

2. MERCANTIL

EL NUEVO RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD EN LA LEY DE SOCIEDADES PROFESIONALES Y LA SOLIDARIDAD JURISPRUDENCIAL.

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Doctor en Derecho

Abogado

*«Doctor qui imperite consulit, damnum passo satisfacere tenetur»
(Decio, regula 47.3)*

I. UNA ANHELADA REFORMA NORMATIVA SOCIETARIA

Tradicionalmente ha existido un importante sentir entre los profesionales de los diversos sectores del tráfico jurídico y económico en ejercer la actividad que les resulta propia mediante la constitución de un vínculo societario al efecto, siendo ejemplo de tales aspiraciones en el derecho comparado la Ley francesa de 1966, de Sociedades Civiles Profesionales, y la también Ley francesa de 31 de diciembre de 1991.

Tales deseos de regulación se han culminado recientemente en nuestro Derecho Patrio mediante la publicación de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (BOE núm. 65), (en adelante «LSP»), la cual ha sido fruto de un largo proceso desde que en su día PAZ-ARES y CAMPIN VARGAS elaborasen un Borrador de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales y Memoria correspondiente como consecuencia de un estudio solicitado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (1) (en adelante «ALSP»).

Las meritedas aspiraciones asociativas profesionales fueron recogidas en su día por MEZQUITA DEL CACHO, haciéndose eco de los razonamientos elaborados por la doctrina francesa (A. LEBAUDE) (2) al afirmar que existe una sensación social de que los profesionales consagrados todavía ejercientes al estilo material clásico sufren un desgaste generacional con las prácticas modernas de atención a la demanda de servicios, y también de que en el plano ético, las turbulencias del progreso material y de la competitividad económica (especialmente en las relaciones con empresas fuertes) han introducido factores degradantes, especialmente en los gabinetes más desarrollados; problemática que se presenta en paralelo con otra de costos en las inversiones, gastos de estructura, conquista de cuotas de mercado, complejidad y envergadura de los encargos asumidos, etc.

(1) PAZ-ARES y CAMPIN VARGAS, *Sociedades Profesionales (Borrador de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales y Memoria correspondiente)*, Madrid, 1997, inédito (Archivo de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia).

(2) Según referencia a esta doctrina francesa y a la más adelante citada, realizada por José Luis MEZQUITA DEL CACHO. Academia Sevillana del Notariado. Tomo VII (1899). *Las sociedades profesionales*. Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el día 8 de mayo de 1992, pág. 22 y sigs.

F. CHIROT explicaba cómo a lo largo de los últimos tiempos la evolución de las técnicas y de los conocimientos han trastornado los principios sobre los que descansaba el sistema profesional liberal: unos individuos que desde una alta autoexigencia y honestidad administraban en condiciones de independencia y contacto directo con los clientes unos conocimientos y un arte adquirido con la experiencia, cuyos secretos les eran exclusivos. La dinamización resultante del desarrollo del mercado les ha impuesto unos costes en materiales de organización y realización del trabajo cuya rentabilización es cada vez más relativa y que, además, han modificado el estilo de su relación con el público. Incluso, la abundancia de normativas (incluso internacionales) sobre las cuestiones relativas a sus oficios ha exigido una especialización indispensable y creciente, que a su vez requiere una formación permanente, lo que es muy difícil para el ejerciente individual.

Los anteriores factores pues, influyeron en el fenómeno asociativo, en el que quieren verse (3) «...no sólo soluciones de economía de costes, mejor y más asequible dotación potencial de medios, mayores facilidades para la especialización combinada, mayores garantías de estabilidad en la concurrencia y mayor capacidad de servicio, sino también mejores perspectivas para el relevo generacional, con superiores garantías de empleo y aprendizaje de los neófitos junto a los expertos y de transición de aquéllos desde un asalariado inicial (que en el marco de una Sociedad titular no se percibe peyorativo) hacia el estatuto de asociado a través del de colaborador y/o el de partícipe».

Sin embargo, en la evolución de la implantación de este proceso asociativo en la práctica de la profesión liberal han sido múltiples las objeciones realizadas a la utilización del vínculo societario. LYON-CAEN realizó una recopilación de los pros y contras a dicho recurso con el siguiente contenido básico (4):

A) El carácter individual de sus prestaciones, en cuanto ligado a la personalidad individual y no trasladable a una persona moral. No es difícil contraobjectar que ni el ejercicio en común presupone en todo caso la persona moral; ni aunque ésta sea erigida, tendrá una total transparencia; y no será ella, sino las personas individuales de sus miembros, quienes realizarán tales prestaciones o servicios; del mismo modo que será a ellos a quienes corresponderán, en su caso —no existiendo cesión negocial expresa— los derechos de propiedad intelectual sobre los trabajos legalmente susceptibles de reserva exclusiva.

B) La independencia, en cuanto requiere un «status» de autosuficiencia económica y de libertad jurídica que sólo se dan plenamente en el ejercicio individual. Puede oponerse que el ejercicio en común ni presupone asalariado, ni reducción (sino, con la mayor probabilidad, incremento) del status económico personal; ni tampoco subordinación de criterio en el análisis del caso (que es la libertad que verdaderamente importa); y que tampoco se da en ella la circunstancia que tratan de evitar las incompatibilidades del Derecho corporativo: doble actuación, «libre» por un lado, y por otro, en dependencia de una empresa (que es en la que sufriría merma el principio de independencia; como también en el caso de doble ejercicio de profesión liberal y funcionariado).

C) La accesoriedad del lucro con respecto a la vocación. Pero esta condición sólo se opone a la comercialización de la profesión, no a su ejercicio

(3) José Luis MEZQUITA DEL CACHO, vid., *op. cit.*, pág. 22.

(4) Según resumen de dichos argumentos realizados por MEZQUITA DEL CACHO, vid., *op. cit.*, págs. 23 y 24.

societario civil, en que la proporción de la lucratividad y su vocación puede ser correcta en igual o mayor grado, en cuanto las posibilidades de tratamiento de los casos acrezcan en términos de calidad, como es lógico, dentro de la organización societaria, en la que incluso puede ofrecerse a la clientela una reducción de costes.

D) La no patrimonialidad de la clientela profesional, a diferencia de la comercial, lo que la hace inaportable a una sociedad, del propio modo que deontológicamente impide su cesión negocial. Cabe contraargumentar que no hay propiamente aportación (que no es una masa cautiva, sino libre de continuar o no su relación con la misma persona, no obstante su agrupación societaria con otras) y que incluso la sociedad puede ser un instrumento que evite las formas verdaderamente condenables de cesión, cuya facticidad es tan vieja como su difícil represión.

E) La personalización de la relación profesional con el cliente y su consecuencia en el plano de la responsabilidad personal primero, por cuanto todo ello es clave del factor de confianza, básico para la elección libre que es consustancial en este tipo de relación y no equiparable en una relación entre el cliente y una firma societaria, en la que puede incluso existir mayor dificultad para salvaguardar el secreto profesional. LYON-CAEN contrapone a dicho argumento que también en el ejercicio agrupado la relación se personaliza necesariamente, ya que la sociedad es una abstracción incapaz de ser interlocutor de nadie; de modo que la desproporcionalización es muy relativa y se compensa con ventajas de constante disponibilidad plural para el cliente; y en lo que respecta a la responsabilidad, este autor pone de relieve que hace mucho tiempo que ésta se cubre en lo civil a través de seguro, que sigue existiendo en la forma societaria e incluso se duplica cuando la norma establece un doble plano, individual y social, para la responsabilidad, y que en el profesional asociado no hay variación en la responsabilidad penal y la disciplinaria con respecto al régimen de ejercicio individual.

MEZQUITA DEL CACHO (5) exponía cuáles eran los aspectos esenciales que a su juicio y conforme al Derecho Comparado debían tomarse en cuenta en la reforma de la normativa que habría de tener lugar acerca de la positivización de las sociedades profesionales, citándose entre los mismos el de la responsabilidad civil profesional en el ejercicio societario. Así, debería regularse la solidaridad de responsabilidades entre la sociedad y el socio profesional a quien pudiera imputarse el daño, sin que sea necesaria la apelación a la doctrina del levantamiento del velo.

En relación con este régimen de responsabilidad, conviene también citar las conclusiones que hiciera PANTALEÓN PRIETO (6) al respecto:

«...Comenzando por esta última, la solución ha de ser, sin duda, la siguiente: la responsabilidad de los socios no causantes del daño no deberá ser distinta que la que, por las deudas sociales, tienen los socios de cualquier sociedad del mismo tipo... que la sociedad profesional de que se trate. La norma del artículo 11.2 de la Ley de Auditoría de Cuentas, totalmente injustificable desde los principios generales... no puede ser objeto de extensión analógica. La responsabilidad de los socios

(5) José Luis MEZQUITA DEL CACHO, *vid.*, *op. cit.*, pág. 52 y sigs.

(6) Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Curso sobre Sociedades Profesionales*, El Escorial, 1999; según cita de Francisco Javier GARCÍA MÁZ, «Problemas y soluciones de las Sociedades Profesionales cara a una futura ley», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 669, págs. 30 y 31.

por las deudas sociales, conforme al tipo de la sociedad profesional de que se trate, puede ser excluida por pacto. La responsabilidad civil de los profesionales, autores de la conducta dañosa, se rige, naturalmente, por las reglas generales; lo que hay que discernir es si se trata de las reglas generales de la responsabilidad contractual (art. 1.101 y sigs. del Código Civil) o de la responsabilidad extracontractual (art. 1.902 y sigs. del Código Civil). Serán, sin duda alguna, las segundas, cuando no exista relación contractual alguna con el perjudicado. El problema es si en tales casos responderá o no también la sociedad. Cuando el profesional causante del daño no es un socio, la respuesta la ofrece fácilmente el artículo 1.903.IV del Código Civil. Pero cuando se trate de un socio, ¿podría aplicarse dicho artículo que exige una relación de dependencia? ¿O será necesaria una norma que impute a la sociedad la conducta dañosa de sus socios en el desempeño de las actividades propias del objeto social, como si fuera una conducta propia de aquélla? Corta por lo sano, quizá acertadamente, el artículo 120.4.º del Código Penal. Cuando la relación contractual exista estará entablada exclusivamente entre la sociedad y el cliente; y evidentemente, aquélla responderá objetivamente de la conducta de todos sus profesionales, socios o no, en el marco del cumplimiento de los deberes integrantes de dicha relación contractual. Si existe una norma que impute a la sociedad como propia la conducta de sus socios, no podrá la sociedad excluir la responsabilidad por dolo de sus socios, y en ello será de aplicación a la sociedad deudora lo dispuesto en el artículo 1.107.II del Código Civil. Pero el hecho de que la relación contractual esté entablada exclusivamente entre la sociedad y el cliente, no excluye la responsabilidad civil personal del profesional, socio o no, autor del incumplimiento dañoso. Lo discutible es si ha de considerarse responsabilidad contractual o extracontractual; o mejor, si debe regirse por las normas propias de aquélla o por las de ésta. La primera respuesta parece más satisfactoria, especialmente en atención a lo dispuesto en el artículo 1.107.I del Código Civil y a los posibles pactos de limitación de la responsabilidad de la sociedad profesional...».

II. LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL EN EL ANTEPROYECTO, EL PROYECTO DE LEY, LA LEY SOCIEDADES PROFESIONALES Y LA NORMATIVA PROFESIONAL

En el apartado del presente trabajo expondremos las vicisitudes por las que ha transcurrido el régimen de la responsabilidad de los profesionales que prestan sus servicios mediante un vínculo societario en esta importante reforma normativa, principalmente, en cuanto a las sociedades de abogados se refiere, tanto en el ALSP, en el Proyecto de Ley de Sociedades Profesionales (en adelante «PLSP») y en la tramitación parlamentaria del mismo.

A) FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PROFESIONAL EN EL EJERCICIO SOCIETARIO

i) *El ALSP*

La cuestión de la responsabilidad de la sociedad profesional y de los profesionales se trataba en el ALSP en el artículo 10.1 del mismo, en el que se mantenía el principio de responsabilidad de la sociedad profesional por las deudas sociales, tanto procedieran o no del ejercicio de la actividad profesional, con todo su patrimonio (ex art. 1.911 del Código Civil).

La responsabilidad de los socios por dichas deudas sociales se trataría de acuerdo con el régimen de responsabilidad establecido para el correspondiente tipo social. Así, en la sociedad civil existe el régimen de responsabilidad subsidiaria y mancomunada (*ex art. 1.698 del Código Civil*); en la sociedad colectiva, el de responsabilidad subsidiaria y solidaria (*ex art. 127 del Código de Comercio*) y en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada se estipula la inexistencia de responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales (*ex art. 1 de la Ley de Sociedades Anónimas y de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*).

En cuanto al régimen de responsabilidad personal, el artículo 10 del ALSP recogía la responsabilidad del profesional que presta el servicio (socio o no), del siguiente tenor literal:

«1. Por las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio. La responsabilidad de los socios será la que corresponda según la forma social adoptada.

2. Por las deudas que tengan su origen en la prestación de un servicio profesional responderá además el profesional que haya actuado, siéndole de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o, en su caso, extracontractual.

3. La responsabilidad de la sociedad y la responsabilidad del profesional actuante son solidarias».

PAZ-ARES (uno de los autores del ALSP) consideraba conveniente la regulación de esta responsabilidad al afirmar que (7): *«...la limitación de responsabilidad societaria no excluye la responsabilidad personal que como actuantes contraen frente al cliente. De lege data, ésta es una conclusión que se extrae de los principios generales que informan la actividad profesional y que es ampliamente reconocida por doctrina y jurisprudencia e incluso por la propia legislación. Aludimos, en particular, al artículo 11.1 de la Ley de Auditoría de Cuentas que, en relación a las sociedades de auditores, ha dispuesto que, en todo caso y con independencia del tipo social elegido por las deudas profesionales responden, además de la sociedad, los socios profesionales. El precepto ha ido demasiado lejos, sin embargo, puesto que extiende la responsabilidad a aquellos socios profesionales que no han actuado, lo cual no tiene fácil justificación... los altos intereses que están en juego aconsejan reforzar el rigor de la actuación profesional, consagrando a cargo del socio o profesional que haya actuado una responsabilidad directa frente al cliente por la infracción de sus obligaciones profesionales».*

AURORA CAMPINS (8) (otro de los autores del ALSP) justificaba así esta medida: *«La responsabilidad directa es la contrapartida necesaria del principio de independencia en la actuación profesional y encuentra su razón de ser en la importancia social de los bienes jurídicos que se salvaguardan mediante el ejercicio profesional (salud, libertad, honor, etc.) y en el consiguiente interés público a que se presten adecuadamente (para lo cual la responsabilidad personal provee los incentivos necesarios)».*

(7) PAZ-ARES, «Las sociedades profesionales (Principios y bases de la regulación proyectada)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653 (julio de 1999).

(8) AURORA CAMPINS VARGAS, «El Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales: un paso adelante en su reconocimiento y regulación», en *La Ley*, núm. 5, 2005, págs. 1035-1040.

Interesantes observaciones se realizan en la Memoria Justificativa del ALSP sobre la naturaleza jurídica y argumentos de la responsabilidad del profesional que presta los servicios profesionales mediante un vínculo societario.

Los autores de la citada memoria exponen las diferentes opiniones doctrinales al respecto. Dentro de la tesis que considera que dicha responsabilidad tiene naturaleza contractual citan las tesis de la teoría del doble contrato y la de la aplicación analógica de la responsabilidad del submandatario (9).

En nuestra opinión no eran acertadas las anteriores justificaciones doctrinales que trataban de argumentar la responsabilidad del profesional actuante (10). La del doble contrato, porque en realidad existe un solo contrato de

(9) PAZ-ARES, *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, págs. 1406 y 1407, donde este autor aborda este problema de la siguiente manera: «h) El régimen jurídico de la sociedad profesional plantea ciertos problemas especiales que no pueden ser abordados en el estrecho marco de este comentario. El más significativo es, sin duda alguna, el relativo al régimen de responsabilidad. Una exigencia universal en este campo viene dada por la necesidad de aparejar la responsabilidad de la sociedad y la responsabilidad del profesional que lleva a cabo el trabajo (así lo establecen las leyes especiales del Derecho Comparado que regulan la materia [vid. YZQUIERDO, Resp. Profesiones liberales, págs. 161-182] y las leyes especiales que entre nosotros contemplan sociedades de este tipo: vid., por ejemplo, art. 11.2 LAC). Pero la construcción de esta doble responsabilidad no es fácil de lege data. Se ha dicho que la doble responsabilidad surge de un doble contrato: el «contrato base», en virtud del cual el cliente concierne con la sociedad la prestación de un servicio y el «contrato posterior de ejecución», en virtud del cual un determinado profesional se obliga a realizar la prestación (así DEL POZO, Nuevo Registro, pág. 151; vid. asimismo la RDGR 2-VI-86). Pero esta construcción es totalmente inexacta. En realidad, sólo hay un contrato del que sea parte el cliente, y ese es el arrendamiento de servicios que conviene con la sociedad. Por tanto, en principio, la única responsabilidad contractual directa frente al cliente es la responsabilidad de la sociedad (resulta inexplicable por ello la posición de ciertos autores que consideran que la responsabilidad de la sociedad es subsidiaria respecto a la del profesional encargado de la ejecución del servicio: vid. YZQUIERDO, Resp. Profesiones liberales, pág. 163. Nada obsta, sin embargo, para que, aun no habiendo contrato, pueda entenderse que el profesional o profesionales que realizan la prestación respondan directamente —y con arreglo a las normas que gobiernan la responsabilidad contractual— frente al cliente. Desde el punto de vista dogmático, esta responsabilidad se justifica por la situación de contacto social. Desde el punto de vista positivo, el fundamento de la responsabilidad puede localizarse en la aplicación analógica del artículo 1.722 del Código Civil, que otorga acción directa —acción contractual— al mandante contra el sustituto del mandatario. La responsabilidad de la sociedad y la responsabilidad del profesional deben considerarse solidarias. Ciertamente el principio general es de mancomunidad (vid. art. 1.137 del Código Civil), pero la jurisprudencia, generalmente con buenas razones en las que ahora no podemos entrar (vid. infla com. art. 1692 V. 3 b), ha invertido los términos de la presunción (no puede invocarse el art. 1.903 IV del Código Civil, ya que estamos en el ámbito de la responsabilidad contractual: vid., no obstante, DEL POZO, Nuevo registro, págs. 151-152. Los demás socios responden subsidiariamente (respecto de la responsabilidad de la sociedad) y según las reglas generales del Derecho de sociedades...»

(10) Especialmente en el ámbito de la responsabilidad médica se había articulado la responsabilidad del profesional entendiendo el contrato celebrado entre el hospital y el médico como un contrato a favor de tercero (enfermo o paciente), en virtud del cual existirían responsabilidades directas y contractuales frente al profesional. En este sentido, coincidimos con Virginia MÚRTULA LAFUENTE (*La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, 2006), cuando dice que: «...Sin embargo, no creemos que pueda considerarse como un contrato a favor de tercero en la

encargo profesional que es el que se estipula por la sociedad y el tercero, siendo la actuación del profesional la necesariamente exigida para la actuación de la persona jurídica en el tráfico, es decir, bien mediante el recurso de la representación orgánica o de la representación voluntaria, puesto que la persona jurídica *per se* y por su propio concepto no puede ejecutar directamente la prestación devenida del contrato profesional, si no es mediante la referida representación, o en su caso, colaboración.

A ello no obstan, las críticas doctrinales que en su momento se alzaron, las cuales no concebían dicha actuación profesional societaria por el carácter *intuitu personae* existente entre el solicitante de los servicios profesionales y el prestador de los mismos, argumentándose, por ejemplo, la aplicación del artículo 1.161 del Código Civil (11), sin embargo, en nuestra opinión el artículo 1.161 del Código Civil, al regular el pago por un tercero no pretende la sustitución de la persona del deudor, lo que justifica la existencia de previsiones normativas tales como el artículo 1.596 del Código Civil en sede de arrendamiento de obra que hace responsable al contratista del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra, norma aplicable directamente al contrato con el profesional cuando éste venga configurado como un contrato de obra (12), o bien por analogía, cuando las relaciones jurídicas vengan presididas por un arrendamiento de servicios (13).

Además, como ha puesto de manifiesto cierto sector doctrinal, el elemento *intuitu personae* pueda predicarse no sólo del prestador individual de servicios, sino también del prestador colectivo de los servicios (14).

Por otro lado, no compartimos la aplicación analógica de la normativa del mandato para la justificación de la responsabilidad del profesional actuante

medida en que no se dan uno de sus presupuestos, pues falta la voluntad de las partes de atribuir un derecho a un tercero, que es un elemento esencial de la figura».

(11) Mariano IZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil de abogados y procuradores. El quid pero sobre todo el quantum*. Ponencia del IV Congreso de la Asociación Española de Abogados Especialistas en Responsabilidad Civil y seguro. Noviembre de 2004.

(12) La sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8587), considera como arrendamiento de obra el encargo de un dictamen, y la de 25 de abril de 2002 (RJ 2002, 5106), califica el encargo profesional del abogado como un arrendamiento de servicios.

(13) En cuanto al artículo 1.595 del Código Civil, también alegado por esta doctrina que hacía presidir la relación *intuitu personae* sobre cualquier otro argumento en la relación cliente-profesional prestador de los servicios, cabe exponer que el mismo se refiere a personas físicas ya que sólo ellas mueren, aunque como expone Pablo SALVADOR CORDECH (*Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, pág. 1205) sería aplicable a las personas jurídicas cuando se dé identidad de razón. No obstante dice el citado autor: «No basta, con todo, el cambio de titularidad, de propietarios, por así decirlo, sino que es preciso que haya habido un cambio sustancial en la organización, en las capacidades empresariales y en la solvencia financiera que originariamente se consideraron esenciales para realizar el encargo de la obra a la empresa en cuestión». Todo ello nos hace concluir la difícil aplicación de este precepto a las relaciones profesionales que, ejercidas bajo la fórmula societaria, se desempeñen a través de los socios de la sociedad profesional y de los empleados de la misma.

