del conde de Borrajeiros al derecho nobiliario" (pp. 163-180), que existe, a pesar del silencio de la Constitución. Magistrado del trabajo en 1938, junto a su producción profesional, se centró en aquella rama de la ciencia y el arte del derecho, reunida en unos *Estudios* que alcanzan dos mil páginas. Autor de una doctrina personal, que el colega sitúa al lado de los libros antiguos importantes para la historia general: la *Summa nobilitatis Hispaniae*, del siglo XVI; *Nobiliario* de LÓPEZ DE HARO, *Discursos de la nobleza*, por FERNÁNDEZ BUENDÍA y el de SALAZAR Y CASTRO, en el XVII; el de PIFERRER y los *Anales* BETHENCOUR, en el XVIII. El *Estado legal de la nobleza* por BARRIOBERO Y ARMAS y un proyecto de Estatuto de 1927, que la guerra civil interrumpió y en 1945 vio la luz. BORRAJEIROS vino a ser el CASTÁN del Derecho nobiliario. Investigó en la Galicia medieval y en la chancillería de Valladolid. Profundizó en el momento de la prueba. Por último fue autor de un *Anteproyecto de Estatuto* tradicional y original. Persiste la alta nobleza, no la clase general, y una sentencia agudísima de 1982 perfila la condición nobiliaria en el seno de la Constitución igualitaria. En 1983 la Academia emitió un informe sobre la jefatura de la casa de las dos Sicilias, independiente de la Corona. Autor del mismo, el Conde, que continúa su magisterio.

"Los orígenes de la legislación laboral española" (pp. 181-196), que el *Curso* de don GALO SÁNCHEZ (1925-1960) registraba como última nota distintiva del pasado siglo, son precisados por don Alfredo MONTOYA MELGAR. Un decreto de LUJÁN Y MADOZ, 1855, creó la comisión para el estudio de las Clases Obreras. Otra, por MORET en 1883, incluía el Jurado mixto. Canalejas y el Instituto de Reformas Sociales, 1903, con patronos y obreros. Había precedentes en la esfera local: el bando de Gisperts, jefe político de Barcelona en 1840, otros de sus sucesores, Fulgosio, 1844; Ordóñez, 1854, y Franquet, 1855. Una jurisdicción especial creaba la Ley de Alonso Martínez, 1855, para la industria manufacturera, con un juicio expeditivo. El ministro José Fernan-

do González y su Ley de Jurados Mixtos, 1873; en el mismo sentido la Ley Azcárate para el contrato de trabajo, 1904. Los paros, las huelgas y otros conflictos, abordados por una Ley de 1908. Tribunales industriales con dos instancias, 1912. Copiosa legislación entre 1919 y 1922. Fecunda etapa de la Dictadura de don Miguel Primo de Rivera 1923-1930 con sentido corporatista, como dicen ahora para no infundir sospechas. Continuidad durante la II República, por Largo Caballero, principal colaborador de aquél, salvo la deriva revolucionaria y la guerra civil, en medio de la cual, 1938, el Fuero del Trabajo con su Magistratura especial, resueltamente a favor del obrero. Una pequeña orgía de justicia social, que ya remite y vuelve la regla contractual. Negociación colectiva a través del Sindicato Vertical en 1958. Constitución de 1978, donde nos encontramos. Admirable recorrido.

“La elección del romano pontífice” (pp. 197-216), con motivo del paso del poderoso polaco Juan Pablo II al reinante Benedicto XVI, el canonista y especialista en imperio de la Nocomplutense Rafael NAVARRO-VALLS expone una síntesis histórica del método, objeto ya de una investigación por el gótico don José ORLANDIS. Desde el primer milenio, por el clero y el pueblo, hasta la fórmula del colegio de cardenales, 1179, la *cum-clave* de 1216, la bula de 1562, y las intervenciones civiles evitadas en 1904 y sucesivas alteraciones hasta la vigente de 1996. Descripción del sistema: elegibles, electores, sede, ceremonias, como ha sucedido y hemos contemplado. Siempre algo misterioso.

Don Luis MARTÍ MINGARRO avanza entre “Las riberas indefinibles del derecho a la libre expresión y a la información” (pp. 217-241), naturalmente expuesto a los excesos y a la tergiversación, que sirvió como prólogo al *Derecho a la información*, 2004, del prematuramente desaparecido correspondiente Luis ESCOBAR DE LA SERNA. Sobre la base conceptualmente segura de KANT y su aspiración hacia la paz, la lógica aversión al pensamiento único y la figura de los aludidos, borrada la censura, excepto la académica, y la inevitable contradicción entre intimidad y publicidad. Las relaciones de la información con el poder, bajo el supuesto de que ella misma es poder, y la satisfacción de haber llegado al fin de una navegación y poder reparar las averías. El ejemplo inglés destaca sobre todo y las anécdotas americanas. Dos protagonistas emergen del naufragio; el periodista y el abogado, autores del derecho más que el legislador.

“El deber de secreto de los miembros del consejo de administración de las sociedades cotizadas” (pp. 243-267), ha sido afectado, según don Fernando SÁNCHEZ CALERO, por la Ley de transparencia de 2003, que modifica la del mercado de valores y la de sociedades anónimas, en virtud de la cual los administradores deben guardar reserva de todo lo conocido por razón de su cargo, en favor del interés social. El deber de secreto se sobrentendía en la lealtad, pero ahora adquiere un rasgo decisivo y formal. Se complementa con la necesidad de un amplio conocimiento de toda la realidad por los propios administradores y se armoniza con las recomendaciones del mercantilista OLI-

VENCIA, seguido en este punto por el presidente Aldama y el proyecto de un código ético. Hay supuestos en los que cesa este deber de secreto, así cuando se ha de dar cuenta a autoridades superiores y respecto a los hechos ilícitos. Este deber recae sobre todos los individuos, independientemente del modo de su designación, pero son diferentes los consejeros dominicales, aunque en cierto modo vienen a ser lo mismo, y en último término difieren la perspectiva formal y la sustancial. Al no estar delimitada la relación, como laboral, o bien de alta dirección, debe recurrirse a la noción de buena fe. Clara está la obligación de no sugerir operaciones sobre la base de información privilegiada. Horror al privilegio.

Don José Luis PÉREZ DE AYALA, conde de Cedillo, analiza "La dogmática jurídica de la nueva Ley General Tributaria" (pp. 269-320), de 2003, mejor que la anterior, que era excelente, pero deja sin resolver problemas graves e incluso tiene varios errores. Ley ordinaria, no orgánica, puede ser modificada por otra. Y esto roza el orden autonómico y la propia Constitución. Hace afirmaciones no compartidas por la doctrina. No era necesario definir el tributo, pero de hacerlo debió respetar los términos lógicos. Carece de sentido jurídico y ostenta defectos gramaticales. Aun prescindiendo de la opción dogmática, carece de utilidad y ha elegido la peor de las posiciones. Parece aconsejable, según SÁINZ DE BUJANDA, abandonar la noción de relación jurídica tributaria. En cambio hay aspectos novedosos e inmejorables en las relaciones tributarias entre particulares. Frente a la relación jurídica se alzan conceptos dinámicos de la función, la potestad y el procedimiento, y nuevamente se cumplen las previsiones de SÁINZ DE BUJANDA. Las novedades más valiosas de la ley se contienen en su título tercero y se refieren a la gestión, la inspección y la recaudación de los tributos. Un artículo 15 altera en profundidad el fraude de la ley, y se aparta de la jurisprudencia de conceptos para alcanzar la de intereses con trascendencia doctrinal. Propiamente no hay fraude de la ley en Derecho tributario, lo que equivale a decir que está resuelto. Para la historia general es significativo que aparezca eficaz en cierto punto el manual de Derecho administrativo de Andrés MELLADO en Madrid, 1890. Aun lo estimaba nuestro GASCÓN Y MARÍN, y ahora vuelve. A ese artículo 15 le espera una incierta labor interpretativa y felizmente litigiosa.

