

Funcionamiento de los despachos de abogados

por

GLORIA ORTEGA REINOSO
Profesora de la Universidad de Granada

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA GESTIÓN SOCIAL:
 - 2.1. EN LA SOCIEDAD PROFESIONAL:
 - 2.1.1. *Formación de la voluntad social.*
 - 2.1.2. *Administración y representación:*
 - 2.1.2.1. Vincular la condición de administrador a la de socio profesional.
 - 2.1.2.2. Restringir el ámbito de la administración social.
 - 2.1.2.3. Delimitar la actividad administrativa frente a la profesional.
 - 2.1.2.4. Reservar la mayoría de administradores a socios profesionales.
 - 2.2. EN LOS DESPACHOS DE ABOGADOS: REGULACIÓN EN EL EGAE.
3. LA PARTICIPACIÓN EN LOS RESULTADOS SOCIALES:
 - 3.1. EN LA SOCIEDAD PROFESIONAL:
 - 3.1.1. *Régimen legal de participación.*
 - 3.1.2. *Regulación estatutaria de la participación:*
 - 3.1.2.1. Fórmulas de reparto.
 - 3.1.2.2. Criterios para valorar la actividad profesional.
 - 3.1.2.3. Límites a la autonomía de la voluntad de los socios.
 - 3.2. EN LOS DESPACHOS DE ABOGADOS: REGULACIÓN EN EL EGAE.

4. OTROS ASPECTOS DE FUNCIONAMIENTO DE LOS DESPACHOS DE ABOGADOS:

- 4.1. SUSTITUCIÓN Y VENIA INTERNA.
- 4.2. CONFLICTOS INTERNOS.
- 4.3. SECRETO PROFESIONAL.
- 4.4. INEXISTENCIA DE INTERESES CONTRARIOS.

1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

excepciones que se derivan de la regulación establecida por el EGAE, como veremos (4).

Junto a los despachos colectivos, el EGAE ha declarado, en su artículo 29, que «*Los abogados podrán asociarse en régimen de colaboración multiprofesional con otros profesionales liberales no incompatibles*». Pese a la terminología utilizada, se está refiriendo a una sociedad multiprofesional externa, ya que, como dice su apartado 1.a), es la «*agrupación*» la que tiene «*por objeto la prestación de servicios conjuntos determinados, incluyendo servicios jurídicos específicos*». Por lo que también el despacho multiprofesional se configura como una sociedad personificada, y, más en concreto, como una modalidad de sociedad profesional externa, por lo que la multiprofesionalidad ha de circunscribirse a profesiones que sean liberales (5).

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

La condición de socio de cualquier sociedad, también de la profesional, se define por una serie de derechos y obligaciones. Entre los de contenido patrimonial se enumeran, como fundamentales: 1) La obligación de aportación; 2) El derecho a participar en los resultados sociales; y 3) El derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación. Fuera quedan otros relacionados con el funcionamiento de la sociedad, como el derecho de asistencia, de voto, de información, de impugnación de acuerdos sociales, etc.

En este momento nos interesa la gestión de los despachos de abogados y el derecho del socio a participar en los resultados sociales. Cuestiones que a continuación se analizan en la sociedad profesional en sentido estricto como concepto (6), para posteriormente comprobar la regulación dispuesta para los des-

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

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

(6) Sobre las sociedades profesionales, vid., entre nosotros, DE BÁRBARA LLAURADÓ, R., «Delimitación del objeto en las sociedades profesionales», en *RHP*, núm. 15, 1972, págs. 89-96; PERULES BASSAS, «La constitución de sociedades profesionales y la fiscalidad», en *HPE*, núm. 15, 1972, pág. 73 y sigs.; CAPILLA RONCERO, F., «Comentario a los artículos 1.665 al 1.708 del Código Civil», en M. ALBALADEJO (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. XVI, Madrid, 1986, págs. 153-176; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El nuevo Registro Mercantil: sujeto y función mercantil registral*.

pachos colectivos por el vigente EGAE, cuyas conclusiones son trasladables a los despachos multiprofesionales con tal de sustituir el término abogado por el de profesional perteneciente a una profesión liberal complementaria y no incompatible con la Abogacía, y para las sociedades profesionales de abogados por el CAC. Y también se repasarán otros aspectos contenidos en ese Estatuto en relación con el funcionamiento de los despachos de abogados (7).

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

(7) Sobre los despachos de abogados, vid., entre nosotros, ORTEGA REINOSO, «Despachos de abogados», en *RdS*, núm. 23, 2004, págs. 163-189; VÁZQUEZ ALBERT, «Les societats professionals d'advocats: les preguntes més freqüents (I) y (II)», en *Món Jurídic*, núm. 175, 2002, págs. 15-17, y núm. 16, 2003, págs. 13-15, respectivamente; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «La sociedad de abogados *stricto sensu* en el Estatuto General de la Abogacía», en *La Ley*, D-250, 2002, págs. 1829-1842; TRIGO GARCÍA, B., «¿Regulación del ejercicio societario de la abogacía mediante normas reglamentarias? El Real Decreto 658/

2. LA GESTIÓN SOCIAL

2.1. EN LA SOCIEDAD PROFESIONAL

Cuando una sociedad tiene personalidad jurídica, del contrato de sociedad en el que tiene su origen surge una organización como mecanismo técnico-jurídico de articulación de la pluralidad de intereses concurrentes, que a través de determinados sujetos, denominados órganos de la sociedad (8), ha de realizar las actividades necesarias para el desenvolvimiento del objeto social y conseguir así el fin común. Se habla entonces de gestión social o administración en sentido amplio, como actividad normativa del contrato social (que incluye las decisiones ocasionales acerca de la configuración jurídica de la sociedad: fundación, modificación, transformación, fusión, disolución...) y de determinación del programa general de actividad de la sociedad, que corresponde a los socios, a los que se les reconoce el derecho a participar en la adopción de las decisiones rectoras de la vida de la sociedad o, lo que es igual, el derecho a codecidir o coparticipar, que, por tanto, deriva del concepto de sociedad, se integra en la condición de socio, y se concreta en el reconocimiento del derecho de voto, lo que no obsta que la gestión cotidiana de la sociedad se encomiende a determinados sujetos (socios o terceros), que por ello adquieren la condición de administradores. En un sentido estricto cabe distinguir entre administración propiamente dicha y representación (9).

2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española», en *La Ley*, núm. 5527, 2002, págs. 1844-1850; LECIÑENA IBARRA, A., «Competencia estatutaria en la regulación de los despachos colectivos: el artículo 28 del Estatuto General de la Abogacía», en *AC*, núm. 26, 2002, págs. 855-879; DICTAMEN Y ASESORÍA, S. A., «Despachos colectivos y responsabilidad compartida», en *RJC*, núm. 1, 1994, pág. 255 y sigs., y «Relaciones jurídicas entre profesionales en el seno de organizaciones conjuntas; el caso de los bufetes de abogados», en *Revista de Trabajo*, 1988, pág. 177 y sigs.; DE ANGULO RODRÍGUEZ, L., «Los despachos colectivos de abogados y las normas colegiales», en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, págs. 313-357; ALBIEZ, JAIMEZ TRASIERRA, M. C. & OLARTE ENCABO, S., *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, Granada, 1992; VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «Organización de despachos de abogados», en *Justicia*, 92, núm. 2, 1992, págs. 279-297; DE ZULUETA, «Abogados de empresa y bufetes colectivos. Reflexiones sobre la Abogacía y abogados de J. M. Martínez Val», en *La Ley*, núm. 2, 1982; DE CASTRO, *La abogacía en el momento presente: el nuevo EGA*, Valladolid, 1982; ZARAGOZA, A., «Los despachos colectivos y la empresa legal como modos de ejercer la abogacía», en *Sociología y Psicología Jurídica*, núm. 2, 1975, págs. 67 y sigs.; CUÉLLAR GRÁCERA, A., *Asociaciones y sociedades profesionales e interprofesionales de Abogados*, Badajoz, 1967.