(14) Así, según FERRI («La società di professionisti», en *Revista Diritto Commerciale*, 1972, I, pág. 236), no es extraño que el cliente deposite su confianza en un grupo de profesionales (despacho de abogados o clínica médica). Por lo tanto, la elección del cliente puede producirse en algunas ocasiones sobre un grupo de profesionales con preferencia al profesional individual o concreto.

mediante el ejercicio societario de la actividad encomendada, puesto que entendemos que no se produce la adecuada identidad de razón (*ex art. 4 del Código Civil*) para que se pueda producir dicha integración normativa (15).

En este sentido, cabe recordar que el artículo 1.721 y el artículo 1.722 del Código Civil (según opinión mayoritaria de la doctrina) recoge la llamada acción directa en sede de mandato, en virtud de la cual el mandante puede dirigirse para la exigencia de responsabilidades contra el mandatario y su sustituto de forma conjunta, naciendo entre estos últimos una especie de responsabilidad *in solidum*. Debiendo manifestarse de antemano que la acción directa estipulada en estos casos donde juega es único y exclusivamente en el subapoderamiento o sustitución impropia o delegada, que es el caso donde existe una relación triangular (mandante, mandatario y subapoderado) y no en la sustitución propiamente dicha, donde por juego de la misma desaparece la figura del mandatario.

En primer lugar cabe exponer que la acción directa *per se* tiene un carácter excepcional (16) porque choca con dos principios de nuestro Ordenamiento Jurídico como son el de la relatividad contractual (art. 1257.1 del Código Civil), ya que establece, en este caso, un vínculo jurídico entre dos personas que no son parte del mismo contrato, a saber, el mandante y el sustituto del mandatario, lo que supone un reforzamiento y garantía del crédito que ostenta el mandante ante un supuesto de subapoderamiento, eliminándose los riesgos de insolvencia del deudor principal o mandatario. Además la excepcionalidad de la acción directa implica una quiebra del principio de la *par conditio creditorum*, puesto que el acreedor ve reforzado su crédito por el mecanismo de la misma en detrimento del resto de acreedores del deudor de su deudor.

Pero con mayor interés resulta necesario precisar y recordar en este asunto el régimen de la sustitución en el mandato en relación con las personas jurídicas que nos ofreciese PORPETA (17) al exponer lo siguiente: «La represen-

(15) Aunque por distintos argumentos, como se formularán, que los apuntados por VIRGINA MÚRTULA LAFUENTE (vid., *op. cit.*), ya que esta autora expone al respecto lo siguiente: «... Otro argumento empleado para fundamentar la responsabilidad del profesional ha sido la aplicación analógica de las reglas que regulan la sustitución en el mandato (arts. 1.721 y 1.722 del Código Civil), de tal forma que el cliente podría dirigirse contra la sociedad (mandatario) y contra el profesional (sustituto del mandatario), aunque con este último no exista un vínculo contractual. Sin embargo, como se ha puesto de relieve, no puede prosperar la aplicación analógica cuando no existe base para ello, por falta de semejanza entre el supuesto contemplado legalmente y aquél al que se pretende su aplicación analógica. Así, mientras que en la sustitución hay una auténtica cesión de la posición contractual del mandatario sustituido, cuando un cliente contrata con la sociedad la prestación de un servicio profesional y éste es encomendado por aquélla a un profesional asociado de la misma, no puede hablarse de sustitución en sentido estricto, puesto que la sociedad profesional no sale de la relación con el cliente, no coloca en su lugar al profesional actuante frente al cliente». En nuestra opinión, este parecer se basa sólo en la consideración de la sustitución propia o perfecta, sin tener en cuenta la impropia o subapoderamiento, por lo que el rechazo al recurso de la aplicación analógica de la acción directa prevista en el mandato para justificar la responsabilidad del profesional debe realizarse mediante el análisis de la posibilidad de sustitución en cuanto a teoría de la representación de las personas jurídicas.

(16) Vid., por todos, PASQUAU LIAÑO, *La acción directa en el derecho español*, Madrid, 1989.

(17) PORPETA CLÉRIGO, «La sustitución de poder», en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, 1943, T. I, págs. 146 y 147.

tación eventual es la que se otorga al puro arbitrio del sujeto representado, pudiendo éste jurídicamente prescindir de ella. Puede dimanar por modo inmediato de una persona individual dotada de capacidad de obrar, o bien derivarse de un incapacitado o de una persona jurídica, en cuyo caso serán sus órganos idóneos quienes la otorguen, provocando así un fenómeno de representación mediata. Incapaces y personas jurídicas, a diferencia de las personas individuales capaces, son pues susceptibles de una doble representación: la orgánica y la eventual.

El poder (llamémosle así) de representación orgánica tiene carácter inminente. Esto quiere decir que las facultades representativas de que disfruta el órgano no proceden de una delegación, no proceden de otro sujeto de derecho, sino que al ejercerlas el órgano es el propio sujeto representado quien inmediatamente las ejerce por conducto suyo. En la representación eventual ocurre precisamente lo contrario: aquí los poderes funcionan a base de facultades delegadas y la personalidad del apoderado se destaca de la del poderdante, permaneciendo frente a él como cosa distinta. Es decir, que aparte de la necesidad o eventualidad de la actuación del apoderado, las dos clases de representación se distinguen por la forma inmanente o trascendente en que el apoderado actúa.

Y ahora es cuando después de esta larga digresión podemos ya discernir cuál sea la posición de ambos representantes (cuya concurrencia no es insólita) en el proceso de sustitución de poder.

Hablando con rigurosa propiedad, sólo cabe sustitución cuando el sustituyente opera con facultades que no le pertenecen. Todo el mecanismo montado por las legislaciones positivas, así respecto del mandato como del poder, gira en torno a esto: el mandatario, el apoderado, son depositarios de facultades ajenas, no titulares de facultades propias. En este aspecto es como primordialmente se los contempla. La intuición popular lo confirma también. Nadie dice: el padre, el tutor, han sustituido sus poderes. ¿Por qué? Porque para ello precisaría que fuese otro quien voluntariamente se los hubiere conferido antes a ellos. Se dice, por el contrario, que han otorgado poderes. Y el apoderado que a su vez nombren el padre o el tutor, éste si será el que, a su vez, actúe como otorgante de las posibles sustituciones. Igual ocurre cuando la persona jurídica confiere un apoderamiento eventual. Respecto de los sujetos individuales capaces, es manifiesto que, al hacerse representar, no sustituyen, sino que simplemente apoderan, y tan correcta es la expresión referida a este último caso como a todos los anteriores. Si el sujeto individual no sustituye al establecer un apoderamiento, ya que lo nutre con sus facultades propias, en la misma situación se encuentran, sin diferencia alguna, el órgano de representación de un incapacitado o el de una persona jurídica...».

De acuerdo con lo anterior y en sede de principios, en una sociedad profesional el posible aspecto de la sustitución que podría operar sería el del subapoderamiento. Sucede en la práctica que cuando un cliente contrata con una sociedad profesional (por mor de la naturaleza de la misma y su necesidad de actuación por medio de una representación voluntaria u orgánica) la sociedad profesional en sí misma y actuante no desaparece en la ejecución del proyecto, siendo pues la directamente responsable frente al cliente, responsabilidad evidentemente contractual. Pero si como hemos apuntado, el órgano de representación orgánica de una persona jurídica no sustituye sino que simplemente apodera (bien expresa o tácitamente), el profesional actuante que realiza la prestación objeto del encargo profesional no es ningún sustituto ni subapoderado de la sociedad profesional, sino simplemente y con carácter general un apoderado orgánico de la misma, quien a su vez sí que puede

articular (en su caso) el mecanismo de la sustitución o subapoderamiento, supuesto anormal por otro lado. Por ello, no consideramos adecuado que el fundamento de la responsabilidad del profesional actuante se hubiera encontrado en la aplicación analógica de la acción directa prevista para el mandato, en aplicación de los artículos 1.721 y 1.722 del Código Civil.

En este sentido, el recurso a la aplicación analógica como instrumento integrador del Ordenamiento Jurídico debe fundamentarse en la semejanza entre casos, así la aplicación analógica de la acción directa requeriría en todo caso que el contrato estipulado por quien ejercitare dicha acción directa (cliente) y el contrato conexo en el que no ha participado (apoderamiento al profesional actuante), generasen obligaciones de la misma naturaleza o de contenido casi similar para argumentar la existencia de la citada semejanza de casos y aplicación del régimen de responsabilidad (18), lo cual ocurriría en las

(18) En cuanto a la responsabilidad existente para el subapoderado, PORPETA (vid., op. cit., págs. 177 y 178) opinaba lo siguiente: «No es empresa fácil la de averiguar en nuestro Derecho qué responsabilidad incumbe al apoderado, si es que alguna le alcanza, por los actos que el sustituto realice. Queda, desde luego, descartada por definición la hipótesis del traspaso de poderes. Con referencia al subapoderamiento, hay tres soluciones posibles:

Primera.—La del artículo 1.903 del Código Civil, en el que genéricamente se regula la responsabilidad extracontractual derivada. Establece este artículo una presunción de negligencia contra los padres, tutores, empresarios, Estado y maestros de artes y oficios, en cuanto a la vigilancia de aquellas personas de cuya conducta deban responder, y siempre la da por supuesta, salvo exculpación satisfactoria del interesado, en cuyo caso desaparece y se anula. Algunos civilistas (Chironi, por ejemplo) han visto precisamente el fundamento teórico de esta clase de responsabilidad en la idea de representación tomada en un amplio sentido, estimando que al actuar culposamente el autor del daño, ha "representado", no en el aspecto jurídico, pero sí en el aspecto económico, el sujeto que la Ley declara responsable. Pero como hasta ahora no existen declaraciones de nuestro Tribunal Supremo, basadas en esta teoría, que permitan interpretar extensivamente el artículo 1.903 para otros casos análogos, ignoramos si la figura del apoderado sustituyente cae o no dentro de sus previsiones (por el contrario, el art. 831 del BGB equivalente a nuestro 1.903, ofrece una fórmula elástica donde caben los más variados supuestos).

Segunda.—La de los artículos 1.721 y 1.722, relativos al mandato, y que, con toda seguridad, redactaron los autores del Código pensando también en el apoderamiento. Esta solución permitiría unificar los dos regímenes sancionadores, ventaja muy estimable cuando una persona es a la vez mandatario y apoderado. Debemos observar: a) que, con arreglo a estos preceptos, la responsabilidad del apoderado intermedio, al igual que la del mandatario, sería por completo independiente de la noción de culpa (de su propia culpa personal); se le impondría, en todo caso, por el mero hecho de haber sustituido sin contar con el dominus, y no podría eludirla ni aun demostrando haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño (diferencia de este régimen con el del art. 1.903); b) pero, a cambio de ello, únicamente se le podría exigir tal responsabilidad cuando la conducta lesiva y culposa del sustituto hubiera sido previamente probada en el juicio por la parte demandante, es decir, por el dominus negotii; por el contrario, si la litis versara sobre un contrato de mandato, la actitud procesal de las partes aparecería invertida, y la prueba de cumplimiento, necesaria para enervar la presunción de culpa del sustituto, iría a cargo del demandado (diferente entre las obligaciones contractuales y extracontractuales en materia de prueba).