En otro orden de cosas, "El proceso del arzobispo Carranza" (pp. 321-344) se somete a la jurisdicción del actual jefe de la Escuela de Hinojosa, José Antonio ESCUDERO. El dominico obispo, tras una larga y activa carrera arzobispo de Toledo, el personaje más poderoso después del rey, pero al año siguiente cae como sospechoso para la Inquisición, el caso más importante de su terrible historia, tratado por LLORENTE y por LEA. Duró diecisiete años e intervinieron con íntima enemistad Melchor CANO y Domingo DE SOTO. Teológico furor. Sus veinte mil folios hicieron perder la paciencia a MENÉNDEZ Y PELAYO. Por último el profesor GONZÁLEZ TELLECHEA ha dedicado cincuenta años a desentrañar el fárrago. CARRANZA, acreditado debelador de la he-

rejía, acusado él mismo de luterano. CARRANZA recusó con éxito a su juez, el arzobispo de Sevilla. Victoria inútil porque los sustitutos eran también enemigos. Los testimonios a favor y en contra tienen los caracteres de la prueba judicial más insegura. Martín DE AZPILCUETA fue su defensor. Con otros de su cuerda, en CJE, p. 12. Trasladado el asunto a Roma, se sucedieron los pontífices, hasta que Gregorio XVII dictó una sentencia dudosa que confirmaba la originaria sospecha de herejía pocos días antes de que el condenado muriera tras una solemne profesión de fe.

“Entre dominación y responsabilidad: una dialéctica del derecho frente a la ley” (pp. 345-379), por mi fraterno José J. LÓPEZ JACOISTE. La filosofía de la dominación trasciende el Derecho subjetivo para significar la objetivación de un poder social. Recae sobre el Derecho público y el privado. GERBER (1823-1891) y LABAND (1838-1918) caracterizaron la dominación como señorío. Frente al poder dominativo la idea de responsabilidad reconduce a un justo equilibrio. Alfonso GARCÍA VALDECASAS, de grata memoria en la Academia y en la Cátedra, gran jurista-político, en 1960, conectó la dominación con la representación. Autorizar, mandar y conceder son manifestaciones de superioridad. El *iussum*, modelo romano, sobre el cual, LENEL y MITTEIS. Vitamina romana para el siglo que empieza. El Derecho canónico abrió camino a la validez de la representación directa, que se desplegó en Alemania. Una sentencia de CASTÁN en 1935 contribuyó al deslinde de la representación y el mandato. Las multinacionales sustituyen la representación por la presencia universal, y las consiguientes dominación y responsabilidad. La dominación es el componente formal de los grupos de sociedades; razón conformadora y aglutinadora del grupo. La posición del trabajador en el área de una sociedad que le traslada a otra sede de la que contrató sus servicios plantea la cuestión del foro en que ha de dirimirse el conflicto. Un excursus nos lleva a la dominación en el campo del constitucionalismo alemán, donde se desarrolla la inicial referencia a GERBER y LABAND, a los que se suma JENILLEK (1885-1927). La responsabilidad constituye el exponente de la limitación del Estado por el Derecho.

Las innovaciones legislativas sobre “La firma electrónica y el documento” (pp. 381-428) obligan a don Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS a volver sobre sus comunicaciones de 1998 y 2000. Decreto-ley de 1999 sobre la firma, directiva europea de 1999, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, más disposiciones varias hasta la nueva sobre la firma en 2003 y especialmente el artículo 15 bis de la Ley del Notariado en 2003, donde observa el autor que la exposición de motivos repite las palabras del proyecto que fue modificado en el Senado. Los representantes aceleran. Más que actualizar hay que repensar. Y una abrumadora bibliografía. No sólo la firma sino el mismo documento electrónico ha sido tocado. Se ha producido la consideración documental de esos documentos. Hemos pasado del ladrillo a la madera, al papiro, al pergamino, al papel, y ahora el electrónico. No desmaterializado, sino el soporte

disco duro o disquete, el CDROM que reciben, almacenan, transmiten los mensajes. Una clase especial por la materia, la grafía. Aun deben clasificarse como públicos, funcionales y privados. Probatorios y dispositivos. La firma no es un mero requisito o solemnidad, sino que tiene una función declarativa, formulada ya en las Partidas. Debe ser auténtica, íntegra, confidencial e inobjetable, no la suma de datos sino el resumen cifrado de un mensaje y equivalente al sello. Otra modalidad, la avanzada, vinculada al firmante de manera única. Y la reconocida, superior. Los certificados electrónicos, asimismo simples o reconocidos y los expedidos a favor de persona jurídica. La eficacia jurídica como medio de prueba. Por último, hasta ahora, el documento público electrónico, que plantea la necesidad de una firma reconocida. La esfera particular del notariado. Nuestro Derecho, según la autorizada opinión, ha partido de un criterio equivocado al prescindir de un necesario seguro de responsabilidad civil. Diferente la formalización de negocios jurídicos a distancia por medios electrónicos, admitida antes de su consagración legal. Innecesario esperar a la reglamentación previsible.

Vuelto a la civilización, el profesor MENÉNDEZ MENÉNDEZ (1927) dictamina sobre el “Significado de la inscripción del empresario individual en el Registro Mercantil” (pp. 429-446). Una ojeada a lo que tanto nos interesa: ese desconocido por cercano siglo XIX. Nos informa de sendos homenajes a RODRÍGUEZ MOURULLO y GIRÓN TENA (1917-1991), monumentos del Derecho General, contemplado desde las ramas. Los contemporáneos, según la opinión de WIEACKER (1908-1994), dan lo mejor de sí. En el 86 don Aurelio dudaba del carácter potestativo de dicha inscripción; para el 91 continuaba en su duda. De la misma ha querido sacarle el Código vigente, diciendo que es potestativa. Pero él sigue en su duda, como un firme navegante, y ahora además perplejo. Esto le lleva a la revisión histórica del siglo XIX, que gracias a él revive, y a ahondar en el problema, propio de la historia especial, donde le abandonamos deseándole la mejor travesía. Él sigue vacilando. Los años, los suyos (1927) y los del feroz siglo que ahora empieza no han podido con él. ¡Por muchos!