(8) DÍEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, 1979, pág. 70, afirma que la persona considerada como órgano es la misma persona jurídica actuando; sobre el concepto de órgano social, vid., GIRÓN, *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976, págs. 303-306.

(9) Son conceptos jurídicos distintos que se diferencian entre sí por su ámbito (la administración se refiere al aspecto interno de la sociedad —relaciones jurídicas entre los

Las sociedades profesionales también cuentan con una organización social, que, no obstante, presenta algunas especialidades derivadas de su objeto social, que impone, como punto de partida, que dicha organización no puede cercenar los principios caracterizadores del ejercicio profesional y, en concreto, la libertad y la independencia con las que los socios profesionales (de cualquier profesión) han de desarrollar su actividad profesional en la sociedad, ni los específicos de cada profesión, como es el secreto profesional en el caso de la Abogacía. La confluencia de los intereses individuales de los socios con el interés común a todos en sociedad, que en cualquier sociedad se resuelve procurando el mayor respeto posible para todos los que se encuentran en juego, pero imponiendo, en última instancia, el respeto a los intereses sociales, libremente asumidos por los socios, mediante lo que se ha dado en llamar la subordinación del interés particular del socio al interés social (10), puede llevar a una solución distinta en una sociedad profesional, en la que el interés social no puede restringir esos intereses individuales puramente profesionales.

Ni el programa general de actividad de la sociedad diseñado por los socios, ni las decisiones que adopte el órgano de administración pueden condicionar el ejercicio profesional en su aspecto externo (obligando a un socio profesional a ejecutar un asunto en contra de su voluntad, por ejemplo) ni en el interno (obligando a un socio profesional a seguir determinados criterios de actuación profesional, por ejemplo), a diferencia de lo que ocurre en otros sectores de la actividad de servicios. Restricciones que, además, pueden ser especialmente relevantes si el control de la sociedad o de su administración reside en socios que no están habilitados para el ejercicio de la profesión que constituya su objeto social o que estándolo no ejerzan en ella, esto es, en socios meramente capitalistas cuando esto esté permitido (dando lugar entonces a las denominadas sociedades profesionales mixtas), o en terceros ajenos a la sociedad el de la administración (11).

socios o entre éstos y la sociedad—, y la representación al externo —relaciones jurídicas entre la sociedad y los terceros—, por su contenido (la administración es una facultad elástica, limitable, regulada por normas dispositivas, mientras que la representación tiene un alcance típico, rígido, no susceptible de limitaciones, y regulada por normas imperativas), y porque la administración es una cuestión de deber, mientras que la representación lo es de poder, SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., «Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles», en *RDM*, 1962, págs. 6 y 47 y sigs.; GIRÓN, *Derecho de sociedades*, cit., págs. 300 y 432; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La atipicidad en Derecho de Sociedades*, Zaragoza, 1977, págs. 355-359; CAPILLA, *Comentario...*, cit., págs. 437-439; PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., págs. 1448-1449, 1459.

(10) CAPILLA, *Comentario...*, págs. 281-281.

(11) CHAMPAUD, C., «Sociétés et autres groupements», en *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1990, pág. 397; FERRI, G., «La società di professionisti (problemi e prospettive)», en *Riv. Giur. Lav.*, núm. I, 1969, pág. 1354.

Analicemos, por tanto, la participación del socio en la formación de la voluntad social y en la administración de una sociedad profesional.

2.1.1. *Formación de la voluntad social*

El derecho del socio de una sociedad profesional a participar en la formación de la voluntad social, que se concreta en su derecho de voto, depende del tipo social que aquélla haya elegido:

1. Si es uno capitalista, el derecho de voto se ejercita en el seno de un órgano colegiado, la Junta General (arts. 48.2.c LSA y 43 LSRL). Se trata de un voto proporcional, pues el derecho de voto de cada socio se establece en proporción al capital detentado, es decir, al valor nominal de las acciones en la SA (art. 50.2 LSA) y al número de participaciones sociales con independencia del valor nominal, salvo disposición contraria en los estatutos que permitan articular privilegios en materia de voto, en la SRL (arts. 53.4 LSRL y 184 RRM). Y el principio que rige para la adopción de los acuerdos sociales es el de mayoría de votos (arts. 93.1 LSA y 53 LSRL) (12).

2. Si es uno personalista, hay que partir de que no está previsto un órgano colegiado en el que ejercitar el derecho de voto; la formación de la voluntad social corresponde a la propia colectividad de socios. Y pese a que tampoco está regulado se considera que, en defecto de régimen contractual distinto, el voto se atribuye de forma igual a todos los socios con independencia de su aportación (voto por cabezas) y que los acuerdos se adoptan por unanimidad. Y esto, por entender que es el sistema más acorde con el carácter personal, basado en las relaciones de confianza entre los socios, de estos tipos sociales, y porque el voto proporcional exige determinar el valor de las aportaciones de los socios, lo que no es un requisito en los tipos personalistas, en los que, a diferencia de los capitalistas, no hay que fijar la cifra representativa del capital social, dado que la responsabilidad de los socios por las deudas sociales (a salvo los comanditarios) es personal e ilimitada. Valoración que, además, habría que hacer en varios momentos, ya que en estos tipos la aportación, que puede tener el más variado contenido, no tiene que coincidir con el momento de constitución de la sociedad, admitiéndose aportaciones sucesivas (13).

(12) GIRÓN, *Derecho de sociedades*, cit., pág. 277, indica que en «la organización despersonalizada la condición de miembro se hace transmisible para que la entidad no esté ligada a las vicisitudes de sus socios; la organización se hace en forma abstracta, de manera que se configuran normativamente órganos dispuestos para ser ocupados por personas cambiantes, y, en plano superior, el conjunto de los miembros se resuelve como cuerpo bajo régimen de mayoría en Junta General».

(13) VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., *El socio industrial*, Madrid, 1972, pág. 30; GIRÓN, *Derecho de sociedades*, cit., págs. 440 y 216; DE LA CÁMARA, *Estudios de Derecho Mercantil*,

La desconexión entre la organización social y la condición de socio en los tipos capitalistas se utilizó en su momento para cuestionar la viabilidad de estos tipos para formalizar una sociedad profesional, dada la poca garantía que ofrecen en cuanto a asegurar que los socios profesionales van a desarrollar su actividad profesional en la sociedad bajo los principios que le son propios. Sin embargo, la mayoría de las normativas que han regulado la sociedad profesional, dentro y fuera de España, han terminado por admitirlos, aunque introduciendo una serie de adaptaciones, sobre todo en el ámbito de las relaciones internas.