Tercera.—Remitirse a las normas comunes de la culpa aquiliana (régimen de responsabilidades directas o autónomas, art. 1.902). Con arreglo a este criterio, todas aquellas que durante la relación de apoderamiento se hubiesen contraído, recaerían tan sólo sobre el autor directo del daño, fuese quien fuese, apoderado o sustituto, y la medida en que cada

acciones directas legales (subarriendo, subapoderamiento y contrato de seguro, por ejemplo) y en las de creación jurisprudencial como la que se reconoce al subcontratista contra el dueño de la obra, y al comprador de un inmueble frente al contratista y los técnicos de la construcción (19). Así, en nuestra opinión, no existe en la relación triangular cliente-sociedad-profesional la suficiente semejanza con el caso poderdante-apoderado-subapoderado para haberse justificado la meritada aplicación analógica de las reglas de los artículos 1.721 y 1.722 del Código Civil al caso que nos ocupa.

A mayor abundamiento en esta relación triangular cliente-sociedad-profesional en todo caso estaríamos (en términos hipotéticos y a efectos meramente dialécticos) hablando de una sustitución ni autorizada ni prohibida (por continuar analizando semejanzas) lo cual es completamente apropiado a dicha relación, ya que ningún cliente cuando contrata con la sociedad profesional lo hace de forma contraria, por lo que estamos de acuerdo con Díez-PICAZO que en este caso no hay ni una verdadera sustitución y tampoco subapoderamiento, pues no se crea una relación jurídica entre el sustituto y el principal, siendo el llamado sustituto un mero auxiliar del apoderado ligado únicamente con éste (20).

Expuestas las consideraciones anteriores en torno a la insuficiencia de las explicaciones sobre la justificación y necesidad del carácter de la exigencia de responsabilidad al profesional actuante, estamos plenamente de acuerdo con los autores del ALSP que resultaba necesaria de *lege ferenda* regular lo que hoy en día tenemos de *lege data* y que podríamos denominar un desdoblamiento de responsabilidades, es decir, por un lado la responsabilidad de la sociedad contratante y por otro lado la del profesional actuante.

En nuestra opinión, la responsabilidad de la sociedad es claramente contractual, puesto que es quien estipula la relación jurídica convencional con el cliente, no siendo igual de nítida, en principio, el carácter de la responsabilidad del profesional actuante.

Así, la memoria del ALSP se decía que el Borrador no entraba en esta cuestión, afirmándose que «...Probablemente haya que postular que nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad ex lege, que daría lugar a una obligación legal en el sentido del artículo 1.089 del Código Civil...», aunque finalmente parecía decantarse por la naturaleza contractual de las reglas de responsabilidad entre cliente y profesional «...ya que la situación de intereses y de “contacto social” en que entran el profesional y el cliente hacen que éstas sean las más apropiadas... Las reglas de la responsabilidad extracontractual sólo serán aplicables en el caso de que la infracción de los deberes profesionales haya causado daños a terceros distintos del cliente que ha contratado con la sociedad».

No compartimos la justificación que se realiza en el ALSP del carácter contractual de la relación cliente-profesional actuante mediante vínculo societario, en torno al denominado «contacto social». En este sentido, Díez-PICAZO (21)

caso procediera, según el citado artículo 1.902. Quedarían así eliminadas, tanto la presunción de culpa del sustituyente (art. 1903), como la responsabilidad indeclinable por los actos del delegado prescrita en el 1.721».

(19) Ver, a este respecto, PASQUAU LIAÑO, *op. cit.*, pág. 125.

(20) En este sentido y en contra de la opinión mayoritaria, se pronuncia Luis Díez-PICAZO, *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, 1979.

(21) LUIS Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, 1986, pág. 104.

nos recuerda que el concepto de relaciones contractuales de hecho aparece en la doctrina jurídica alemana por obra de HAUPT en 1941. Así, HAUPT englobó a las relaciones contractuales creadas en virtud del contacto social dentro de las denominadas «relaciones contractuales de hecho», ante las cuales Díez-Pi-CAZO entiende lo siguiente: «...*Las llamadas relaciones producidas por un contacto social pertenecen en rigor a la problemática de la formación de los contratos y se trata de deberes generales de conducta impuestos por la buena fe entre las partes que realizan tratos sin que pueda darse en tal caso una verdadera relación contractual...*».

A nuestro juicio, la LSP no regula ni disciplina el régimen de la responsabilidad civil del profesional actuante, sino que ésta debe buscarse en las reglas del Código Civil, de ahí que no sea correcto hablar del incumplimiento de una obligación legal, sino que dicha responsabilidad ha de arbitrarse por los cauces de la responsabilidad contractual con base al contrato firmado con el cliente, en cuanto a los daños producidos a éste, y por los de la responsabilidad extracontractual respecto de los daños producidos a un tercero, aunque esto último sujeto a matización. Un argumento importante al respecto es la aplicabilidad a la responsabilidad de los daños causados al cliente de lo dispuesto en el artículo 1.107 del Código Civil. En este sentido, no sería congruente hacer responsable al profesional de todo incumplimiento, aún cuando no concurriera dolo o culpa, propio o de sus auxiliares, en el desarrollo de la prestación convenida (22).

En atención a lo anterior, es pacífico entender que el artículo 1.107 del Código Civil entiende al deudor de buena fe como al deudor culposo, al deudor de mala fe como al deudor doloso, debiendo responder el deudor doloso con la misma extensión que en la responsabilidad extracontractual. Así en relación con el deudor culposo, cabe recordar que el artículo 1107.1 del Código Civil exige responsabilidad para el mismo, siempre «...*que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento*». Por ello, entendemos que la remisión que el definitivo artículo 11 de la LSP realiza a la responsabilidad extracontractual, lo es sólo, en principio, cuanto a daños a terceros distinto del cliente, en los términos de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil.

Otros argumentos como entender la posibilidad del establecimiento de cláusulas limitativas de responsabilidad (las cuales no pueden aplicarse a la responsabilidad legal y extracontractual) según el artículo 1.255 del Código Civil (con los límites del art. 1.102 del Código Civil y la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios —cuando esta última resulte de aplicación—) y el mayor plazo de prescripción de las acciones contractuales (quince años, ex art. 1.964 del Código Civil) deberían tenerse en cuenta para entender el mencionado carácter contractual de la responsabilidad analizada.

Por ello y pese a la tentación inicial que pudiera asaltarnos para no enjuiciar y conferir importancia al carácter de la distinción responsabilidad contractual *versus* extracontractual del cliente con el profesional actuante, sobre todo tras comprobar la laxitud con que la jurisprudencia admite acciones de una y otra especie en el enjuiciamiento de la *lex artis ad hoc*, sí consideramos adecuada y necesaria dicha distinción conforme a nuestro sistema de responsabilidad civil.

(22) Ver en este sentido, las opiniones de Fernando PANTALEÓN PRIETO, *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Cuadernos Civitas, 1996, pág. 28 y sigs.

No obstante, es cierto que cuando la exigencia de responsabilidad venga producida por la actuación de dependientes o colaboradores (en los términos del art. 1903.4 del Código Civil), la configuración contractual de la responsabilidad no es tan clara, pudiéndose o debiéndose haber calificado la misma como extracontractual. Ello se daría, obviamente, no el marco de actuación propio del socio profesional actuante, donde la relación de dependencia exigida por la referida norma de responsabilidad aquiliana es difícil de justificar y apreciar, aunque sí en la órbita del trabajo efectuado por el empleado de la sociedad profesional (23).

En suma y en nuestra opinión, la necesidad de regulación de dicha responsabilidad en el ejercicio societario de la profesión venía dada principalmente por: i) el interés social existente en la demanda de responsabilidad del profesional actuante junto con la de la sociedad contratante; ii) la propia inexistencia de un régimen legal que nos ofreciera un resultado adecuado al problema sin tener que acudir a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas, a excepción de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Auditoría de Cuentas; iii) los argumentos de derecho corporativo y también comparado, donde sí se había reconocido la existencia de dicha responsabilidad conjunta; iv) la amplitud e indefinición de la Jurisprudencia que ha abordado la responsabilidad de los profesionales en el ejercicio colectivo.

ii) *El PLSP (24)*

El artículo 11 del PLSP regulaba esta cuestión del siguiente modo:

«1. De las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio. La responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada.

2. No obstante, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales, propiamente dichos, responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan».

Así pues, el PLSP recogía también el régimen de responsabilidad solidaria entre la sociedad y los profesionales (socios o no que hayan actuado), no obstante, durante la tramitación parlamentaria del mismo se realizaron enmiendas que proponían la siguiente redacción del citado precepto:

«2. No obstante, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales, propiamente dichos, la sociedad responderá con carácter principal y los socios profesionales que hayan actuado responderán con carácter subsidiario, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan».

(23) En cuanto a la relación laboral de los abogados, véase el Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos (BOE núm. 276).

(24) Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura, núm. 77-1, 10 de febrero de 2006.

La justificación de la enmienda número 8 del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) (25) que proponía la anterior redacción era la siguiente: *«La responsabilidad de los socios ha de ser subsidiaria, ya que es la sociedad la que factura al cliente y éste no queda desprotegido si se establece la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil. Por otra parte, la exigencia de responsabilidad debe adecuarse a la realidad del desarrollo de la actividad profesional en la que los socios dirigen y supervisan el trabajo de los demás abogados y estos actúan bajo sus instrucciones. Sería excesivo hacer recaer sobre ellos la responsabilidad sobre las consecuencias de unas decisiones que les vienen dadas»*.

Por otro lado, la justificación de la enmienda número 60 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP) (26) era del siguiente tenor literal:

«Con relación a este precepto, cabría realizar dos reflexiones:

La primera, respecto de los sujetos responsables. Se considera razonable que el socio profesional responda de las deudas sociales derivadas del ejercicio de su actividad. Sin embargo, parece excesivo extender dicha responsabilidad a los profesionales no socios que hayan intervenido, bajo la dirección y control de uno o varios socios, en asunto concreto, especialmente si se considera (tal y como establece el art. 5 del Proyecto, bajo el título de "Ejercicio e imputación de la actividad profesional" que los derechos y obligaciones de la actividad profesional que se desarrolle se imputen a la propia sociedad. Lógicamente, esos profesionales no socios estarán afectos a las responsabilidades disciplinarias que, para los mismos, imponga la norma reguladora de su profesión (así lo establece el art. 9 del Proyecto en su apartado 2). Sin embargo, el responsable de la actuación de la sociedad debe ser, además de la sociedad (que es el centro de imputación de la actividad), el socio o socios intervinientes.

De acuerdo con ello, se considera conveniente limitar la responsabilidad regulada en este artículo a los socios profesionales que hayan actuado. Respecto de los profesionales no socios será de aplicación, en su caso, el régimen del artículo 1.903 del Código Civil.

Respecto al carácter solidario de la responsabilidad. Se considera adecuado extender la responsabilidad del socio o socios profesionales intervinientes más allá del régimen de responsabilidad derivado del tipo social propio de la sociedad profesional (cuando ésta es una sociedad anónima o de responsabilidad limitada). Sin embargo, se entiende que carece de justificación consagrar el carácter solidario de dicha responsabilidad, que se considera habría de ser solidaria (27) (en tanto que la sociedad es la que presta el servicio, conforme a lo dispuesto en el art. 1, apdo. 1, párrafo tercero, del Proyecto). Este planteamiento, en aras a reforzar las garantías de terceros y de los clientes de las sociedades profesionales, requeriría prestar atención, también, a una cuestión que, sin embargo, no se

(25) BOCG, Senado, Serie II, núm. 78, 21 de diciembre de 2006, pág. 16. En el mismo sentido, la enmienda realizada por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en el Congreso, 4 de julio de 20006, Serie A. Núm. 77-18, págs. 44 y 45.