Una bocanada de aire fresco nos trae don José M.^a CASTÁN VÁZQUEZ (pp. 447-467), cuando confirma la distinción que recoge don Galo entre fuentes de derecho y fuentes de conocimiento, hoy algo olvidada como todo su *Curso*: y en primer término la literatura *tout court*. Gran lector, nos adentra en la insolvencia y la quiebra, no a través de los códigos, ni de sus comentarios, ni la jurisprudencia, sino en el claro espejo, Lazarillo de Tormes y el Poema del Cid, que esos están de clavo, medievales, siendo el medievalismo la enfermedad juvenil de nuestra Asignatura, sino en SHAKESPEARE, donde vuelve a brillar nuestro VIGARAY; José HERNÁNDEZ (1834-1886) y su *Martín Fierro*, Emilia PARDO BAZÁN (1851-1921), Jacinto BENAVENTE (1868-1954), el poeta Gabriel y GALÁN (1870-1905). Con todo rigor jurídico y literario. La reedición del librito del civilista granatense Juan OSSORIO MORALES y el nom-

bre de GONZÁLEZ PORRAS, de la Escuela, son dos gratas noticias. Los nombres apuntados de BALZAC, ZOLA, BLASCO IBÁÑEZ, ZUNZUNEGUI y JARDIEL PONCELA, ensanchan la perspectiva. Sin olvidar al inmenso Pío BAROJA NESSI y el mismo VALLE INCLÁN. Juan SÁINZ GUERRA, en Jaén, prestó atención a NÚÑEZ DE ARCE. Pero más extensión debe quedar reservada para el paterino AHDE o peregrino. Porque la despoblación del Valle del Ebro ya se va remediando y la Venganza privada está a la orden del día.

Don Manuel PIZARRO MORENO, de la actualidad más palpitante, al reflexionar sobre las Cajas de Ahorros (pp. 469-505) ha tenido con nosotros la atención de ahondar en el pasado, o sea, lo que dura. 1979, una fecha cercana y decisiva. Por fortuna están vivos muchos de sus coetáneos. Hay que remontarse a los Montes de Piedad, por José LÓPEZ YEPES, 1971. Por azar y por ella, se ha salvado el nombre en la HGDE, 1968, p. 214; pero ya en la Novísima 1805, VII, 20, los pósitos municipales. La “primera” Caja de Ahorros en España data de 1834, en Jerez, como el vino, por el factor inglés. Madrid, en 1838. Tito MARTÍNEZ nos lleva de nuevo a la Novísima: las Sociedades de Amigos del País VIII, 21, y la Iglesia Católica. Un conflicto, una crisis en 1853. Una fórmula: 1880. Por fin la Dictadura en 1926 y 1929 da a las Cajas una regulación unitaria y sus funciones sociales. El estatuto de 1933 las integra en el mundo financiero. 1935 las somete a la doble tutela de Trabajo y Hacienda y 1953 las sitúa en la segunda esfera. Progresivamente hasta 2000 quedan equiparadas a la Banca. Compleja evolución que se refleja en múltiples posiciones doctrinales y en la jurisprudencia. Variedad asimismo en las autonomías. Órganos de gobierno, actividades y la gran reforma de 2002 y 2003. Un futuro de retos.

“El riesgo en los contratos de venta de cosa futura y de obra con suministro de material” (pp. 507-557) junto con la cesión de derechos de obra intelectual futura da ocasión a don Diego ESPÍN CÁNOVAS para un curso histórico desde el Derecho romano y las Partidas, y previa una mirada hacia el Derecho comparado, al Proyecto de 1851, la Ley de Bases y el Código Civil, el convenio de Naciones Unidas en 1980 y la adhesión al mismo en 1990, directiva europea en 1999 y 2003. Proyecto de reforma del contrato de obra en 1994, y otro sobre el de compraventa con directiva incorporada en 2003 determinan la imputación del riesgo al comprador, siempre que el vendedor cumpla su deber de entregar la cosa, derogada la regla *periculum est emptoris*, reforma justificada de acuerdo con las orientaciones europeas. El nuevo principio *periculum rei est debitoris* abre horizontes para todo el derecho de obligaciones, de acuerdo con aquella orientación.

Nuestro Manuel DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, perenne gratitud, reflexiona sobre las “Minas antipersonales y la evolución de su tratamiento legal” (pp. 559-579), insuficiente aún. Su participación en un comité para la fabricación de prótesis le autoriza. La nota de perfidia se da en ese arma, cifrada entre sesenta y cinco y cien millones de minas en cincuenta y seis países.

30.000 personas afectadas y un porcentaje elevadísimo de amputaciones. Realidad lacerante para un mundo civilizado. Las cifras económicas nos interesan menos y suelen ser falsas. Se ha tomado conciencia de la necesidad de modificar la ley, traducido en dos normas: distinción de combatientes y civiles y prohibición de armas que causen mal superfluo si lo hay. Una serie de acuerdos desde 1983 hasta 2004, aceptado a su término por 84 estados, consolidan el principio de limpieza por los grupos o países que las hayan instalado. Detección y registro de propiedad, prohibición de fabricarlas, de su transporte, adquisición y venta. Las moratorias han impedido una efectiva supresión. Una puntual información sobre España y su implicación en el problema, con la última destrucción en 2000. Queda pendiente la desactivación de las ya instaladas, conforme a la Convención de Ottawa 1997, para la que se preveía una prórroga de diez años y ya se divisa otra igual. Y quedan cabos sueltos. Tres cuartas partes de estados de la tierra se han incorporado, pero han quedado fuera Rusia, USA y China. Casi nadie.

El informe del Relator sobre la tortura, los malos tratos y penas inhumanas o degradantes en España, llevado a efecto en 2003, es considerado por don Víctor FAIRÉN más de carácter diplomático que jurídico, fundado en testimonios muy dispares. Tras una severa crítica del mismo, revisa el *Habeas Corpus* y la dama (pp. 581-665) a partir del precedente inglés y llega a la conclusión de que el mismo no sirve para prevenir el mal de que se trata. No está hecho para prevenir la tortura; se trata de una imposibilidad ontológica. Un examen a fondo de la experiencia inglesa. La manifestación aragonesa tiene una calidad superior, demostrada por un examen a fondo de su estructura y sus modalidades. Aragón en la HD en España es un tema virgen a la manera de la selva. Atención a la cárcel de manifestados, que garantizaba el fin de la institución; los procedimientos y las sentencias. Improcedente una comparación entre espacios tan distantes, preconiza la oportunidad de reinstaurar la filosofía y los principios inmanentes de los antiguos modelos *pro reo*. Así como el *Habeas Corpus* tradicional y actual no sirve contra la tortura, sí podría hacerlo la manifestación aragonesa. La ley española adolece de pantanosa y anfractuosa. Se detallan los defectos de esa ley, radicados en no haber adoptado los elementos de la manifestación. Notable es que en relación con una deficiencia de la ley, se aporte la alegación del notario Pedro MOLINO en 1591 cuando los sucesos de Aragón en torno a Antonio PÉREZ. Los silencios de la ley española dejan atónito al comentarista. De paso, observa la radical incapacidad parlamentaria para la tarea legislativa, necesitada de una refinada técnica. Defectuosa la ley por carencia de recursos. Por fortuna, la jurisprudencia del Constitucional ha aclarado las deficiencias de un sistema raquítico. Hay posibilidad de reconducir el proceso que consiste esencialmente en recuperar la manifestación, y propone unos textos articulados. Lo que sin duda refleja un alto sentido de responsabilidad.