Y es que, la configuración de la sociedad profesional como sociedad de trabajo, y por tanto más cercana a los tipos personalistas, parece aconsejar la aplicación del sistema que rige en éstos para la atribución del derecho de voto y para el cómputo de votos en orden a adoptar los acuerdos sociales (voto igualitario y acuerdos por unanimidad), pero sin que haya motivos para prohibir el sistema de los capitalistas siempre que se garantice que la participación de los socios profesionales (14) en la formación de la voluntad social va a ser lo suficientemente amplia como para asegurar que no van a quedar afectados los principios de la profesión liberal, lo que, en primer lugar, va a depender de la composición subjetiva de la sociedad profesional.

Efectivamente, la tensión entre el interés de la sociedad y el del socio profesional desaparece si todos los socios son profesionales de la misma y única profesión que constituya el objeto social que además ejercen en su seno (sociedades uniprofesionales puras), pues cabe presumir que persiguen iguales intereses, y desde luego están sujetos a las mismas normas deontológicas. Parecido ocurre si todos los socios son profesionales ejercientes en la sociedad de las diferentes profesiones liberales que constituyan el objeto social (sociedades multiprofesionales puras). Pero todo lo contrario si junto a los socios profesionales (de una o varias profesiones) hay socios meramente capitalistas, guiados únicamente por la idea de negocio y máximo beneficio (o se corre el riesgo de que así sea) y no sometidos a código deontológico alguno, por lo que, de ser éstos los que ostenten el control de la sociedad difícilmente habrá ejercicio de la profesión liberal, que sólo queda asegurado si las decisiones de la sociedad en todo, o, al menos, en lo relativo a la actividad profesional, corresponden a los socios profesionales (15).

vol. I, Madrid, 1977, pág. 320; CAPILLA, *Comentario...*, cit., pág. 377; PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1459; VICENT, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, vol. I, Barcelona, 1991, pág. 348.

(14) Por «socio profesional» se entiende el socio que estando cualificado para ejercer la profesión que constituya el objeto social de la sociedad profesional en cuestión (o alguna de las profesiones si el objeto es multiprofesional) efectivamente la ejerce en su seno.

(15) CAPILLA, *Sociedades de profesionales...*, cit., pág. 250; PAZ-ARES, *Las agrupaciones...*, cit., pág. 758, indica que «la mayoría del capital y de los derechos de voto de

Ese control de las decisiones sociales por los socios profesionales a través de las correspondientes mayorías, de capital social y de los derechos de voto, cuando en la sociedad existen socios capitalistas se viene considerando una exigencia de la sociedad profesional mixta cualquiera que sea el tipo social adoptado. Y a veces se exige, además, que los profesionales ejercientes conformen también la mayoría de los socios. A esta doble exigencia responde el artículo 10.1 LAC (16) cuando dispone que: «*Podrán constituirse Sociedades de auditoría de cuentas, siempre que éstas cumplan los siguientes requisitos: ...Que, como mínimo, la mayoría de sus socios sean auditores de cuentas, y, a la vez, les corresponda la mayoría de capital social y de los derechos de voto...*». Sin embargo, la PALSP no exige la segunda de tales mayorías, aunque sí la primera. Dice su artículo 3.1 que: «La mayoría del capital y de los derechos de voto de las sociedades profesionales habrán de pertenecer a personas habilitadas para el ejercicio de la profesión».

Además, el artículo 17 PALSP establece la regla de la unanimidad para determinados acuerdos, cualquiera que sea el tipo social adoptado por la sociedad profesional. Así, «La introducción, alteración o supresión de cláusulas del contrato social que tengan por objeto la regulación de las causas de separación y exclusión, el cálculo de la cuota de liquidación y el sometimiento a arbitraje de las controversias derivadas del contrato de sociedad, requerirán el acuerdo de todos los socios. El resto de las modificaciones contractuales se regirán por las normas que correspondan a la forma social adoptada».

Y a fin de garantizar aun más que el control de las decisiones sociales corresponda a los socios profesionales, algunas normativas profesionales han prohibido que las acciones y participaciones sin voto (arts. 90 a 92 LSA y 42.bis LSRL) sean detentadas por esos socios (17). Prohibición que cabe extender a todas las sociedades profesionales mixtas por la necesidad de que los socios profesionales concurren a la formación de la voluntad social y ostenten el control de la actividad social como única forma de proteger los principios del ejercicio profesional. Pero de las que, por el contrario, pueden ser titulares los socios meramente capitalistas, a los que permiten realizar una inversión y obtener el beneficio económico inherente a la misma, aunque

la sociedad profesional deben estar en manos de personas habilitadas para el ejercicio de la profesión programada en el objeto social; de la misma manera ha de asegurarse que el órgano de administración se halla siempre bajo el control de socios profesionales, todo ello al objeto de minimizar el riesgo de que la estrategia de la sociedad sea definida por personas no calificadas para el ejercicio de la profesión».

(16) Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas.

(17) Así ocurre, en Francia, artículo 9 de la Ley núm. 90-1258, de 31 de diciembre de 1990, sobre el ejercicio en forma de sociedad de ejercicio liberal de profesiones liberales; Ley que admite que las acciones se emitan con derecho de voto doble, pero restringiendo su titularidad a los profesionales que ejerzan en la sociedad. Por lo que la cesión de las mismas, por cualquier causa, a quien no reúne tal requisito provoca la pérdida del derecho de voto privilegiado.

apartándolos del ámbito de gestión social, y por tanto del más concreto de decisiones netamente profesionales. Prohibición que, sin embargo, no rege la PALSP, la LAC, ni su Reglamento de desarrollo (18).

2.1.2. Administración y representación

Partiendo de un concepto estricto de administración, como facultad de adoptar decisiones que tienen eficacia frente a todos los socios y que versan sobre la puesta en rendimiento del conjunto de elementos con que cuenta la sociedad para la consecución de sus fines, y de representación, como facultad de entablar relaciones con personas ajenas al contrato social que vinculan directa y efectivamente a la sociedad (19), facultades que se encomiendan al órgano de administración, también se plantean problemas en orden a garantizar los principios del estatuto del ejercicio profesional.

En el Derecho societario se distinguen dos modelos de administración, atendiendo al grado de vinculación entre la condición de socio y la de administrador:

1. Autoorganicista. Es el propio de las sociedades personalistas en las que la vinculación es total; la condición de administrador es inescindible de la de socio. Todos los socios, a excepción de los comanditarios, tienen la condición natural de administradores, si bien la ley les permite encomendar a algunos o a uno de ellos la gestión social en sentido estricto (arts. 1.692, 1.693 y 1.695 del Código Civil y 129 y 130 del Código de Comercio).

Según la Doctrina mayoritaria (20), lo que no cabe es encargar a quien no es socio la administración social, dado el carácter *intuitu personae* de este tipo de sociedades (la condición de administrador se funda en la cualidad de socio) y la comunicación existente entre la administración social y la responsabilidad personal (los socios, que van a responder personal e ilimitadamente de las deudas sociales, no pueden ser desposeídos de su derecho a administrar) (21).

(18) Este Reglamento, aprobado por el Real Decreto 1636/1990, de 20 de diciembre, sólo establece un control sobre la información que han de remitir las sociedades de auditoría dentro del mes siguiente al cierre del ejercicio social al ICAC, en la que deberá constar el «*capital social, con indicación de su distribución entre los socios y, en su caso, aquella parte del capital representado por acciones sin derecho a voto*» (art. 34.2.c).

(19) CAPILLA, *Comentario...*, cit., pág. 438.

(20) GIRÓN, *Derecho...*, cit., págs. 458-459; CAPILLA, *La sociedad civil*, Bolonia, 1984, págs. 222 y sigs.