(26) BOCG, Senado, Serie II, núm. 78, 21 de diciembre de 2006, pág. 37. En el mismo sentido, la enmienda realizada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, 4 de julio de 20006, Serie A. Núm. 77-18, págs. 60 y 61.

(27) Entiendo que en congruencia con el texto de la enmienda propuesta, en la justificación de la misma en este lugar debería haberse utilizado el término «subsidiaria» en vez de «solidaria».

contempla en el proyecto. Nos referimos a la conveniencia (si es que no habría que pensar en la obligatoriedad) de que las sociedades profesionales tuviesen suscrito un seguro de responsabilidad civil que fuese adecuado a su tipo y volumen de actividad. Finalmente, como complemento del régimen de responsabilidad, se considera oportuno introducir la obligación de un seguro de responsabilidad a estipular por la sociedad con independencia del que pudieran tener vigente los socios profesionales, y ello no sólo en relación con determinadas profesiones, sino con carácter general».

iii) *La LSP*

Esta materia, concerniente a la responsabilidad, fue configurada por el artículo 11 de la LSP del siguiente modo:

1. De las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio. La responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada.

2. No obstante, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales, propiamente dichos, responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan.

3. Las sociedades profesionales deberán estipular un seguro que cubra la responsabilidad en la que éstas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social».

iv) *La normativa profesional de la abogacía*

En el ámbito de la abogacía, profesión liberal que ahora nos ocupa, la norma de partida reguladora del supuesto es el artículo 28.7 del Real Decreto 658/2001, que aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (en adelante «EGA»), que dispone expresamente 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».*

Siendo el antecedente de dicho precepto reglamentario la regla segunda 7 de la Circular 80/1999 del Consejo General de la Abogacía Española sobre Normas de la Ordenación de la Actividad Profesional de los Abogados que dispone lo siguiente: *«Sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiese tener el despacho colectivo conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada o a los pactos internos entre sus integrantes, la responsabilidad civil frente al cliente derivada del ejercicio profesional se extenderá con carácter personal, solidario e ilimitado a todos los abogados que hayan intervenido en el asunto».*

Por lo tanto, la Ley de Sociedades Profesionales acoge los criterios de las normas reguladoras de la actividad profesional de la abogacía con rango inferior, en cuanto a la responsabilidad solidaria de los abogados intervinientes en el asunto.

En definitiva y como se puede extraer del *iter* legislativo expuesto, el régimen de la responsabilidad derivada de la ejecución de los actos profesionales presentaba un doble debate, que a continuación trataremos.

B) LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA (28) O SUBSIDIARIA DE LOS SOCIOS INTERVINIENTES

Regulada positivamente la exigencia de responsabilidad del profesional actuante (socio o no), otro de los temas controvertidos era la determinación del carácter de la responsabilidad del socio interviniente.

Además de las consideraciones ya efectuadas al efecto, el nuevo régimen normativo supone claramente una agravación de la situación patrimonial del profesional que asume la condición de socio de una sociedad profesional, en relación con el Derecho aplicable hasta la aprobación de la LSP.

Para justificar dicho agravamiento es necesario aceptar que la determinación de esta responsabilidad no debía arbitrarse mediante la aplicación de las reglas de responsabilidad societaria existentes hasta entonces. Esto es, el problema no era propio del Derecho de Sociedades sino de responsabilidad en sus términos generales, debiéndose salvaguardar los intereses del cliente mediante la superación del criterio subsidiario que preside la responsabilidad de los socios en las sociedades civiles y en las sociedades mercantiles personalistas, y de la inexistencia de dicha responsabilidad en las sociedades mercantiles capitalistas.

Evidentemente, se trata de fundamentar dicha superación en el campo de las deudas sociales que provengan del ejercicio de la profesión, no en el restante donde siguen jugando dichas reglas generales de responsabilidad societaria.

Al hilo de lo anterior, es cierto que en el ámbito de la responsabilidad societaria se han ido produciendo extensiones de la misma, generalmente mediante la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, el recurso a la interdicción del abuso del fraude de ley (art. 6.4 del Código Civil) y del abuso del derecho (art. 7.2 del Código Civil) (29). Por otro lado, cabe señalar al respecto otros

(28) En cuanto a concepto, consideramos preferible hablar de responsabilidad solidaria en vez de responsabilidad directa, para no confundir la materia tratada con la verdadera responsabilidad directa que en otros supuestos de nuestro Ordenamiento Jurídico existe, tales como los mencionados en este trabajo, así, por ejemplo, para el subarriendo, mandato o contrato de obra.

(29) Cándido PAZ-ARES, en Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, primera edición, 1999, pág. 548 y sigs. Dicho autor comienza exponiendo los límites de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles de la siguiente forma: «Como sabemos, el reconocimiento de la personalidad jurídica determina el deslinde o diferenciación del patrimonio social y los patrimonios individuales de los socios y de las relaciones jurídicas sociales y las relaciones individuales de los socios (vid. art. 38 del Código Civil). Esta separación es necesaria para que el grupo pueda desarrollar sus cometidos, pero al propio tiempo es fuente de algunos peligros que han sido advertidos y tratados en el seno de la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo de la persona jurídica. En efecto, en algunos casos, el mantenimiento a ultranza de la separación entre la esfera individual de los socios y la esfera común de la sociedad que introduce el reconocimiento de personalidad jurídica conduce a soluciones que repugnan el sentido jurídico...». Así, este autor realiza una exposición de casos sobre esta materia citando, por ejemplo, los derivados de la imputación de características o propiedades de los socios a la sociedad, la imputación de conocimientos, la imputación a la sociedad de las obligaciones asumidas por los socios, los problemas de infracapitalización, los de confusión de patrimonios y esferas, y los de dirección externa o dominación en sede de grupos de sociedades.

esfuerzos existentes en combatir la aplicación absoluta de la responsabilidad limitada social, que vienen a sostener la quiebra de dicha regla en cuanto a la responsabilidad extracontractual se refiere (30) (31).

(30) En esta línea cabe citar el meritorio trabajo de Pablo SALVADOR CODERCH, Fernando CERDÁ ALBERO, Juan Antonio RUIZ GARCÍA, José PIÑEIRO SALGUERO y Antonio RUBÍ PUIG, titulado: *Derecho de daños y responsabilidad ilimitada en las sociedades de capital*. En torno a MEYER v. HOLLEY et al. [537 U.S. 280 (2003)]. www.indret.com. En el mismo, dichos autores defienden (pág. 3 y sigs.) las tesis siguientes, que por su interés general reproducimos: «I. En el Derecho español de sociedades, el objeto propio e indiscutido de la regla de la responsabilidad limitada es el de las relaciones jurídicas contractuales, es decir, el de la responsabilidad contractual. II. En cambio, en sede de responsabilidad extracontractual son de aplicación los principios generales del derecho de daños y, en particular, las reglas sobre responsabilidad por el hecho de otro o Respondeat Superior. El análisis del derecho de daños, aplicado al derecho de sociedades, muestra con facilidad cómo la regla de la limitación de responsabilidad puede incentivar la asunción de riesgos excesivos por parte de la sociedad: si esta última carece de solvencia suficiente para hacer frente a los costes de los daños que cause a terceros, o si —en tal caso— no ha contratado un seguro suficiente, o si no responden (solidaria o subsidiariamente a la sociedad misma) sus administradores (o si éstos tampoco son suficientemente solventes), entonces parece innegable que la sociedad puede realizar una actividad peligrosa, con riesgo para terceros, pero sin tener que afrontar necesariamente todos sus costes (judgment-proof defendant: SHAVELL (1986), pág. 45 y sigs.). Los autores sostienen que el dogma de la responsabilidad limitada ha de dejar de ser considerado un principio intangible de un derecho general de sociedades de capital —concebido como una entidad autónoma e independiente del resto del Derecho Privado y dotado de una epistemología y de un método propios— para pasar a ser analizado desde la perspectiva teórica del análisis económico del Derecho Privado y, en particular, del derecho de daños... Sin embargo, los autores de este trabajo no preconizan la aplicación de la ley del péndulo al dogma de la limitación de responsabilidad. Antes bien, analizan los fundamentos y límites de la responsabilidad limitada en el derecho de las sociedades de capital, discuten distintas propuestas de política jurídica que han abogado, ya sea por aplicar un estándar de responsabilidad proporcional (pro rata) a todos los accionistas, ya sea por hacer responder únicamente a los accionistas que gozan de una posición de control (controlling shareholders) y concluyen que, en ausencia de una determinación legal expresa y pese a lo atendible de algunas de las razones aducidas a favor de ambas soluciones: los principios generales en materia de responsabilidad por el hecho de otro (Respondeat superior) e imputación objetiva delimitan el ámbito de la responsabilidad objetiva de los accionistas por daños causados por la sociedad a terceros. Específicamente, la responsabilidad de los accionistas exige, además de la simple posibilidad de controlar la gestión social, la imposición de un deber de hacerlo así —es decir, la caracterización legal de una posición de garante— o la asunción efectiva de la condición de principal en una relación superior/dependiente o, dicho en términos de teoría de la agencia, principal/agente y, en todo caso, el respecto a los principios tradicionales de confianza y prohibición de regreso que, en sede de imputación objetiva, permiten la división del trabajo, el desarrollo del reconocimiento científico y tecnológico y la consecuencia de la eficiencia económica».

(31) Pese al carácter contractual propugnado inicialmente para la responsabilidad de la sociedad profesional en relación con el cliente, no es posible obviar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que aplica las reglas de la responsabilidad aquiliana a las personas jurídicas, principalmente, en cuanto a la actuación de sus representantes orgánicos como en los casos en que aquellas personas jurídicas operan a través de una compleja organización de medios humanos y materiales (vid. STS de 25 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9588), STS de 27 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3930), o STS de 27 de enero de 1997 (RJ 1997, 21). Dicha responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas implicaría un argumento a tener en cuenta en relación con la limitación o no de la responsabilidad de los socios de las mismas.