Las “Parejas de hecho” (pp. 667-782) fueron objeto de una ponencia de don Manuel DE LA CÁMARA, que clasifica entre aquellas que deciden no establecer la seguridad del matrimonio y aquellas otras en que la existencia de unión anterior la impide, o bien la propia índole, como es el caso extremo de la unión homosexual, en auge en nuestra patria. Excepto ésta, que lo tiene muy lejano e impreciso, hay antecedentes históricos en el concubinato romano y en la barraganía medieval. Se aporta de nuevo un texto de Alvaro D’ORS que revela el matrimonio clásico como una unión de hecho con apariencia honorable, radicada en la consideración social más que en la intencionalidad subjetiva, es decir, el contrato. El mismo matrimonio sería una *res facti*. El concubinato, un matrimonio de rango inferior. El Concilio de Trento acabó con la barraganía, tan útil en el pueblo. La jurisprudencia y la doctrina han ido modelando una figura, acerca de la cual se esperaba una regulación que cuando se ha producido ha dado lugar a recursos de inconstitucionalidad, no obstante lo cual, de hecho se han celebrado uniones del tipo de la más problemática con solemnidad. No ha quedado resuelto el punto relativo a la *afectio maritalis*, y la relación sexual que afectaría al derecho a la intimidad. Un grupo de sentencias entre 1992 y 1997 rechazó la equiparación de efectos económicos respecto al matrimonio, y paralelamente se insinúa una cierta asimilación; procura la protección del sobreviviente perjudicado. CERVILLA GARZÓN ha subrayado que esa tendencia viene a borrar la unión de hecho. Los autores de estilo conservador se inclinan a separar matrimonio y uniones de hecho, mientras los progresistas, a refundirlos. GADIVIA SÁNCHEZ adopta una posición intermedia. El tiempo es aliado de la tendencia integradora. En distintos aspectos, la doctrina es plural. Las leyes autonómicas han acentuado esta diversidad. Navarra con su Ley de 2000 aplica el término *pública* a las uniones de hecho, en abierta oposición al Derecho común; se plantean conflictos en materia de adopción. Valencia y Madrid han coincidido en los mismos defectos. Cataluña, Baleares, Canarias, Andalucía, Asturias, País Vasco, Extremadura, presentan regulaciones, para el autor, salvo algunas excepciones, no divergentes en el fondo, lo que permite augurar una regulación estatal. En su opinión la verdadera unión libre es la que permite conservar íntegra la libertad de separación. El “encorsetamiento” sirve para confundir ambas figuras. Sólo Cataluña ha acertado a mantener la diferencia.

Don Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO comenta una sentencia del TS, 2003, acerca del “Título académico y título oficial en el delito de intrusismo” (pp. 783-796). ¿Términos equivalentes? Primero es necesario precisar el concepto de intrusión. La titularidad, la colegiación, la peligrosidad, el daño efectivo, determinan variantes y correlativamente las respuestas son múltiples. Hay títulos genéricos y dentro de ellos, específicos. Debate el autor con un colega, QUINTERO OLIVARES; difieren en la lectura de una sentencia del Constitucional. Siendo el conflicto entre los dos altos tribunales una nota de la historia presente del derecho en la patria.

Al pasado glorioso pertenece, en cambio, la recapitulación de la obra sucesiva y colectiva de la Academia, desde el discurso inaugural de un don Manuel DE LA FUENTE en 1836, catalogados los relativos a cuestiones generales y a las diversas ramas del Derecho. Es posible una edición antológica de este rico material, la de rehacer la Galería de juristas que ya trazó la Academia, en modesta publicación no superada. Equivaldría a la historia moderna de la ciencia jurídica en España. Un escolio debido a don Antonio MARTÍNEZ LAFUENTE informa sobre “Los Abogados del Estado y la Real Academia” (pp. 821-844) desde su fundación hasta el presente.

Rafael Gibert

*Catedrático de Historia del Derecho
No mérito de la Nocomplutense*

LIBRO VERDE

Sucesiones y testamentos

[SEC(2005) 270]

Comisión de las Comunidades Europeas

Bruselas, 01-03-2005

COM(2005) 65 final

(presentado por la Comisión)

1. Introducción

El presente Libro Verde abre una amplia consulta relativa a las sucesiones *ab intestato* o testamentarias que presentan aspectos internacionales.

La Comisión invita a todas las personas interesadas a hacerle llegar sus respuestas, así como cualquier otra contribución útil, antes del 30 de septiembre de 2005, a la siguiente dirección:

Comisión Europea

Dirección General Justicia, Libertad y Seguridad

Unidad C1 – Justicia civil

B – 1049 Bruselas

Fax: + 32 (0) 2.299.64.57

Correo electrónico: jls-coop-jud-civil@cec.eu.int

Las personas que respondan a esta consulta deberán precisar si se oponen a que sus respuestas y observaciones se difundan en el sitio Internet de la Comisión.

* * *

Vocabulario

“Escritura”: documento que declara un hecho o acto jurídico, y cuya autenticidad acredita una autoridad pública (por ejemplo, un documento notarial).

“Apostilla”: formalidad prevista por el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 para el reconocimiento de los documentos extranjeros.

“Conmorientes”: personas que son mutuos herederos (por ejemplo, padre e hijo) y que mueren en circunstancias que no permiten demostrar cuál ha fallecido en primer lugar.

“Competencia judicial internacional”: poder de los órganos jurisdiccionales de un país en particular para conocer de un asunto que presenta un carácter internacional.

“Competencia residual”: reglas de competencia internacional de los órganos jurisdiccionales que no han sido armonizadas a nivel comunitario.

“De cujus”: el causante de la sucesión (el difunto).

“Exequátur”: formalidad necesaria para el reconocimiento y ejecución de una resolución extranjera.

“Foro”: órgano jurisdiccional competente o que conoce del asunto.

“Contrato de herencia”: acuerdo celebrado antes de la muerte sobre una o varias sucesiones futuras.

“Sucesión ab intestato”: sucesión intestada.

“Testamentos mancomunados”: testamentos otorgados por dos o varias personas en un mismo acto, bien en beneficio de un tercero, bien en beneficio recíproco y mutuo.

* * *

La adopción de un instrumento europeo en materia de sucesiones ya figuraba entre las prioridades del Plan de Acción de Viena (1) de 1998. El Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (2), adoptado por el Consejo y la Comisión a finales de 2000, prevé la elaboración de un instrumento en este ámbito. Más recientemente, el Programa de La Haya (3) invita a la Comisión a presentar un Libro Verde que aborde la problemática en su conjunto: ley aplicable, competencia y reconocimiento, medidas administrativas (certificado de últimas voluntades, registro de los testamentos).

(1) DO C 19, de 23-1-1999.

(2) DO C 12, de 15-1-2001.

(3) Véanse las conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Bruselas, 4 y 5 de noviembre de 2004.