(21) Sin embargo, Díez-PICAZO & GULLÓN, «La sociedad civil», en *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 2000, pág. 461, estiman que ni el Código Civil prohíbe que se confíe la administración a un tercero, ni lo impide el carácter *intuitu personae*, ya que el tercero no ingresa en la sociedad.

Encargada la gestión social a uno o varios socios, si la sociedad es mercantil, «*los demás no podrán contrariar ni entorpecer las gestiones de aquellos ni impedir sus efectos*» (art. 131 del Código de Comercio) (22). Si es civil, y ante la ausencia de una norma similar en el Código Civil, se han propuesto varias soluciones: *a)* Los demás socios no pueden interferir en la administración porque el legislador no les ha reconocido una facultad de oposición (a salvo el supuesto excepcional del art. 1692.1.º del Código Civil). En consecuencia, los administradores gozan de plena autonomía en el desempeño de su cargo (23); *b)* Tampoco es posible dicha interferencia porque la gestión en sentido estricto, como actividad cotidiana de promoción del fin social, corresponde en exclusiva a los administradores, mientras que la gestión en sentido amplio, como determinación del programa general de actividad de la sociedad, corresponde a todos los socios, que son titulares de un derecho a codecidir o coparticipar, y en este tipo de sociedades de un derecho genérico a administrar (24); y *c)* Si es posible dicha interferencia con base en el artículo 1.719 del Código Civil («*En ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante*») (25).

2. Heteroorganicista. Es el típico de las sociedades capitalistas, en las que la condición de administrador aparece desvinculada de la de socio: salvo disposición contraria de los estatutos, para ser nombrado administrador no hay que ser socio (arts. 123.2 LSA y 58.2 LSRL). Administradores ajenos a la sociedad que se justifican porque permiten poner la administración en manos de profesionales de esta actividad, garantizándose así una más eficaz gestión.

En una sociedad profesional, las posibilidades vistas de que la administración se encomiende a terceros ajenos a la sociedad (tipos capitalistas, como regla), o que correspondiendo a quienes sean socios (tipos personalistas) recaiga en los meramente capitalistas (sociedades profesionales mixtas), plantean serios problemas en orden a garantizar la libertad y la independencia de los socios profesionales. A fin de protegerlos se han propuesto varias soluciones específicas: 1) Vincular la condición de administrador a la de socio profesional; 2) Restringir el ámbito de la administración social; 3) Delimitar la actividad administrativa frente a la profesional; y 4) Exigir que una mayoría cualificada de administradores sean socios profesionales. Veamos cada una de ellas:

(22) Prohibición que refuerza el propio texto legal al enumerar como causa de exclusión de la sociedad la injerencia en funciones administrativas del socio a quien no compete desempeñarlas (art. 218.2.º del Código de Comercio).

(23) CAPILLA, *Comentario...*, cit., pág. 484.

(24) GIRÓN, *Derecho de Sociedades...*, cit., págs. 300 y 431-434; PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1459; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad...*, cit., págs. 357-359.

(25) GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1982, cit., pág. 368.

2.1.2.1. Vincular la condición de administrador a la de socio profesional

Una solución es vincular la condición de administrador a la de socio profesional, lo que se ha hecho desde varias perspectivas:

- a) La vinculación se configura como presupuesto de admisibilidad de la sociedad profesional, que, en consecuencia, sólo puede tener una composición pura y adoptar un tipo social personalista. Efectivamente, si en la sociedad profesional no hay socios netamente capitalistas, basta con que utilice un tipo personalista, que excluye la administración por terceros para que se garantice el control de la sociedad y de la administración por los socios profesionales (26).
- b) La obligación de ejercer la profesión en la sociedad de los socios profesionales se configura como una obligación de hacer que abarca la actividad profesional y la gestora. El desempeño del cargo de administrador constituye parte del contenido de la aportación de industria en las sociedades profesionales personalistas y de la prestación accesoria que articula la actividad profesional en las de capital. En consecuencia, la sociedad profesional puede elegir cualesquiera tipos sociales, ya que la cualidad de administrador se vincula a la de socio profesional (27).

2.1.2.2. Restringir el ámbito de la administración social

Otra solución es delimitar de forma específica el ámbito de la administración social, lo que se consigue a partir de declarar y hacer efectiva una total incomunicación entre aquélla y la actividad profesional, a fin de evitar que los administradores puedan crear una situación de subordinación de los socios profesionales a la sociedad en el cumplimiento de los actos profesionales.

Se definen así dos ámbitos. Uno, competencia de los administradores. Y otro, de los socios profesionales. A los administradores corresponde la actividad administrativa y la representación de la sociedad, pero sólo respecto de la actividad social extraprofesional, mientras que a los socios profesionales corresponden iguales facultades respecto de la actividad social profesional, esto es, la celebración de los contratos de servicios profesionales con los clientes (en el aspecto externo) y la decisión de todo lo concerniente a la prestación de tales servicios (en el interno). La consecuencia es que el ámbito

(26) Sin embargo, la necesidad de proteger los principios del estatuto del ejercicio profesional no debe conducir a negar los tipos capitalistas, que admiten que los estatutos sociales reserven la condición de administrador a los socios profesionales.

(27) SCHIANO DI PEPE, *Le società di professionisti*, Milán, 1977, págs. 191-192.

de competencia, propio de los administradores, se restringe a esa actividad social extraprofesional (28).

2.1.2.3. Delimitar la actividad administrativa frente a la profesional

Otra solución es la de fijar los límites de la actividad administrativa frente a la profesional, pero sin que ello implique una absoluta incomunicación entre ambas.

Los administradores ejercen las facultades de administración y representación que le son propias dentro del ámbito legal de competencia, es decir, en relación con las actividades que constituyen el objeto social, asumiendo en consecuencia competencias organizativas respecto de las mismas, incluidos los actos no profesionales (contratos con los clientes, reparto de asuntos, utilización de los medios auxiliares, etc.) que son necesarios para los estrictamente profesionales, pero no estos, que son objeto de la aportación del socio profesional. Y los socios profesionales, a pesar de que la efectiva prestación de los servicios profesionales implica relación con los terceros que contratan con la sociedad, no adquieren por ello facultades de administración y representación sociales. La relación de estos socios con los clientes de la sociedad es consecuencia y parte del cumplimiento de la obligación por ellos asumida de ejercer su profesión en su seno. En consecuencia, la independencia técnica o de criterio del profesional en el desarrollo de la actividad profesional queda garantizada frente a la actividad de los administradores, con su repercusión a efectos de responsabilidad.

En este sentido se ha señalado que «el servicio prestado por el profesional constituye el objeto de su aportación de industria, cuyas características —y entre ellas la implícita reserva de discrecionalidad técnica que singulariza cualquier prestación profesional— no pueden ser modificadas por el grupo. Esto significa que la sociedad, si bien puede decidir los encargos que acepta y el modo de repartir su ejecución entre los socios, no puede imponer al socio las modalidades técnicas que ha de observar en la realización del encargo que se le encomienda, puesto que tal imposición altera la calidad de la aportación y tal alteración no entra dentro de los poderes de la sociedad» (29). La in-

(28) LAMBOLEY, *La société civile professionnelle. Un nouveau statut de la profession libérale*, París, 1964, págs. 62 y 65; GUYÓN, Y., «Sociétés civiles professionnelles», en *Repertoire Dalloz des sociétés*, núm. 30, 1994, págs. 14-15, 105, 113; MAZZOCCA, A., *Le società di professionisti*, Milán, 1990, pág. 50.