A este respecto, los autores de la memoria del APLSP exponían este problema y justificaban la responsabilidad directa propugnada y definitivamente acogida en el artículo 11 de la LSP de la siguiente forma: *«Establecida la concurrencia de dos responsabilidades distintas, pero dotadas de una misma finalidad (que es resarcir el daño causado al cliente o al tercero de que se trate) era preciso arbitrar un mecanismo de coordinación. Y aquí había que dilucidar dos aspectos, uno relativo a la prioridad de la responsabilidad y otro relativo a su extensión. En relación al primero, se han sostenido las tesis más dispares: la de que la responsabilidad del socio es siempre subsidiaria respecto de la responsabilidad de la sociedad (32) y la simétricamente contraria de que la responsabilidad de la sociedad es siempre subsidiaria respecto de la del socio. Esta última tesis ha sido defendida con especial vigor por aquellos autores que quieren subrayar el carácter individual del ejercicio profesional y, por tanto, hacer más intensa la responsabilidad del socio para lograr así una mejor protección de los clientes (33). Es muy dudoso, sin embargo, que consigan el objetivo que buscan, puesto que obligan al cliente a hacer excusión en los bienes del socio antes de proceder contra la sociedad. En relación al segundo aspecto, no ha habido especial discusión. No obstante, aplicando la regla general de mancomunidad establecida por el artículo 1.137 del Código Civil habría que sostener, en principio, que la responsabilidad del profesional se extiende solamente a la mitad de la deuda. A nuestro juicio, ninguna de estas soluciones es conveniente. Desde el punto de vista de la prioridad, ha de sancionarse el principio de la responsabilidad directa tanto de la sociedad como del profesional, de manera que el cliente pueda dirigirse contra quien desee e incluso conjuntamente contra ambos. Desde el punto de vista de la extensión de la responsabilidad, ha de permitirse igualmente que el cliente proceda contra ambos responsables por el importe íntegro de la deuda. Y esta solución es justamente la que proclama el artículo 10.3 BALSP al consagrar el principio de la solidaridad».*

Se argumentó pues, en las enmiendas realizadas al artículo 11 de la LSP el recurso a la responsabilidad subsidiaria del socio respecto de la sociedad sobre la base de que es a la sociedad a quien debe imputarse el resultado de la actividad, al ser la contraparte contractual con el cliente, argumento criticable desde la necesidad de haber arbitrado el denominado desdoblamiento de responsabilidades por el hecho de no tener que atender desde el prisma societario a la naturaleza de la responsabilidad del socio actuante por las deudas derivadas de la actividad profesional.

El Código Civil no regula con carácter general la responsabilidad subsidiaria, a diferencia del trato dispensado a la solidaridad (aunque existan ejemplos, como en la regulación de la fianza y la responsabilidad de los socios por las deudas sociales en la sociedad civil), siendo el Código Penal quien se ha ocupado de la materia en el artículo 120. La subsidiariedad implica que el responsable subsidiario responde ante el tercero sólo en defecto del causante

(32) Sobre esta tesis, estos autores observan lo siguiente: *«Este planteamiento es producto de un error ya denunciado, que es tratar de explicar la responsabilidad del socio profesional desde el punto de vista societario».*

(33) Como sostenedores de esta tesis, los autores del APLSP citan la siguiente doctrina: «J. YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad de los profesionales liberales en el ejercicio en grupo», en AA.VV., *El ejercicio en grupo de las profesiones liberales*, Granada, 1993, pág. 463 y sigs., esp. pág. 476; J. M. FANJUL SENDERO, *La responsabilidad civil de los profesionales*, Madrid 1960, pág. 30...».

del daño, no siendo necesaria la prueba de negligencia alguna al denominado responsable subsidiario, sin embargo el responsable subsidiario dispone pues, del llamado beneficio de excusión o garantía de que sólo responderá en caso de impago del responsable principal. Por ello, y con carácter general, la subsidiariedad puede erigirse en un buen sustituto del régimen de responsabilidad solidaria, cuando esa solidaridad se justifica únicamente en la garantía del crédito de la víctima, pese a los inconvenientes de la obligada excusión.

Sin embargo, no creemos que la solidaridad predicada y positivizada respecto de la responsabilidad sociedad profesional-socio, se deba única y exclusivamente a la protección patrimonial del cliente. Es decir, la adopción de este sistema solidario (pese incluso, a no ser la regla prevista en nuestro Ordenamiento Jurídico, *ex art. 1.137 del Código Civil*) supone más bien imponer las consecuencias de la misma al socio profesional actuante en cumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control de las tareas encomendadas que en aras al buen funcionamiento de la sociedad profesional ha de cumplir, convirtiéndose por tanto esta solidaridad más que en una garantía patrimonial en una garantía de diligencia ajena.

En sede de actuación social, puede entenderse que la propia sociedad (esto es, el resto de socios) imponen al socio actuante un especial deber de diligencia en cuanto al trabajo encargado a la sociedad, a desarrollar por un equipo profesional y dirigido por el mismo.

Así, a nuestro juicio, la solidaridad viene fundada tanto por garantizar el crédito indemnizatorio, por la superación de la identificación del responsable y de la prueba de la relación de causalidad, como por la sanción al incumplimiento de deberes de supervisión y control que, en este caso analizado, deben necesariamente imponerse al socio profesional actuante.

Así las cosas, entendemos acertada la adopción de la responsabilidad solidaria de los socios intervinientes en el encargo efectuado a la sociedad profesional. Esto supone un plus de garantía a favor de los clientes que contratan con la sociedad el correspondiente servicio u obra que permite afrontar problemas —entre otros— derivados de la más que común infracapitalización de sociedades (sin tener que recurrir a la doctrina del levantamiento del velo en las situaciones correspondientes), aunque implique una alteración de las normas de responsabilidad de los socios en nuestro Derecho de Sociedades anteriormente apuntadas. Conlleva además una armonización y «legalización» de la responsabilidad de los socios que hayan actuado en la confección del correspondiente trabajo, de acuerdo con las prescripciones del artículo 28.7 del EGA y de la referida Circular 88/1999 del Consejo General de la Abogacía Española y en consonancia con los requisitos del artículo 1.137 del Código Civil, que prescriben que la solidaridad única y exclusivamente puede exigirse en virtud de ley o contrato al efecto. Implica, no sólo una garantía patrimonial a favor del cliente, sino también un reforzamiento del control de calidad de la *lex artis ad hoc* en la elaboración del trabajo encargado.

Además, este sistema no supone una novedad positiva absoluta en nuestro Derecho de Sociedades, puesto que ya existía un precedente legislativo acerca de esta cuestión. Se trata del artículo 11 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de auditoría de cuentas que expresamente prevé lo siguiente: «1. Los auditores de cuentas responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones, según las reglas generales del Derecho Privado con las particularidades establecidas en el presente artículo. 2. 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» (34).

Por otro lado, esta responsabilidad solidaria no sólo acoge la *communis opinio* de la doctrina sobre este tema (35), sino también el sentir general del cliente que cuando contrata con una sociedad profesional lo hace no sólo en función de la marca o reputación de la misma en el sector, sino también (la mayoría de las veces) en consideración con la cualificación personal y técnica del socio y de su equipo de colaboradores, en cuanto coordinados y dirigidos por dicho socio.

Asimismo, la LSP regula la responsabilidad de los socios intervinientes en conjunción y congruencia con las soluciones normativas que el Derecho Comparado ofrece al respecto en cuanto a la responsabilidad solidaria de los socios de las sociedades profesionales. En este sentido y por ejemplo, en Francia, el artículo 16 de la Ley 90-1258, de 31 de diciembre de 1990, expresamente prevé lo siguiente: «*Chaque associé répond sur l'ensemble de son patrimoine des actes professionnels qu'il accomplit. La société est solidairement responsable avec lui*» (36). De forma análoga, en Italia, el artículo 12 del Decreto que regula el control contable de las sociedades cotizadas de 31 de marzo de 1975, establece que: «*Le persone che hanno sottoscritto la relazione di certificazione e i dipendenti che abbiano effettuato le operazioni di controllo contabile, sono responsabili, in solido con la società di revisione, per i dan conseguenti da propri inadempimenti o fatti illeciti nei confronti della società assestata a revisione e dei terze*» (37).

(34) En relación con la responsabilidad civil de los auditores, Fernando PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*

(35) Jaime SANTOS BRIZ, *La Responsabilidad Civil*. Editorial Montecorvo, 6.^a ed., Madrid, 1991, págs. 805 y 806, afirma lo siguiente: «*Fuera ya de la estricta actuación individual del abogado, en nuestra época abundan los supuestos de asociación de profesionales con el fin de especializar y ampliar su esfera de ejercicio. La mera unión con despacho común no altera la responsabilidad que cada uno de los asociados contraiga. Pero el supuesto es distinto cuando aun sin constituir una sociedad la agrupación de abogados pacta el ingreso de los honorarios que cada uno obtenga en un fondo común. Entonces, consecuentemente, la asociación responderá de las indemnizaciones que deba cualquiera de sus componentes por daños y perjuicios resarcibles según el Estatuto General. Y puede llegarse, cuando cada uno de los abogados asociados concierta con los clientes en nombre de la asociación, a establecerse una verdadera obligación solidaria entre ellos*».

(36) En cuanto al Derecho francés, vid. Ascensión LECIÑENA IBARRA, *La sociedad civil profesional entre abogados en el Derecho francés: La situación jurídica del abogado socio*. Anales de Derecho. Universidad de Murcia, núm. 19, 2001, págs. 83-103.

(37) En relación a la referencia al Derecho Comparado, regulador de esta materia, aparte de Francia e Italia, Aurora CAMPINS (*Racionalidad económica de las sociedades profesionales*. Indret 1/2001) afirma que: «*...en Estados Unidos, por lo que respecta a las Professional Service Corporations, si bien la regulación de los distintos Estados difieren en algunos aspectos, tienen un punto en común: en todas ellas el objetivo es asegurar la responsabilidad personal de los profesionales por la malpractice en la prestación de sus servicios profesionales* (vid. K. M. Maycheck, 1986, pág. 817 y sigs.). Asimismo, en las Limited Liability Companys (LLCs), de reciente creación, se prevé también el mantenimiento de la responsabilidad personal del profesional, no obstante desarrollar su actividad bajo esta nueva forma de sociedad limitada (vid. D. G. CHRISTENSEN/S. F. BERTSCH, 1995, pág. 700 y sigs.). Igualmente, el Documento de consulta referente al ejercicio transfronterizo y bajo una forma colectiva de las actividades profesionales reguladas, realizado por los servicios de la Comisión de la CEE, prevé, en relación con las deudas sociales de carácter profesional, la responsabilidad directa de cada profesional frente al cliente por los daños

No obstante lo anterior, es cierto que distinto es el sistema en Derecho alemán (38), así el parágrafo 8 de la Ley sobre las Partnerschaftsgesellschaften, de 1 de julio de 1995, con carácter general establece que:

«(1) Für Verbindlichkeiten der Partnerschaft haften den Gläubigern neben dem Vermögen der Partnerschaft die Partner als Gesamtschuldner. Die §§ 129 und 130 des Handelsgesetzbuchs sind entsprechend anzuwenden.

(2) Waren nur einzelne Partner mit der Bearbeitung eines Auftrags befaßt, so haften nur sie gemäß Absatz 1 für berufliche Fehler neben der Partnerschaft; ausgenommen sind Bearbeitungsbeiträge von untergeordneter Bedeutung.

(3) Durch Gesetz kann für einzelne Berufe eine Beschränkung der Haftung für Ansprüche aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung auf einen bestimmten Höchstbetrag zugelassen werden, wenn zugleich eine Pflicht zum Abschluß einer Berufshaftpflichtversicherung der Partner oder der Partnerschaft begründet wird.»

Sin embargo, para las sociedades de abogados el parágrafo 59.4 del Estatuto Federal de la Abogacía (Ley de 31 de agosto de 1998) prevé que: «(4) Wird die Berufshaftpflichtversicherung nicht oder nicht in dem vorgeschriebenen Umfang unterhalten, so haften neben der Gesellschaft die Gesellschafter und die Geschäftsführer persönlich in Höhe des fehlenden Versicherungsschutzes.»