La creciente movilidad de las personas en un espacio sin fronteras interiores, así como el aumento del número de uniones entre nacionales de Estados miembros diferentes, acompañadas a menudo de la adquisición de bienes situados en territorio de varios países de la Unión, complican enormemente la sucesión.

Las dificultades a que se enfrentan los protagonistas de una sucesión transnacional obedecen principalmente a la disparidad de las normas sustantivas, procesales y de conflicto de leyes que regulan la materia en los Estados miembros.

Ahora bien, las sucesiones están excluidas de las normas comunitarias de Derecho internacional privado adoptadas hasta ahora. Por tanto, resulta indispensable la aprobación de normas armonizadas a nivel europeo.

La mayoría de las sucesiones se regulan de manera no contenciosa. Por ello, la aprobación de una legislación comunitaria relativa exclusivamente a la designación de los órganos jurisdiccionales competentes para resolver los litigios sucesorios, y al reconocimiento y ejecución de sus resoluciones, sería insuficiente.

Para simplificar la tarea de los protagonistas de una sucesión transnacional y responder eficazmente a los problemas concretos de los ciudadanos, el instrumento comunitario también debe tratar necesariamente del reconocimiento de los documentos y actos extrajudiciales (testamentos, documentos notariales, documentos administrativos). Al no ser posible la plena armonización de las normas de Derecho material de los Estados miembros, conviene actuar desde el punto de vista de las normas de conflicto de leyes. Por tanto, la Comisión considera que, en el ámbito de las sucesiones, no se realizará progreso alguno a nivel comunitario sin abordar prioritariamente la cuestión de la ley aplicable.

A este respecto, conviene preguntarse, en primer lugar, sobre el ámbito de aplicación de las normas de conflictos de leyes que constituirían el núcleo de la iniciativa legislativa y que potencialmente podrían abarcar ámbitos muy extensos: validez de los testamentos, condición de heredero, legítima, liquidación y partición de la herencia, indivisión, etc.

La cuestión del criterio de vinculación merece también especial atención. Como ocurre a menudo en Derecho internacional privado, es grande la tentación de querer encontrar un único criterio de vinculación que solucione todos los problemas. Podría ser la nacionalidad, privilegiada durante largo tiempo, o la residencia habitual, más “de moda”.

Pero, en el ámbito de las sucesiones, ningún criterio carece de inconvenientes. El último domicilio del difunto, utilizado como criterio de vinculación, podría implicar la aplicación de una ley que tenga muy pocos vínculos con la sucesión: por ejemplo, cuando el *de cuius* no tenga la nacionalidad del país de fallecimiento y la mayoría de sus bienes se encuen-

tren en otro país. Siendo así, ¿es necesario empeñarse en encontrar un criterio de vinculación único? ¿Es preferible aceptar una cierta flexibilidad e incluso tener en cuenta la preferencia de las partes?

En efecto, cualquiera que sea el criterio de vinculación elegido por la futura norma comunitaria para determinar la ley aplicable, no se puede excluir que este criterio sea, en algunas situaciones, poco adaptado a las legítimas expectativas de los implicados en la sucesión. Estas expectativas constituyen un parámetro que hay que tener en cuenta en el contexto de un mercado único que garantiza a las personas la libre circulación. Así, una persona puede residir algún tiempo en un país sin adquirir en él patrimonio alguno porque prevé acabar regresando a su país de origen, donde, por otra parte, sigue residiendo su familia y donde se encuentran sus bienes. Si esta persona fallece en el país donde residía, podría estar justificado que su sucesión se regulara por la ley de su nacionalidad. En cambio, la vinculación a la ley de nacionalidad carece de legitimidad si hace tiempo que el *de cujus* había dejado su país de origen y si residía en un Estado miembro donde radican todos sus lazos familiares y patrimoniales.

* * *

Si bien la determinación de la ley aplicable es esencial, no hay que subestimar la cuestión de la competencia judicial. En algunos Estados miembros, la intervención de un juez es obligatoria; en otros, sigue siendo indispensable para liquidar las sucesiones complejas o litigiosas.

Legislar en materia de competencia judicial implica también saber si es necesario fijar un criterio de vinculación único o, por el contrario, admitir una cierta flexibilidad.

Además, sabiendo que en muchos Estados miembros, las sucesiones se regulan mayoritariamente fuera de los tribunales, a veces con la participación de autoridades públicas o algunas profesiones jurídicas, es necesario reflexionar sobre posibles normas de competencia internacional acerca de estas autoridades y profesiones.

En el examen de todos estos aspectos, será necesario estudiar numerosas cuestiones particulares, como el contrato de herencia, la legítima y la sustitución fideicomisaria. Esta figura, desconocida en la mayoría de los sistemas jurídicos, se utiliza, sin embargo, a menudo en varios Estados miembros.

Por último, en materia sucesoria, la intervención legislativa de la Comunidad debe también intentar eliminar los obstáculos administrativos y prácticos. En este sentido, la creación de un “certificado europeo de heredero” debe preverse. Esta solicitud figura explícitamente en el Programa de La Haya, así como el registro de los testamentos.

2. Normas de conflicto de leyes

2.1. Cuestiones generales.

El carácter universal de estas futuras normas no debe cuestionarse: limitar la aplicación de las normas armonizadas de conflicto de leyes a las situaciones internacionales estrictamente “intracomunitarias”, excluyendo las que implican a los ordenamientos jurídicos de terceros países, complicaría la tarea de particulares y profesionales del Derecho.

Procede, en primer lugar, preguntarse sobre el alcance de la vinculación en materia sucesoria, en la medida en que las mismas materias no son reguladas necesariamente por el Derecho de sucesiones en todos los sistemas jurídicos. La armonización de las normas de conflicto de leyes debería así acompañarse de una definición del ámbito de la ley sucesoria.

Es necesario, en segundo lugar, determinar uno o más criterios de vinculación.

Por último, es importante saber si la futura legislación comunitaria, más allá de la determinación de los herederos y de sus derechos, tratará también de las modalidades de transmisión a los herederos del patrimonio hereditario.

Cuestión 1: *¿Qué cuestiones hay que vincular a la ley sucesoria?*

En particular, ¿deberían limitarse las normas de conflicto de leyes a la determinación de los herederos y de sus derechos, o deberían abarcar también la liquidación y la partición de la herencia?

Cuestión 2: *¿Qué criterio de vinculación hay que utilizar para determinar la ley aplicable? ¿Debería utilizarse el mismo criterio para todo el ámbito cubierto por la ley aplicable, o podrían utilizarse distintos criterios para distintos aspectos de la sucesión?*

En particular, ¿la norma comunitaria de conflicto debe distinguir entre muebles e inmuebles? ¿Hay que reservar un determinado papel a la ley del país de situación del inmueble?

2.2. Testamentos y contratos de herencia.

Por lo que se refiere a la validez de los testamentos, los Derechos de los Estados miembros han adoptado soluciones muy variadas, tanto sobre la capacidad para testar, las formas del testamento, la validez del fondo, los testamentos mancomunados (4), los contratos de herencia (5) o la revocabilidad. Las normas de conflicto son también diferentes.

(4) Testamentos otorgados por dos personas en el mismo acto.