(29) PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., págs. 1405-1406; RESCIGNO, *La società tra professionisti*, Milán, 1985, pág. 115, señala que los poderes de los administradores no afectarán a la ejecución de la prestación, sino «al momento preparatorio a la ejecución, que comprende actos no definibles como profesionales, y que no representan el real contenido de la prestación; el límite extremo de tal poder gestor estará representado por la elección de

dependencia profesional también quedará garantizada «si se tiene en cuenta la posibilidad de distinguir, dentro del ámbito de actuación de la sociedad, un campo reservado o reservable, que quedaría fuera del normal ámbito de actuación o decisión de los órganos sociales», con la creación, incluso, de un órgano específico de dirección técnica que bien podría ser el mismo órgano de administración, pero excluidos los administradores que no fuesen socios profesionales (30).

Ahora bien, en relación con la libertad profesional, también denominada independencia externa, que es la libertad del profesional liberal de aceptar o rechazar los asuntos profesionales que se le propongan, en este caso por los administradores, se plantean dos problemas sucesivos:

1. En cuanto a la aceptación del asunto por los administradores, la dificultad deriva del derecho de oposición o veto de cualquier socio administrador a lo acordado por los demás en los supuestos en los que esto es posible (arts. 1.693 y 1.695 del Código Civil, y 130 del Código de Comercio). Dos son las soluciones propuestas: *a)* Limitar el ámbito de aplicación del derecho a veto a cuando la sociedad asuma obligaciones de especial trascendencia (31); y *b)* Superar la oposición mediante un acuerdo adoptado por mayoría cualificada. Éste es el sistema preferido para salvaguardar el interés de la minoría disidente, que, no obstante, deberá ser excluida del encargo al que se haya opuesto. Y ello porque ni la rescisión unilateral ni el derecho de veto a favor de los socios administradores disidentes resuelven los problemas de un grupo de profesionales en el que ha de predominar, ante todo, la libertad y la igualdad. En consecuencia, los disidentes excluidos del encargo han de serlo también de los beneficios que se logren, y tampoco les debe alcanzar ninguna responsabilidad, incluso frente a terceros, si éstos han conocido su oposición y exclusión (32).

2. Aceptado el asunto por los administradores conforme a las reglas de funcionamiento de la sociedad profesional, la negativa del profesional al que le haya sido asignado de proceder a su ejecución supone, a tenor del Derecho societario, un incumplimiento de su obligación de prestar los servicios profesionales en el seno de la sociedad cuando ésta se lo requiera, que fue objeto de su aportación de industria o prestación accesoria. Incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de sociedad que conlleva las consecuencias convencionales y legales previstas: si se articuló como aportación de indus-

los asuntos que la sociedad deberá tratar y para cuyo desenvolvimiento será obligado el socio a realizar la aportación».

(30) CAPILLA, *Sociedades de profesionales...*, cit., pág. 253, n. 51.

(31) SCHIANO, *Le società...*, cit., pág. 195.

(32) MAZZOCCA, *La società...*, cit., págs. 103-105; DE ANGULO, *Los despachos colectivos...*, cit., pág. 344; ALBIEZ, JAIMEZ & OLARTE, *Las formas societarias...*, cit., págs. 100-101.

tria, el artículo 1.707 del Código Civil lo considera un justo motivo para que cualquier socio reclame la disolución de la sociedad establecida por tiempo determinado, y el artículo 218.6.º y 7.º del Código de Comercio como motivo de exclusión del socio incumplidor. Igual posibilidad prevé el artículo 98 LSRL si se instrumentó como prestación accesorio. Pero si se trata de una SA, y a falta de previsión estatutaria, la Doctrina se divide entre quienes entienden que también procede la exclusión y quienes no (33).

No obstante, desde el estatuto del ejercicio profesional se estima que en las sociedades profesionales dicha negativa del socio profesional no puede tener tal consideración y consecuencias, pues la libertad de aceptación o rechazo del asunto es una manifestación de la libertad del profesional liberal en el ejercicio de su profesión, que actúa como una justa causa de las que en los tipos personalistas enervan tanto la acción de disolución de la sociedad como la expulsión del socio (34). Ahora bien, ante la ausencia de una norma de rango legal que permita tal alteración del régimen general del Derecho societario, ésta sólo va a ser posible si en los estatutos sociales se recoge el derecho del socio profesional a no hacerse cargo de un determinado asunto (o cliente) previamente aceptado por los administradores, pero que incluso cabe presumir que ésta es la voluntad de los socios de una sociedad profesional.

Si bien, algunos autores consideran que, a diferencia de la independencia técnica, que es un principio irrenunciable, la libertad de elección de asuntos no tiene tal carácter, por lo que concluyen que el profesional puede ver limitada su facultad de rechazar la prestación de actividad profesional en virtud de obligaciones que le vengan impuestas por vinculaciones contractuales, profesionales, o legales (35).

(33) La admiten cuando la prestación accesorio tenga indudable valor económico para la sociedad, GARRIDO DE PALMA, *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Madrid, 1990, cit., pág. 175, y por aplicación analógica del artículo 218.7.º del Código de Comercio, justificada por el *intuitu personae* que aparece en la sociedad por las prestaciones accesorias, LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A., «La configuración estatutaria de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima», en *Derecho de sociedades anónimas, I. La fundación*, Madrid, 1992, págs. 863-864; la niega, LLAGARÍA VIDAL, E., «Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima», en *AAMN*, XXX-1.º, pág. 44 y sigs.

(34) ALBIEZ, JAIMEZ & OLARTE, *Las formas societarias...*, cit., pág. 101, señalan que «La libertad e independencia del abogado es siempre un justo motivo para sobreponer el interés profesional individual al interés colectivo..., el abogado que se opone a cumplir el objeto de la sociedad a la que pertenece por motivos del ejercicio de su profesión no pone en peligro la existencia de la misma, ya que cabe alegar, en su caso, que hay un justo motivo, en aras de la libertad, para rechazar o disentir de un encargo».

(35) FERNÁNDEZ COSTALES, «Las sociedades de médicos», en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, págs. 361 y sigs., pág. 146 y sigs., quien, como ejemplo de estas últimas, cita, en el ámbito de la Abogacía, el Turno de oficio y la Asistencia jurídica gratuita al detenido.

La PALSP no se refiere a la libertad profesional de forma específica, como aquí se ha hecho, aunque sí lo hace a la independencia, que bien puede entenderse que abarca tanto la externa (libertad profesional) como la interna (o de criterio); y con carácter también general alude al respeto a las normas y principios deontológicos. Dice su artículo 8.1 que «Los socios prestarán la actividad profesional a que se hubieren obligado de conformidad con las normas y principios deontológicos propios de la profesión y, en particular, con los de independencia y responsabilidad personal».

2.1.2.4. Reservar la mayoría de administradores a socios profesionales

Otra solución es la de exigir que la mayoría de los administradores sean socios profesionales. Si se parte de respetar el contenido natural de la administración social, la dificultad se centra en esa zona intermedia entre la actividad extraprofesional y la estrictamente profesional, en la que se inserta la facultad de aceptar o rechazar los asuntos de terceros y su reparto entre los socios profesionales, que según el Derecho societario corresponde a los administradores. El problema surge en la medida en que para la aceptación o rechazo de un asunto se han de tener en cuenta, no sólo criterios de índole organizativa y económica (disposición de personal, de medios, etc.) para los que están capacitados los administradores, sean o no profesionales, sino también de índole profesional y deontológica (viabilidad del asunto, requisitos de competencia profesional, ausencia de incompatibilidades, de intereses contrarios a los de otros clientes, etc.) para los que sólo están capacitados los profesionales. La solución, por tanto, ha de venir de exigir que si no la totalidad, al menos la mayoría de los administradores sean socios profesionales (36).