Esto es, en el Derecho alemán se parte de la postura consistente en que sólo si el seguro obligatorio no estuviera vigente o su cobertura no fuera suficiente, se prevé la responsabilidad concurrente de la sociedad y de los socios y gestores, si bien los socios y los gestores responderán sólo por la cuantía que no esté cubierta por el seguro; en este caso, la responsabilidad es conjunta o concurrente, aunque limitada, que se extiende a todos los socios y gestores y no sólo al que ha realizado la prestación profesional.

Los argumentos anteriormente expuestos son suficientes a nuestro juicio para acoger el sistema de responsabilidad solidaria adoptado por la Ley de Sociedades Profesionales, respecto de la sociedad y los socios intervinientes, esto es, confianza del cliente en el abogado, preocupación por la calidad e implicación en los asuntos son filosofías tradicionales de los despachos de abogados que ahora se ven reforzadas con este sistema de responsabilidad solidaria.

Por último, el hecho de que no exista una norma de carácter general en nuestro Ordenamiento Jurídico que atienda y ofrezca soluciones a los casos de la que podría denominarse culpa anónima (a diferencia del Derecho alemán, donde el parágrafo 830 del BGB expresamente establece que: «*Cuando varias personas han causado un daño mediante una acción ilícita cometida en común, cada una de ellas es responsable del daño. Lo mismo rige cuando no se puede determinar quién de entre varios partícipes ha causado el daño por su acción*»),

derivados de sus faltas profesionales, independiente de la responsabilidad que corresponda a la sociedad...».

Referencias al Derecho Comparado también son realizadas por esta autora en el siguiente artículo: A. Campins Vargas. Sociedad civil de actividades entre profesionales. Revista de Derecho de Sociedades. Editorial Aranzadi. Año 2000-2. núm. 15, pág. 183.

(38) Respecto al Derecho alemán, vid. K. J. ALBIEZ DOHRMANN, «La sociedad de responsabilidad limitada de abogados (A propósito de la Ley alemana de 31 de agosto de 1998)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Editorial Aranzadi, año 2000-2. núm. 15, pág. 185 y sigs.

no quiere decir que nuestro Derecho Patrio no ofrezca, en ocasiones, soluciones particulares a la problemática apuntada en el ámbito del Derecho de Sociedades, aunque ciertamente en la óptica de la responsabilidad de los órganos de gestión y dirección de las personas jurídicas.

Así, por ejemplo, el artículo 15.1 de la Ley de Sociedades Anónimas prevé que: «*Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubieran celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción, y en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad*», al igual que el artículo 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, el artículo 9.1 de la Ley de Cooperativas, y el artículo 13.2 de la Ley de Fundaciones. Más estrictamente en sede de gestión social conviene recordar los artículos 133 y 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, el artículo 43 de la Ley de Cooperativas y el artículo 17.2 de la Ley de Fundaciones (39).

C) EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL RESTO DE PROFESIONALES INTERVINIENTES

En nuestra opinión, el régimen de responsabilidad de los actuantes no socios no debería haberse configurado mediante la aplicación estricta al mismo de las reglas de la solidaridad, sino que su tratamiento debería haber sido el correspondiente a la responsabilidad directa establecida en el artículo 1903.4 del Código Civil, pese que no desconocemos que en sede de dicha responsabilidad directa o responsabilidad por hecho ajeno, el damnificado puede dirigirse conjuntamente contra el causante del daño, contra el responsable o contra ambos a la vez, estableciéndose así un vínculo solidario reconocido por nuestra Jurisprudencia. Esto es, parece producirse en estos casos una superposición de la solidaridad a la existente responsabilidad directa.

Excede de los límites de este trabajo realizar un análisis y exponer las varias interpretaciones doctrinales existentes sobre la naturaleza que ofrece la acción del artículo 1903.4 del Código Civil (40), aunque resumidamente puede exponerse al respecto que tradicionalmente se ha interpretado el precepto como un supuesto de responsabilidad por culpa o falta propia, ya que el último párrafo de dicho artículo permite que el que deba responder se exonere mediante la prueba de su actuación diligente para prevenir el daño, significando que responde cuando no aporta tal prueba, lo que supone que el artículo 1.903 del Código Civil invierte la carga de la prueba, de tal forma que el damnificado no es quien tiene que probar sino el demandado, su falta de negligencia, por lo que propugna en el mismo la responsabilidad por culpa.

En este sentido se pronuncian un gran número de sentencias del Tribunal Supremo (41), aunque también es cierto que existe otra corriente jurisper-

(39) Para más ejemplos normativos, vid. Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y prevención. Una reflexión sobre los efectos de la solidaridad entre los responsables de un daño*. www.indret.com. Barcelona, julio de 2006.

(40) Puede verse al respecto y con extensión las posturas expuestas por Pedro ZELAYA ETCHEGARY, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*. Editorial Aranzadi, 1995.

(41) Por ejemplo, las SSTs de 9 de marzo de 1957 (*RJ* 1957/1157), 16 de noviembre de 1967 (*RJ* 1967/4159), 5 de octubre de 1995 (*RJ* 1995/7089), 10 de noviembre de 1999 (*RJ* 199/8057) y 9 de julio de 2001 (*RJ* 2001/5001).

dencial que estima que la responsabilidad derivada del artículo 1.903 tiene un carácter cuasi-objetivo u objetivo (42) aunque, a mi juicio, lo que realmente establece el citado artículo 1.903 es una responsabilidad por culpa, aunque medie inversión de la carga de la prueba, pese a dicha corriente jurisprudencial y opiniones doctrinales que se adscriben a dicha tendencia objetivadora (43).

Así pues, consideramos que el estándar de la responsabilidad por culpa que preside las relaciones jurídicas entre el profesional y el cliente, se debe a que sus actividades pueden ser reconocibles e identificables dentro de la organización societaria a la que pertenecieran, ya que los servicios profesionales son ejecutados mediante el correspondiente encargo del cliente, lo que permitiría una individualización y análisis del caso concreto, aunque en ocasiones se haya calificado esta situación como de daños en cuya producción queda indeterminado el agente.

La imposición de la responsabilidad solidaria entre sociedad profesional, socio actuante y abogado dependiente supone pues admitir y asumir, entre otros aspectos, que el empresario es culpable del daño que sufre el cliente (en consonancia con el admitido principio de culpabilidad antes expuesto) pero en

(42) A título ejemplificativo, las SSTs de 30 de junio de 1997 (RJ 1997/5409) y 3 de julio de 1998 (RJ 1998/5411).

(43) Es cierto que el elemento culpabilístico predicado en relación con el artículo 1.903 puede quebrar en relación con la responsabilidad de los empresarios por las actuaciones de sus dependientes en función de la posibilidad que asiste al empresario de repetir contra el dependiente, en los términos del artículo 1.904 del Código Civil. Sin embargo, como propuesta para cohonestar ambos preceptos, nos parecen adecuadas las observaciones realizadas por Esther GÓMEZ CALLE en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Thomson-Aranzadi, 2006, págs. 516 y 517 al decir que:

«Los intentos doctrinales para explicar el artículo 1.904 del Código Civil han ido básicamente en dos direcciones. Para algunos autores, la repetición debería ser, no por todo lo satisfecho, sino sólo por la parte que correspondiera tras ponderar las respectivas culpas; así se trata de conciliar el artículo 1.904 del Código Civil con el fundamento subjetivo de la responsabilidad prevista en el artículo 1.903 del Código Civil. Para la otra opinión, el artículo 1.904 del Código Civil desmiente el fundamento subjetivo de la responsabilidad de los empresarios (y centros docentes), ex artículo 1.903 del Código Civil; al no tratarse de una responsabilidad por culpa, tiene pleno sentido que, una vez satisfecha la indemnización por el empresario, éste pueda repetir todo lo pagado del dependiente que ocasionó el daño culposamente.

En mi opinión, hay que partir del fundamento culpabilístico del artículo 1.903 del Código Civil en todas sus hipótesis, pues a todas ellas se refiere el último párrafo de ese precepto. Asimismo, me parece muy difícil justificar el desvío del claro tenor literal del artículo 1.904 del Código Civil en cuanto a la extensión de la repetición, más aún, si se tiene en cuenta que la Ley 1/1991, al añadirle un segundo párrafo, insiste en referirlo a todas las cantidades satisfechas, debiendo ser conocida por el legislador la polémica relativa al alcance de esta facultad. Por ello, creo que del juego de los artículos 1.903 y 1.904.1 del Código Civil resulta lo siguiente: de un lado, se amplían las posibilidades del perjudicado de obtener un resarcimiento, por lo que, frente a él responden, además de los dependientes que hubieran causado el daño culposamente, el empresario que hubiera contribuido a ello con su propia actitud negligente, reveladora de un defecto en el funcionamiento de la empresa; mas, en el plano interno y definitivo, el único llamado a responder es el causante material y directo del daño, contra el que el empresario puede repetir por todo lo pagado. La negligencia del empresario se sanciona haciéndole responsable en primera instancia, e incluso definitivamente, si no repite o lo hace sin éxito por insolvencia del dependiente; así, el riesgo de insolvencia del agente directo del daño recae sobre él, lo que también supone un claro beneficio para el perjudicado...».

buena lógica si el empresario y socio actuante son responsables, ¿por qué ha de serlo de forma genérica y con dicha imposición de responsabilidad solidaria el abogado dependiente?, máxime si de conformidad con el artículo 1.903 no se responsabiliza genéricamente en ningún momento al dependiente.

Por otro lado, como hemos apuntado con anterioridad, es posible además que no todos los daños producidos al tercero sean causados por la falta de diligencia en la supervisión y control del empleado por parte del empresario, ya que se permite —mediante inversión de la carga de la prueba— la cesación de la responsabilidad del empresario mediante la constatación de su actuación «...con la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño». Entonces, si el principal fuere capaz de probar su diligencia, el empleado debería responder *ex* artículo 1.902 del Código Civil de forma extracontractual, ya que no es parte contractual con el cliente del encargo conferido, cosa bastante improbable por otro lado, debido a los deberes de vigilancia y control que ha de asumir en el seno de una estructura societaria.

Creemos además que si se hubiera adoptado el régimen de la responsabilidad directa, el mismo sería más congruente con la responsabilidad contractual de la sociedad y del socio actuante frente al cliente, puesto que como hemos expuesto y en relación con el deudor culposo, cabe recordar que el artículo 1.107.1 del Código Civil exige responsabilidad para el mismo siempre «...que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento».

Por ello, el régimen de la responsabilidad directa, *ex* artículo 1.903, predicable a la responsabilidad de los empleados hasta ahora, lo entendemos más acorde con la responsabilidad contractual de la sociedad y del socio actuante, puesto que en este sistema no sólo el empresario y socio actuante pudieran ver cesada (o incluso minorada, en su caso) su responsabilidad mediante la prueba de la debida diligencia sino que incluso el propio empleado también le asistiría la posibilidad de la correspondiente prueba de su actitud diligente, mientras que en la responsabilidad solidaria adoptada la presunción culpabilística de los intervinientes entraría a formar parte de la relación de forma presuntiva.