(5) Acuerdos referentes a una o más sucesiones aún no abiertas.

Cuestión 3: *¿Cuál debe ser la ley aplicable a:*

— *La capacidad general para testar.*

— *La validez de:*

- *La forma de los testamentos.*
- *El fondo de los testamentos.*
- *Los testamentos mancomunados.*
- *Los contratos de herencia.*
- *La revocación de los testamentos?*

¿Cómo formular la norma de conflicto para tener en cuenta la posible modificación de la vinculación entre la fecha de otorgamiento del testamento y la fecha del fallecimiento?

2.3. Conmorientes.

El orden de fallecimiento de dos personas susceptibles de heredar una de la otra puede tener una incidencia sobre los derechos de sus propios herederos. Cuando varias personas fallecen en un mismo acontecimiento, algunos Estados miembros presumen que murieron en el mismo momento; otros establecen el orden en el que se presume perdieron la vida. Si las sucesiones de conmorientes se regulan por leyes divergentes, puede ser imposible liquidarlas.

Cuestión 4: *¿Cómo regular la cuestión de la eventual incompatibilidad de las leyes aplicables a las sucesiones de conmorientes?*

2.4. Elección de la legislación aplicable a la sucesión.

Aunque la mayor parte de los Estados miembros de la Unión Europea no permiten al futuro *de cujus* ni a sus herederos elegir la ley sucesoria, la cuestión sigue siendo pertinente. Cualquiera que sea el criterio de vinculación elegido, no puede excluirse que, en algunas situaciones, no se adapte a las legítimas expectativas de los protagonistas de una sucesión. Por ello, cabría prever cierta flexibilidad.

Cuestión 5: *¿Hay que admitir la posibilidad de que el futuro de cujus (en una sucesión testamentaria o ab intestato) elija la ley aplicable a su sucesión, con o sin el acuerdo de sus presuntos herederos? ¿Es necesario extenderla a los herederos tras la apertura de la sucesión?*

Cuestión 6: *Si se admite la elección de la ley sucesoria, ¿hay que limitar las posibilidades de elección y determinar sus modalidades? Siempre que no se hayan designado como vinculación objetiva, ¿hay que ad-*

mitir los siguientes criterios: nacionalidad, domicilio, residencia habitual u otros?

Cuestión 7: *¿En qué momento deben estar presentes estos vínculos? ¿Hay que combinarlos con condiciones particulares (duración, persistencia en la fecha del fallecimiento, etc.)?*

Cuestión 8: *¿Hay que admitir la elección de la ley aplicable para los testamentos mancomunados y los contratos de herencia? ¿Hay que regular esta elección? En caso afirmativo, ¿cómo?*

Cuestión 9: *¿Se debe permitir a un cónyuge elegir la ley aplicable a su régimen matrimonial para regular su sucesión?*

2.5. Legítima.

Los sistemas jurídicos de todos los Estados miembros prevén la protección de los familiares de un difunto que hubiera deseado desheredarlos. Esta protección a menudo adopta la forma de una cuota legítima, pero este mecanismo no es unánimemente reconocido en la Unión Europea.

Cuestión 10: *¿Hay que preservar la aplicación de la legítima cuando la ley designada por la norma de conflicto desconoce esta institución o define su alcance de diferente manera? En caso afirmativo, ¿según qué modalidades?*

2.6. Sustitución fideicomisaria.

Si una sustitución fideicomisaria reviste carácter internacional, los tribunales y otras autoridades competentes destinados a conocer de ella deben poder determinar qué leyes le son aplicables. Además de la facultad reconocida al fideicomitente para elegir la ley aplicable, podría resultar necesario elaborar normas de conflicto de leyes particulares para la sustitución fideicomisaria.

Cuestión 11: *¿Hay que adoptar normas particulares de conflicto de leyes en materia de sustituciones fideicomisarias? En caso afirmativo, ¿cuáles?*

2.7. Remisión.

La unificación de las normas de conflicto de leyes a escala comunitaria hará innecesaria la remisión cuando todos los elementos de vincula-

ción se localicen en un Estado miembro. Pero la cuestión se planteará cuando las normas de conflicto designen la ley de un Estado tercero.

Cuestión 12: *¿Debe admitir el futuro instrumento comunitario la remisión si las normas de conflicto armonizadas designan la ley de un Estado tercero? En caso afirmativo, ¿según qué modalidades y con qué límites?*

2.8. Cuestiones previas.

La ley aplicable a la sucesión hace a veces depender su liquidación de la respuesta a una cuestión llamada “previa”, que puede regularse por otra ley: validez de un matrimonio o de una unión de hecho, determinación de una filiación, etc.

Cuestión 13: *¿Qué norma de conflicto de leyes hay que adoptar para determinar la ley aplicable a las cuestiones previas a efectos de la sucesión?*

3. Normas de competencia

Los Estados miembros han adoptado criterios muy diversos: último domicilio del difunto, domicilio del demandado o del demandante, ubicación de algunos bienes, o incluso la nacionalidad del difunto o de una u otra parte en el litigio. En esta materia, procede tomar en consideración intereses muy distintos: los de los presuntos herederos, que residen a veces en países diferentes, y también los de los distintos Estados implicados, en particular, porque hay bienes sitos en su territorio.

3.1. Elección de un criterio de competencia judicial.

Una primera posibilidad consistiría en fijar un único fuero de competencia, ignorando incluso la distinción operada según la naturaleza, mueble o inmueble, de los bienes hereditarios. Pero, al igual que en materia de ley aplicable, sería previsible adoptar normas más flexibles, y ello, de varias maneras.

Cuestión 14: *¿Es deseable llegar a la unicidad de fuero en materia sucesoria? ¿Es posible abandonar la competencia del foro de ubicación de los inmuebles? Si debiera establecerse un único criterio general, ¿cuál sería?*

Cuestión 15: *¿Se puede prever permitir a los herederos recurrir al tribunal de un Estado miembro distinto del que designe una eventual norma principal de conflicto de competencia? En caso afirmativo, ¿en qué condiciones?*

Cuestión 16: *Durante un juicio de testamentaría pendiente en un Estado miembro, ¿hay que admitir la posibilidad de solicitar a un tribunal de otro Estado miembro donde se ubican bienes hereditarios la adopción de medidas provisionales y cautelares?*

Cuestión 17: *¿Hay que introducir en el futuro instrumento comunitario disposiciones que permitan el traslado de un asunto del tribunal de un Estado miembro al tribunal de otro Estado miembro, y en caso afirmativo, en qué condiciones?*

La aplicación de los criterios definidos por el futuro instrumento puede designar a un tribunal de un tercer Estado. En este caso, no es necesariamente deseable renunciar unilateralmente a la competencia de los tribunales de los Estados miembros, mientras que otros criterios de vinculación, descartados a nivel intracomunitario, serían pertinentes para delimitar unilateralmente la competencia de estos órganos jurisdiccionales en relación con la de los Estados terceros. Dejar a las legislaciones nacionales Estados miembros, como “competencia residual”, la tarea de responder a esta cuestión, imposibilita encontrar una solución común y puede suscitar otros conflictos de competencia.