Esta es la solución adoptada por el artículo 10.1 LAC, según el cual, «*Podrán constituirse sociedades de auditoría de cuentas, siempre que ... la mayoría de los administradores y directores de la sociedad sean socios auditores de cuentas, debiendo serlo, en todo caso, el administrador único en sociedad de este tipo*», y por la PALSP, cuyo artículo 3.2 determina que «Igualmente habrán de ser profesionales habilitados la mayoría de los miembros de los órganos colegiados de administración. Si el órgano de administración fuese unipersonal, necesariamente habrá de ser desempeñado por un socio profesional».

Sin embargo, la Proposición de Ley de Regulación de Sociedades Civiles de Actividades entre Profesionales (37), que creó *ex novo* un tipo de sociedad

(36) PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1405; CADARSO, «La sociedad profesional de arquitectos», en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pág. 394.

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

exclusivo y excluyente de los profesionales liberales con la intención de abarcar «todas las formas de colaboración profesional», pero que, según resulta de su articulado, sólo se refiere a la sociedad profesional en sentido estricto, que califica de civil, pero cuyo régimen jurídico se asemeja más al de la sociedad de responsabilidad limitada, establece que los gestores pueden no pertenecer a la sociedad. La razón, según la EM, es que «hoy en día la gestión de las sociedades está profesionalizada y en esa medida puede ser interesante encomendar la gestión a un tercero». Pues bien, aun admitiendo esta consideración, deberían haberse previsto medidas que garanticen que la actividad profesional de la sociedad va a quedar bajo el control de los socios, que en esta sociedad han de ser profesionales ejercientes, ya que, en otro caso, es más que probable que la sociedad se aparte de los principios propios del estatuto del ejercicio profesional, como hemos visto (38).

2.2. EN LOS DESPACHOS DE ABOGADOS: REGULACIÓN EN EL EGAE

Vimos, al principio, que el vigente EGAE regula las sociedades uniprofesionales externas de abogados, o despachos colectivos, en su artículo 28. En cuanto a su composición subjetiva, y pese a que se han planteado algunas dudas interpretativas, cabe concluir que si el despacho colectivo está «integrado exclusivamente por abogados en ejercicio», su objeto es el «ejercicio profesional de la abogacía», y «Los abogados podrán ejercer la abogacía colectivamente mediante su agrupación», el EGAE ha configurado a los despachos colectivos como sociedades formadas por abogados colegiados como ejercientes que, efectivamente, ejercen su profesión en su seno; todos los socios cooperan al desenvolvimiento del objeto social mediante prestaciones profesionales, sin que existan socios exclusivamente capitalistas, sean o no abogados en ejercicio. Se trata, por tanto, de sociedades profesionales de abogados para al ejercicio de la Abogacía por sus miembros que pueden adoptar «cualquiera de las formas lícitas en derecho, incluidas las sociedades mercantiles» (28.1 EGAE), pero con las excepciones que se derivan de la vinculación que el EGAE establece entre la condición de socio y la de abogado que ejerce en su seno (39).

(38) CAMPINS, *Sociedad civil...*, cit., pág. 183.

(39) Así, no pueden utilizar: 1) El tipo de sociedad comanditaria simple, que exige la presencia de al menos un socio exclusivamente capitalista (socio comanditario); 2) El de sociedad comanditaria por acciones o de sociedad anónima con acciones al portador, pues al quedar vinculada la condición de socio a la de abogado que efectivamente ejerce en el despacho colectivo las acciones habrán de llevar prestaciones accesorias que articulen jurídicamente la prestación de actividad profesional, las cuales imponen la nominatividad de las acciones a las que van aparejadas; además, «La forma de agrupación deberá permitir en todo momento la identificación de sus integrantes», según dispone el artícu-

La ausencia de socios netamente capitalistas reduce los problemas que en relación con la administración de las sociedades profesionales se han planteado, si bien, quedan dos por resolver:

1. En primer lugar, si la administración del despacho colectivo puede corresponder a terceros cuando adopta un tipo social capitalista. Y, de ser afirmativa la respuesta, qué cautelas ha adoptado el EGAE (40).

Pues bien, el EGAE, como ya hiciera la norma 2.^a-2 de las NOAPA (41), ha optado por acoger la solución, antes descrita, de vincular la condición de administrador a la de socio, excluyendo la administración por tercero. Así lo establece su artículo 28.2 cuando dice que: «*Tanto el capital como los derechos políticos y económicos habrán de estar atribuidos únicamente a los abogados que integren el despacho colectivo*», que, más allá de confirmar que el despacho colectivo está formado sólo por abogados, deja claro que cualquiera que sea el tipo social elegido la administración corresponde a sus socios, por lo que así deberá establecerse en los estatutos sociales (42).

lo 28.3 EGAE (y 34.b del anterior EGA), lo que también obliga a la nominatividad; ni 3) La cooperativa de trabajo asociado con socios colaboradores, que son meramente capitalistas.

(40) Se prescinde en este momento del debate acerca de si el EGAE tiene o no competencia para regular la composición subjetiva de los despachos colectivos y su administración, pues, en cualquier caso, los abogados, precisamente por su condición de profesionales integrantes de una organización corporativa, deben someterse a las prescripciones que impone el EGAE, y adaptar a ellas el régimen jurídico del tipo social elegido: «cualquier otra interpretación sería una llamada a la rebeldía contra el sistema establecido», ALBIEZ, *La sociedad de abogados...*, cit., pág. 1834.

(41) Normas de Ordenación de la Actividad Profesional de los Abogados, aprobadas por el Consejo General de la Abogacía Española el 18 de junio de 1999.

(42) Esta es la solución adoptada: 1) En Francia, en la Ley núm. 66-879, de 29 de noviembre de 1966, relativa a las sociedades civiles profesionales, y en la Ley núm. 90-1258, de 31 de diciembre de 1990, sobre el ejercicio en forma de sociedad de ejercicio liberal de profesiones liberales, cuyo artículo 12 establece que los gerentes, el presidente y los dirigentes de la sociedad por acciones simplificada, el presidente del consejo de administración, los miembros del directorio, el presidente del consejo de vigilancia y los directores generales, así como los dos tercios, al menos, del consejo de administración o del consejo de vigilancia, deben ser socios que ejerzan su profesión en el seno de la sociedad. Igualmente, la dirección y gestión de las «sociedades de participaciones financieras de profesionales liberales» se reserva a los socios que ejerzan la misma profesión o profesiones que las sociedades participadas; 2) En Alemania, la Ley de 31 de agosto de 1998, sobre sociedades de responsabilidad limitada de abogados, reserva la administración a los socios, si bien, la mayoría han de ostentarla los socios abogados, correspondiendo el resto a los otros socios no abogados (que han de serlo de algunas de las profesiones admitidas, pese a que la sociedad tiene por objeto el ejercicio de la Abogacía exclusivamente); y 3) En Italia, el artículo 23 del Decreto Legislativo núm. 96, de 2 de febrero de 2001, de transposición de la Directiva 98/5/CE, que ha creado la sociedad entre abogados, señala que la administración (y la representación, por mor del art. 2.298, que remite al 2.266, Código Civil italiano) corresponde necesariamente a los socios; socios administradores que, salvo pacto en contrario, pueden realizar actos de administración de manera

En el ámbito de la Abogacía suele hablarse de director del despacho colectivo para referirse a lo que técnicamente es un administrador de una sociedad profesional, o a lo que podría ser «un órgano específico de dirección técnica». Director que ostenta una serie de facultades, pero que no está revestido de un poder capaz de dejar sin contenido los principios de libertad y de independencia profesionales, que son derechos individuales de los abogados miembros del despacho. Por ello es conveniente que en los estatutos se delimiten las facultades y el ámbito de actuación de ese director, así como los aspectos que deben ser tratados por el colectivo de abogados.