Es decir, no se entiende bien el motivo del cambio de la responsabilidad directa en responsabilidad solidaria, pues ninguna desprotección ni merma de garantía ofrece al cliente aquélla frente a ésta, ya que en ambas se amplía el círculo de responsables evitando costes de identificación y se asegura la existencia de un patrimonio solvente que responda frente al cliente (así los Tribunales han admitido el ejercicio conjunto de la acción frente a empresario y empleado), aunque como hemos visto, el juego de cesación de responsabilidades no se produce en ambas por la prueba de la diligencia debida, lo cual debería haberse tenido en cuenta. Además, por aplicación del artículo 1.904 del Código Civil, el empresario podría reclamar del empleado negligente las cantidades abonadas como indemnización por el daño causado.

En consonancia con lo anterior, cabe traer a colación que en la Jurisprudencia española ha aplicado la llamada «prohibición de regreso» en cuanto a la exigibilidad de responsabilidad del agente. En este sentido, el empresario puede verse exonerado de responsabilidad en aquellos casos en que el dependiente ha actuado dolosamente y si la conducta de su empleado hubiera resultado imprevisible (44).

(44) Resultan interesantes los trabajos que sobre la responsabilidad por hecho de otro han elaborado Pablo SALVADOR CORDECH, Carlos Ignacio GÓMEZ LIGUERRE y otros, con

Con independencia de lo anterior, tampoco hay que obviar que la solidaridad pura y dura puede ser un remedio para este tipo de situaciones, aunque tampoco exenta de inconvenientes. Así, de conformidad con el artículo 1.144 del Código Civil: «*el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente...*» y que por aplicación del artículo 1.145 del Código Civil: «*...El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda...*». Por ejemplo, en casos de solvencia limitada por uno de los posibles condenados solidarios, aparte de que la «*...insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno*», Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (45) explica el problema del siguiente modo: «*...En estos casos, la solidaridad supone incentivos perversos para quien, a sabiendas de la propensión de la jurisprudencia a condenar solidariamente a todos los que hayan tenido algo que ver en el accidente, sabe que la víctima reclamará el importe íntegro de la indemnización a otro corresponsable más solvente que él. En ese caso, además, nuestro hipotético responsable potencial sabe que, en la relación interna, habrá de responder sólo de una parte alícuota de la indemnización: una porción de daño muy inferior a la que le sería imputable de haberse impuesto un régimen de responsabilidad individual*».

En suma, la responsabilidad del abogado dependiente actuante en el encargo conferido se ha configurado estrictamente con carácter solidario en la LSP, con una pretendida función de garantía frente al cliente (solvencia e innecesariedad de identificación del culpable), aunque esta función de garantía, junto con la función de control y supervisión que ha de realizar el empresario respecto de su dependiente también se podría haber conseguido mediante el recurso a la aplicación del artículo 1903.4 del Código Civil, evitando las distorsiones que pudieren darse en la relación interna y en materia de culpabilidad antes apuntadas.

Eso sí, no podemos negar la coherencia del legislador con la más que constante corriente jurisprudencial de acudir a la condena solidaria en este tipo de casos de pluralidad de agentes en la producción del daño.

III. ALGUNOS CASOS DE RESPONSABILIDAD DE DESPACHOS DE ABOGADOS EN LA JURISPRUDENCIA

Pese a lo que pueda parecer en un primer momento, la responsabilidad de los miembros integrantes de un despacho o bufete de abogados no ha sido resuelta en tantas ocasiones como los casos de responsabilidad civil del abogado cuando ha ejercido su profesión con carácter individual y no a través de un vínculo contractual con otros abogados. Así destacamos los siguientes casos resueltos a nivel de Audiencias Provinciales:

- La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de junio de 2004 (*JUR* 2004/244633), resuelve un caso en que existió una condena a dos abogados donde uno de los recurrentes aducía en apelación «*...que fue el otro Letrado codemandado el que realmente intervino en la*

los títulos de *Respondeat Superior I* y *Respondeat Superior II*, 2002, www.indret.com, donde se puede observar con más detalle las explicaciones de estos autores sobre esta figura.

(45) Vid. *op. cit.* (nota 39), pág. 20.

gestión de los asuntos de la demandante, y fue la persona que asumió, dentro del despacho, la asesoría y dirección técnica de ese cliente, de tal modo que la ahora apelante no desarrolló actividad alguna en relación con esa persona. Sin embargo esa alegación no resulta confirmada por la prueba practicada en autos, y lo que es más destacable por el propio reconocimiento del recurrente de que la demandante acude a su despacho siendo recibida por el mismo, siendo independiente que después se canalizase la actuación procesal a otro colaborador, ya que frente a la persona que acude a contratar los servicios a un despacho de abogados cuyo titular es el demandado no cabe oponer circunstancias de distribución interna del trabajo o atribución de unas u otras responsabilidades, extremos estos que la demandante desconoce, vinculándose con un despacho de abogados en los que actúan profesionalmente ambos codemandados y ambos se relacionan con la actora».

- La sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, de 3 de mayo de 2000 (*JUR* 2000/210030), también en materia de responsabilidad civil de un despacho de abogados en los que trabajaba un pasante (licenciado en Derecho, pero no colegiado e hijo de uno de los abogados), los abogados reconocieron que compartían gastos del bufete, pero que cada uno llevaba sus propios asuntos y clientes, al final, se condena solidariamente a los abogados integrantes de dicho bufete por haberse acreditado una relación contractual de prestación de servicios con el cliente, estableciéndose además que en relación con la responsabilidad del colaborador debía imputarse al titular del despacho, aunque como este último fue absuelto en la instancia y no se recurrió este extremo no se extiende la condena al pasante en la sentencia de apelación.
- La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 14 de enero de 2000 (*AC* 2000/655), un abogado condenado en la instancia pretendía la exclusión de su responsabilidad, puesto que aunque fuera cliente el demandante, él no compartía despacho con los otros demandados cuando se produjo el daño. Sin embargo se le condena por la falta de negligencia de no haber comunicado al cliente su cambio de despacho, siendo condenado igualmente el coordinador del despacho por su labor de coordinación y por haber seguido las relaciones con el cliente del abogado que abandonó el despacho. No se produjo condena al resto de abogados, porque según los hechos probados: «...*Si bien es posible que el nombre de todos ellos debajo de Ius Estudio Jurídico, indujera a error, lo cierto es que no estamos ante una persona jurídica, distinta de sus integrantes; ni tan siquiera ante la hipótesis de un despacho colectivo, sino ante profesionales autónomos, independientes; que únicamente comparten un espacio físico y unos costes de mantenimiento de la infraestructura necesaria para el desempeño de su actividad profesional. Por tal motivo, ninguna responsabilidad cabe imputar a los codemandados que no han mantenido relación contractual con la demandante, y que si conocen de su existencia es de haberla visto incidentalmente en el despacho*».
- La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 24 de febrero de 1999 (*AC* 1999/408), en este caso sobre la responsabilidad de un asesor fiscal, se decanta por la responsabilidad solidaria del asesor con la empresa de asesoría al establecer lo siguiente: «...*En efecto, con independencia de los términos en que todo ello haya podido quedar docu-*

mentado, si el demandado señor G. M. ejercía su profesión dentro de esa sociedad y si el actor era cliente de ella, no es dable separar de esta relación de clientela precisamente las actividades de asesoramiento por las que se formula la demanda. En el otro sentido, sin entrar en consideraciones sobre cuál pueda ser la forma de actuación de la sociedad, un principio general para servicios profesionales de una cierta entidad técnica es la corresponsabilidad entre la sociedad y el profesional concretamente elegido para prestarlos (destaca por su rango legal y analogía con este caso lo prevenido en el art. 11.2 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de auditoría de cuentas (RCJ 1988/1538), al declarar que cuando la auditoría se realice por un auditor que pertenezca a una sociedad de auditoría, tanto el auditor como la sociedad responderán directa y solidariamente frente a las empresas auditadas y frente a terceros por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones); y a la misma conclusión puede llegarse con carácter general en virtud de los principios de culpa in eligendo y culpa vigilando, cuya aplicación en este caso no supondría incongruencia alguna por el hecho de que la fundamentación jurídica de la demanda no haga referencia a los artículos 1.902 y sigs. del Código Civil».

Como puede observarse, de los casos antes expuestos a título de ejemplo, no puede extraerse un *corpus* doctrinal sobre la naturaleza de la responsabilidad civil de los integrantes de un despacho de abogados (sociedad profesional o no) (46), y aunque el criterio de la solidaridad estricta parece el reinante en dichas decisiones, también lo es que se aludía a las reglas de la responsabilidad extracontractual en materia de culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

IV. CONCLUSIONES

La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, consagra el principio de responsabilidad solidaria de los profesionales actuantes (socios o no) junto con la sociedad profesional en relación con las deudas sociales derivadas del ejercicio profesional, en garantía de los terceros; a nuestro juicio, adoptando soluciones jurisprudenciales existentes en casos análogos de indeterminación del causante del daño o de causalidades inciertas, incluso de responsabilidades por hecho ajeno.

Todo ello y aún pudiendo ser fruto de cierta demanda social, no implicaba que se hubieran obviado soluciones alternativas al respecto en cuanto a la so-

(46) A este respecto, cabe señalar lo prescrito por la Disposición Adicional segunda de la LSP, en cuanto a la extensión del régimen de responsabilidad, al establecer que:

1. *El régimen de responsabilidad establecido en el artículo 11 será igualmente aplicable a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional con arreglo a esta Ley.*

Se presumirá que concurre esta circunstancia cuando el ejercicio de la actividad se desarrolle públicamente bajo una denominación común o colectiva, o se emitan documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación.

2. *Si el ejercicio colectivo a que se refiere esta disposición no adoptara forma societaria, todos los profesionales que lo desarrollen responderán solidariamente de las deudas y responsabilidades que encuentren su origen en el ejercicio de la actividad profesional».*

lidad estrictamente adoptada, como, por ejemplo, la responsabilidad directa del empresario por las actuaciones de sus dependientes, que iguales garantías respecto del tercero puede ofrecer y que hubieran implicado, por otro lado, la atención de los niveles de diligencia debida por todos los integrantes de una persona jurídica profesional, lo que en el ejercicio de la abogacía resulta de marcado carácter por la obligación de desempeño del encargo conforme a los criterios de la *lex artis ad hoc*.

RESUMEN

SOCIEDADES PROFESIONALES

La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, consagra el principio de responsabilidad solidaria de los profesionales actuantes (socios o no) junto con la sociedad profesional en relación con las deudas sociales derivadas del ejercicio profesional en garantía de los terceros; a nuestro juicio, adoptando soluciones jurisprudenciales existentes en casos análogos de indeterminación del causante del daño o de causalidades inciertas, incluso de responsabilidades por hecho ajeno.

ABSTRACT

PROFESSIONAL PARTNERSHIPS

Act 2/2007 of 15 March on professional partnerships consecrates the principle under which the acting professionals (be they partners or not) and the professional partnership are severally liable in connection with the debts of the partnership stemming from professional practice, to secure third parties; in our opinion, this is done by adopting existing solutions from case law in analogous cases where the person causing damage is indeterminate or the causes are uncertain, even where there is liability for an act not one's own.