Supongamos que el criterio de competencia comunitario sea el último domicilio del difunto. Un ciudadano del Estado miembro A fallece en un país tercero en el que había establecido su domicilio recientemente. Todos sus herederos se encuentran en el Estado miembro A y la mayoría de sus bienes en el Estado miembro B. En este caso, el Derecho comunitario (último domicilio del difunto) no designa ningún Estado miembro, ni el A ni el B, mientras que la sucesión tiene un vínculo mucho más estrecho con estos dos Estados que con el tercer Estado del último domicilio del difunto. La remisión a las normas nacionales para regular esta cuestión podría causar un nuevo problema. Si el Estado miembro A aplica el criterio de la nacionalidad y el Estado miembro B el de la situación de los bienes se produciría un conflicto positivo de competencias; en el caso opuesto, un conflicto negativo de competencias.

Cuestión 18: *¿Qué elementos serían pertinentes para determinar la competencia de los tribunales de los Estados miembros en una situación como la anteriormente mencionada?*

Cuestión 19: *Estas normas especiales de competencia, ¿deberán aplicarse también a los bienes situados en el territorio de un Estado tercero que reivindica una competencia exclusiva sobre ellos?*

3.2. Procedimientos vinculados a la transmisión de bienes inmuebles.

La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles da lugar a inscripción en distintos Registros. En algunos Estados miembros, los asientos en estos Registros sólo se inscriben a la vista de una resolución dictada o de un documento extendido por las autoridades nacionales. Cabría prever que la modificación de las inscripciones pueda efectuarse sobre la base de documentos expedidos en otro Estado miembro.

Cuestión 20: *¿Hay que reservar la competencia de las autoridades del lugar de ubicación de los bienes inmuebles que dependen de la sucesión, cuando la competencia principal se atribuye a las autoridades de otro Estado miembro para:*

— *Expedir los documentos necesarios para modificar las inscripciones en los Registros de la Propiedad;*

— *Realizar actos de administración y de transmisión de la propiedad?*

Cuestión 21: *¿Pueden elaborarse documentos comunitarios uniformes para su uso en todos los Estados miembros donde haya bienes? En caso afirmativo, ¿qué documentos actualmente existentes podrían uniformizarse? ¿Pueden suprimirse o simplificarse algunos trámites actualmente necesarios en el marco de las sucesiones internacionales? En caso afirmativo, ¿cuáles?*

3.3. Competencia de las autoridades no judiciales.

Habida cuenta de la importancia de las funciones ejercidas por las autoridades no judiciales –notarios o agentes de distintas administraciones– podría permitirse a los herederos realizar determinados trámites ante autoridades cercanas a ellos si no residen en el lugar designado por la norma de competencia principal.

Cuestión 22: *¿Es necesario prever que la norma de competencia armonizada se aplique también a otras autoridades que pueden intervenir en materia de sucesiones?*

Cuestión 23: *¿Es necesario prever que determinados trámites puedan efectuarse ante las autoridades de otro Estado miembro distinto al*

designado por la norma principal de conflicto de competencia? ¿Hay que regular esta posibilidad?

3.4. Sustituciones fideicomisarias.

Dado que las sucesiones están excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) número 44/2001, no existen normas de competencia comunitarias para los litigios que se refieren a las sustituciones fideicomisarias, no cubiertos por dicho Reglamento.

Cuestión 24: *¿Qué normas de competencia debería contener el futuro instrumento comunitario en materia de sustituciones fideicomisarias?*

4. Normas de reconocimiento y ejecución

La futura legislación comunitaria debe simplificar la tarea de los herederos permitiendo el reconocimiento y la ejecución de los actos y documentos necesarios para el reconocimiento de sus derechos: decisiones judiciales, actos notariales, testamentos, documentos que acreditan la condición de heredero, poderes concedidos a personas encargadas de administrar y liquidar las sucesiones, etc.

4.1. Reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales.

Al establecer normas armonizadas sobre la ley aplicable y la competencia, la futura legislación alcanzará un grado de confianza mutua muy elevado, haciendo innecesario el mantenimiento de las medidas intermedias para el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales. Si, no obstante, se mantuvieran motivos de denegación, éstos deberían ser los mismos para todos los Estados miembros.

Cuestión 25: *¿Puede suprimirse el exequátur para el reconocimiento de las resoluciones judiciales? ¿Es necesario, por el contrario, incluir motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales? En caso afirmativo, ¿cuáles?*

Cuestión 26: *¿Puede preverse que una resolución dictada en un Estado miembro en materia sucesoria se reconozca de pleno Derecho y permita modificar sin procedimiento las inscripciones en los Registros de la propiedad de otro Estado miembro? ¿Debemos inspirarnos en el artículo 21, apartado 3, del Reglamento (CE) número 2201/2003?*

4.2. Reconocimiento y ejecución de escrituras y testamentos.

En una serie de Estados miembros, los notarios y otras autoridades autorizan escrituras públicas sobre la transmisión y la liquidación de las herencias. El reconocimiento y la ejecución de estas escrituras deben estar previstos.

Por otro lado, conviene reflexionar sobre posibles normas aplicables a los testamentos extranjeros, que a menudo no pueden producir plenos efectos.

Cuestión 27: *¿Puede aplicarse a las escrituras públicas autorizadas en el ámbito de las sucesiones el mismo régimen de reconocimiento y ejecución que a las resoluciones judiciales? ¿Cabe, por tanto, prever que los documentos notariales autorizados en un Estado miembro en materia sucesoria permitan modificar las inscripciones en los registros de la propiedad sin otro procedimiento en los demás Estados miembros? ¿Debemos inspirarnos en el artículo 46 del Reglamento (CE) número 2201/2003?*

Cuestión 28: *¿Es necesario prever normas particulares destinadas a facilitar el reconocimiento y ejecución en un Estado miembro de los testamentos otorgados en otro Estado miembro?*

4.3. Terceros administradores (incluidas las sustituciones fideicomisarias).

La designación de terceros encargados de administrar o liquidar las sucesiones es, según los Estados miembros, facultativa u obligatoria. La designación de estas personas, así como sus prerrogativas, que varían según los sistemas, no siempre se reconocen en los demás Estados miembros.

En cuanto al reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas sobre sustituciones fideicomisarias, es necesario reflexionar acerca de los efectos del reconocimiento de las propias sustituciones fideicomisarias sobre la modificación de las inscripciones en los registros de la propiedad.

Cuestión 29: *¿Puede preverse el reconocimiento de pleno Derecho en todos los Estados miembros de la designación y los poderes de los terceros administradores? ¿Hay que prever motivos que permitan impugnar esta designación y estos poderes?*

Cuestión 30: *¿Hay que crear un certificado que acredite la designación del tercero administrador y que describa sus poderes? ¿A qué*

persona o autoridad debería encargarse la expedición de este certificado? ¿Cuál debería ser el contenido de este certificado?