Dependiendo de las dimensiones del despacho puede haber una distribución de funciones en su interior, de forma que junto a los abogados actuantes y al director haya abogados de correspondencia, de relaciones con los clientes, de tramitación de expedientes, etc., pero siempre que se respete el principio básico del EGAE, cual es que todos los miembros han de ser abogados colegiados como ejercientes que efectivamente ejerzan la Abogacía en su seno, lo que, no obstante, ha de entenderse en sentido amplio, incluyendo todas aquellas actividades que son parte de ese ejercicio profesional. Ahora bien, lo que no es posible es que un abogado se dedique exclusivamente a llevar la administración del despacho sin aportar su ejercicio profesional (43), por más que se defienda que la gestión debe estar basada en criterios de eficiencia y que los despachos (y en general las sociedades profesionales) actúan cada vez más como verdaderas empresas (44).

Por su parte, y conforme al CAC, las sociedades profesionales de abogados pueden tener por objeto el ejercicio de la Abogacía únicamente o el de ésta y otra profesión que no haya sido declarada incompatible (45), y estar

separada a los demás. La memoria explicativa justifica que: «tal solución responde a exigencias de responsabilizar a los socios en la gestión social y de excluir de la compañía a personas extrañas a la profesión y a cualquier tercero que podría utilizar informaciones de las que tiene conocimiento por razón del cargo, con perjuicio para la sociedad y los terceros, sean éstos clientes o acreedores».

(43) No opina así ALBIEZ, *La sociedad de abogados...*, cit., pág. 1833, para quien «De acuerdo con el artículo 28.1, los socios han de ser necesariamente abogados en ejercicio, lo cual no quiere decir que todos los socios tengan que actuar profesionalmente. Puede haber socios que sólo actúen como gestores de la sociedad. Otros, por el contrario, actuarán como apoderados o mandatarios de la sociedad».

(44) Sobre la importancia de una buena gestión en los despachos, vid., MOR, J., MORENO, J. & MEYERHOFF, J., «Cómo mejorar los beneficios y el valor del despacho», en *Economis & Iuris*, núm. 79, 2004, pág. 79 y sigs.; AMADO, J. & MOLES, G., «Los secretos de un maestro en la gestión de despachos», en *Iuris*, núm. 63, 2002, pág. 70 y sigs., y «El ejercicio de la gerencia en el despacho de abogados», en *Iuris*, pág. 67 y sigs.

(45) Dicen los artículos 61 y 65.1 que: «*Las sociedades profesionales de abogados tendrán por objeto social el ejercicio de la abogacía, bien exclusivamente, bien junto con el ejercicio de otra profesión*», y el artículo 65.2 que: «*Asimismo, no podrán tener por objeto el ejercicio conjunto de diversas profesiones cuando se haya establecido legalmente su incompatibilidad*».

formadas sólo por abogados o por éstos y otros profesionales (también cuando el objeto es uniprofesional) (46), y en ambos casos con o sin socios meramente capitalistas, respecto de los que no establece ninguna condición, a salvo que su participación ha de ser minoritaria. Efectivamente, cuando la sociedad tiene por objeto el ejercicio exclusivo de la Abogacía, el CAC reserva el control de la sociedad a los socios abogados ejercientes, quienes van a ostentar la mayoría de los miembros del órgano de administración; y cuando el objeto es plural, el control va a corresponder a los socios profesionales ejercientes, quienes van a ostentar la mayoría del órgano de administración, si bien, los abogados van a controlar las decisiones que afecten a la Abogacía (47).

2. El segundo problema pendiente está relacionado con el respeto que los administradores del despacho deben al resto de miembros, titulares individuales de la libertad e independencia profesionales, esto es, con la tensión que en toda sociedad se produce entre el interés colectivo del grupo y los individuales de los socios, en este caso de carácter profesional.

Pues bien, el anterior EGA guardó silencio al respecto. El Anteproyecto del actual EGAE (AEGAE en adelante) optó por referirse de forma expresa a la libertad e independencia profesionales en relación con el ejercicio colectivo de la Abogacía en su artículo 33.d), que posteriormente recogió la norma 2.^a-5 NOAPA, y luego el vigente EGAE, cuyo artículo 28.5 indica que *«Los abogados miembros de un despacho colectivo tendrán plena libertad para aceptar o rechazar cualquier cliente o asunto del despacho, así como plena independencia para dirigir la defensa de los intereses que tengan encomendados»* (48), lo que supone, de un lado, que se reconoce la libertad de

(46) A la composición se refiere el artículo 64.1, según el cual: *«Los abogados podrán ejercer la abogacía colectivamente asociándose entre ellos o con otros profesionales mediante la constitución de sociedades profesionales de abogados, con los límites y condiciones establecidos en el presente Código y la normativa aplicable»*.

(47) Dice el artículo 67 que: *«1. La mayoría del capital social y de los derechos de voto de las sociedades profesionales de abogados tendrán que pertenecer a abogados en ejercicio. También tendrán que ser abogados en ejercicio la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad. 2. Cuando la sociedad tenga por objeto social, además del ejercicio de la abogacía, el ejercicio de otra actividad profesional, la mayoría del capital social y de los derechos de voto tendrán que pertenecer a personas habilitadas para ejercer las profesiones que integren el objeto social. También deberán ser personas habilitadas la mayoría de los miembros del órgano de administración. No obstante, las decisiones de la sociedad referidas al ejercicio de la abogacía requerirán siempre la aprobación, por mayoría, de los socios que sean abogados en ejercicio o, en caso de que la competencia para adoptar la decisión corresponda al órgano de administración, de los miembros de este órgano que sean abogados en ejercicio»*.

(48) DE ANGULO, *Los despachos colectivos...*, cit., pág. 343, afirma que «no sólo por consideración a su libertad de conciencia, sino por apreciaciones sobre la viabilidad de su planteamiento, cualquier miembro del despacho colectivo podrá rechazar un cliente o un asunto, sin que las normas de funcionamiento puedan obligar a asumirlo. De ese modo,

cada abogado de no hacerse cargo de un asunto ya aceptado por los administradores (o director), y de otro, que ni siquiera el director, o el resto de miembros, puede imponer al abogado actuante unos determinados criterios de actuación. Y esto, a pesar de que se va asentando la idea de que cuando los despachos colectivos funcionan con auténticas estructuras organizativas (como empresas) el criterio de eficiencia debe situarse por encima de la independencia del abogado (49).