Cuestión 31: *¿El reconocimiento de las sustituciones fideicomisarias permitiría la inscripción de los bienes de un fideicomiso y de los títulos a él vinculados en los registros de la propiedad? En caso contrario, ¿qué disposiciones habría que adoptar?*

Cuestión 32: *¿Hay que adoptar disposiciones que preserven la aplicación de la legítima prevista por la ley sucesoria u otra ley que invoque la aplicación de esta protección, a pesar de la existencia de un fideicomiso? En caso afirmativo, ¿cuáles?*

5. Pruebas de la condición de heredero: el certificado europeo de heredero

La prueba de la condición de heredero se aporta de distintas maneras según los sistemas jurídicos. Es esencial que los herederos puedan demostrar sus derechos con el fin de entrar en posesión de los bienes hereditarios que les correspondan sin incoar un procedimiento. En presencia de normas armonizadas de conflicto de leyes, es factible la creación de un certificado que surta efectos uniformes en toda la Comunidad. Ello constituiría un innegable valor añadido.

Deberán decidirse varias cuestiones: los requisitos de la expedición del certificado, su contenido y sus consecuencias.

Cuestión 33: *¿Qué efectos podrían atribuirse al certificado?*

Cuestión 34: *¿Qué menciones debe contener el certificado?*

Cuestión 35: *¿En qué Estado miembro debería emitirse? ¿Hay que dejar a cada Estado miembro la libre elección de las autoridades que pueden expedir el certificado o, habida cuenta del contenido y las funciones del certificado, hay que fijar determinados criterios?*

6. Registro de los testamentos

La búsqueda del testamento, en particular cuando se otorga en el extranjero, constituye un obstáculo a veces insuperable.

Cuestión 36: *¿Hay que prever la instauración de un sistema de registro de los testamentos en todos los Estados miembros? ¿Hay que prever la creación de un Registro centralizado?*

Cuestión 37: *¿Qué modalidades deberían decidirse para facilitar el acceso a los elementos nacionales del sistema o al Registro centralizado por los presuntos herederos y las autoridades competentes (incluso a partir de su propio Estado miembro)?*

7. Legalización

La instauración de un espacio judicial europeo implica la desaparición o la simplificación de los trámites.

Cuestión 38: *¿Plantearía dificultades la supresión de toda formalidad de legalización o apostilla para los documentos públicos autorizados en un Estado miembro y relativos a una sucesión?*

8. Enfoque legislativo

Habida cuenta de lo que precede, la elaboración de un cuerpo de normas comunitarias relativas a las sucesiones y testamentos constituirá una labor de gran envergadura y complejidad.

Cuestión 39: *¿Se puede prever la elaboración de un instrumento único y completo? En caso contrario, ¿por qué orden y en qué etapas se organizarían los trabajos?*

PREÁMBULO

El conjunto de principios que aquí se contienen, constituyen la esencia de la institución notarial y el modelo al que todos los notariados han de aspirar.

En la esperanza de que estos principios sean recogidos, respetados y aplicados por todos los notariados miembros de la UINL, se invita a todos a hacer realidad estos ideales.

BASES O PRINCIPIOS DEL SISTEMA DE NOTARIADO LATINO

Título I. Del notario y de la función notarial

1. El notario es un profesional del Derecho, titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios.
2. La función notarial es una función pública, por lo que el notario tiene la autoridad del Estado. Es ejercida de forma imparcial e independiente, sin estar situada jerárquicamente entre los funcionarios del Estado.
3. La función notarial se extiende a todas las actividades jurídicas no contenciosas, confiere al usuario seguridad jurídica, evita posibles litigios y conflictos, que puede resolver por medio del ejercicio de la mediación jurídica y es un instrumento indispensable para la administración de una buena justicia.

Título II. De los documentos notariales

4. Los documentos notariales, que pueden tener por objeto la formalización de actos y negocios de todo tipo, son los autorizados por el notario. Su autenticidad comprende autoría, firmas, fecha y contenido. Son conservados por el notario y clasificados por orden cronológico.
5. En la redacción de los documentos notariales, el notario, que debe actuar en todo momento conforme a la Ley, interpreta la voluntad de las partes y adecua la misma a las exigencias legales, da fe de la identidad y califica la capacidad y legitimación de los otorgantes en relación al acto o negocio jurídico concreto que pretenden realizar. Controla la legalidad y debe asegurarse de que la voluntad de las partes, que se expresa en su presencia, haya sido libremente declarada. Todo ello se entiende con independencia del soporte en el que conste el documento notarial.
6. El notario es el único responsable de la redacción de sus documentos. Es libre de aceptar o rehusar todo proyecto o minuta que le sea presentado o bien de introducir en él, con el acuerdo de las partes, las modificaciones que estime pertinentes.
7. Los otorgantes de un documento notarial tienen derecho a obtener copias de su original, que queda en poder del notario. Las copias auténticas tienen el mismo valor que el original. El notario podrá también expedir copias a favor de personas que, según su legislación nacional, tengan interés legítimo en conocer el contenido del documento.
8. Los documentos notariales gozan de una doble presunción de legalidad y de exactitud de su contenido y no pueden ser contradichos más que por la vía judicial. Están revestidos de fuerza probatoria y ejecutiva.
9. La actuación notarial se extiende también a la legitimación de firmas de particulares puestas en documentos privados, así como a la expedición de testimonios de conformidad de las copias con sus originales en toda clase de documentos y a cualquier clase de actividades previstas por su respectiva legislación nacional.
10. Los documentos notariales que respondan a los principios aquí enunciados deberán ser reconocidos en todos los Estados y producir en ellos los mismos efectos probatorios, ejecutivos y constitutivos de derechos y obligaciones que en su país de origen.

Título III. De la organización notarial

11. La ley nacional determinará el área de competencia de cada notario así como el número de notarios, que ha de ser suficiente para asegurar convenientemente el servicio.
La ley determinará también el lugar de instalación de cada estudio notarial, garantizando un reparto equitativo en todo el territorio nacional.
12. Los notarios deberán pertenecer a un organismo colegiado. Un solo organismo, compuesto exclusivamente por notarios, asumirá la representación del notariado de cada país.
13. La ley de cada Estado determinará las condiciones de acceso a la profesión notarial y de ejercicio de la función pública notarial, estableciendo a tal fin las pruebas o exámenes que se estimen oportunos, exigiendo en todo caso a los candidatos el título de graduado o licenciado en Derecho y una alta calificación jurídica.

Título IV. De la deontología notarial

14. La ley determinará el régimen disciplinario de los notarios, que estará bajo el control permanente de la autoridad pública y de los organismos colegiales.
15. El notario está obligado a la lealtad y a la integridad frente a quienes solicitan sus servicios, frente el Estado y frente a sus compañeros.
16. El notario, conforme al carácter público de su función, está obligado a guardar secreto profesional.
17. El notario está obligado a ser imparcial, si bien tal imparcialidad se expresa igualmente mediante la prestación de una asistencia adecuada a la parte que se encuentre en situación de inferioridad respecto de la otra, para así obtener el equilibrio necesario a fin de que el contrato sea celebrado en pie de igualdad.
18. La elección de notario corresponde exclusivamente a las partes.
19. El notario está obligado a respetar las reglas deontológicas de su profesión tanto a nivel nacional como internacional.

* * *

**Aprobados por la Asamblea de los Notariados Miembros
de la Unión Internacional del Notariado.
Roma, Italia, 8 de noviembre de 2005**