Por último, y pese a que corresponde al Colegio de Abogados proteger las prerrogativas de libertad e independencia profesionales de los abogados que ejercen en un despacho colectivo, el vigente EGAE no ha establecido, a diferencia del anterior EGA (art. 34.b), la norma 2.^a-2 NOAPA, y el artículo 33.b) AEGA, que al tiempo de la inscripción de los despachos colectivos en el correspondiente Registro corporativo se hayan de inscribir también las normas de funcionamiento. El artículo 28.3 del EGAE indica que únicamente habrá de registrarse la «*composición y las altas y bajas que se produzcan*». Efectivamente, las normas de funcionamiento interno del despacho de abogados no tienen por qué ser objeto de inscripción colegial, sin perjuicio de que de resultar vulneradas dichas prerrogativas profesionales, o las exigencias que derivadas del compañerismo deben presidir las relaciones profesionales entre abogados, los afectados puedan, y deban, solicitar amparo de su Colegio (50).

3. LA PARTICIPACIÓN EN LOS RESULTADOS SOCIALES

3.1. EN LA SOCIEDAD PROFESIONAL

En este momento nos vamos a ocupar del derecho a participar en los resultados sociales del profesional que ejerce su profesión en una sociedad profesional. Derecho que adquiere una especial relevancia en este tipo de sociedad, en la que el profesional se integra con la intención de obtener unos beneficios que le permitan hacer frente a sus necesidades económicas cotidianas. Por lo que ha de estar prevista una remuneración periódica para los socios profesionales, que procederá de las ganancias obtenidas por la sociedad, de forma que la distribución del resultado tiene lugar periódicamente durante la vida social, mientras que la del capital lo es en la fase de liquidación (51).

el miembro de un despacho colectivo puede mantener la libertad de aceptar o rechazar los asuntos en que se solicite su intervención, sin ni siquiera expresar los motivos de su decisión».

(49) Como defiende ALBIEZ, *La sociedad...*, cit., págs. 1836-1837.

(50) DE ANGULO, *Los despachos colectivos...*, cit., pág. 342.

(51) PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1435; CAPILLA, *Sociedad civil...*, cit., pág. 194.

Los ingresos sociales están constituidos básicamente por los honorarios que los clientes pagan como contraprestación por los servicios profesionales recibidos de la sociedad con la que han contratado y que habrán ejecutado sus socios profesionales, al menos en su mayoría (52).

El carácter eminentemente personal de la actividad profesional llevó a considerar que los honorarios no podían participar de la naturaleza de ingresos sociales, quedando, por tanto, fuera de la caja común de la sociedad. Sin embargo, hay que tener en cuenta que para el Derecho societario en cuanto que la sociedad profesional tiene personalidad jurídica, la relación de servicios la entabla el cliente con la sociedad, que se valdrá de sus socios profesionales para ejecutar los servicios profesionales encomendados. Del contrato celebrado surge una obligación a cargo del cliente de pagar una contraprestación por los servicios profesionales contratados, denominada honorarios profesionales, y el correlativo crédito, del que es titular, no el profesional que los ejecuta, sino la sociedad. Para la sociedad los honorarios son ingresos sociales sometidos a las reglas del contrato de sociedad. Y esto no colisiona con el carácter personal de los honorarios, ni desde el punto de vista del socio profesional que ejecuta el encargo, que desde el momento en que decide ejercer colectivamente su profesión renuncia a sus honorarios en beneficio de la sociedad, ni desde el cliente, que al dirigirse a una sociedad profesional deposita su confianza en el grupo profesional como tal y acepta las consecuencias inherentes al ejercicio en común de la profesión (53).

3.1.1. Régimen legal de participación

En espera de lo que pueda establecer una reclamada Ley de Sociedades Profesionales, la participación de los socios en los resultados de una sociedad profesional depende del tipo social que haya adoptado. Si elige la forma de SA o de sociedad comanditaria por acciones no puede sustraerse al régimen de distribución de beneficios previsto en la LSA. En los demás casos, el régimen legal sólo se aplica en defecto de regulación prevista por las partes en los estatutos:

(52) No habrá sociedad profesional si la mayor parte de los servicios profesionales que la sociedad ofrece al público son realizados, no por sus socios profesionales, sino por profesionales vinculados a la sociedad por una relación distinta de la societaria, que tendrá su origen en un contrato civil (de arrendamiento de servicios, normalmente), mercantil (profesional), o laboral, pues, en tal caso, el objeto social se habrá desplazado desde el ejercicio en común de la actividad profesional, propio de la sociedad profesional, al de su mera organización y explotación, típico de las sociedades de producción de servicios profesionales, vid., ORTEGA REINOSO, «El abogado y las sociedades de servicios jurídicos», en *RCDI*, núm. 688, 2005, págs. 539-557.

(53) GUYÓN, *Sociétés civiles...*, cit., pág. 9.

1. Si el tipo elegido es capitalista hay, por tanto, que distinguir: Si es de SA o de sociedad comanditaria por acciones (sujeta según el art. 152 del Código de Comercio a la LSA), se aplica el régimen de distribución de resultados previsto en la LSA, que es «*en proporción al capital que hayan desembolsado*» (art. 215.1 LSA), y si es de SRL, regirá lo dispuesto por las partes en los estatutos sociales, pero, en su defecto, «*la distribución de dividendos a los socios se realizará en proporción a su participación en el capital social*» (art. 85 LSRL).

Ahora bien, en los tipos capitalistas la contribución de actividad profesional por el socio profesional a la sociedad se articula a través de prestaciones accesorias que los estatutos pueden establecer que sean remuneradas (arts. 9.1 LSA y 22 LSRL) alterando, así, el principio general de atribución y ejercicio de los derechos y facultades en proporción al capital (54), y que normalmente harán cuando la actividad profesional de los socios sea desigual en cantidad y calidad, y que entre las distintas modalidades de remuneración los estatutos dispongan que sea con cargo a beneficios (55), debiendo tenerse en cuenta que en las SRL la cuantía máxima de retribución de las prestaciones accesorias «*no podrá exceder en ningún caso del valor que le corresponda a la prestación*» (art. 23 LSRL), que hay que entender referido al valor de mercado de los servicios prestados por el socio profesional. La razón de esa prohibición es impedir que por esta vía se efectúe un reparto encubierto de beneficios, y su dificult-

(54) SECO CARO, E., «Desigualdad de las participaciones sociales en la Ley de 1995», en *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, pág. 3309, señala que: «Asumir alguna prestación accesorias puede ser el modo de obtener de la sociedad una contraprestación económica que puede ser importante para quien es su titular».

(55) PÉREZ DE LA CRUZ, A., «Fundación de la sociedad de responsabilidad limitada», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho Mercantil*, vol. I, Barcelona, 2000, págs. 395-396, indica que «cuando se trata de prestación retribuida, la LSRL ha soslayado de manera censurable el pronunciarse sobre la naturaleza de la retribución, concretamente si se ha de efectuar con cargo a beneficios o si el derecho del socio a percibir la remuneración convenida nace independientemente de los resultados prósperos o adversos de la gestión social. En el imperio de la anterior legislación (LSRL de 17-7-53), la propia norma que las establecía aludía, de manera expresa, a que la compensación se efectuaría «con cargo a beneficios»; pero esta alusión ha sido eliminada del texto vigente. Aún entonces, no faltaron voces discrepantes que patrocinaban la obligación por parte de la sociedad de atender al socio que realiza la prestación aun cuando no hubiera beneficios. Nosotros, en cambio, entendíamos —y seguimos entendiendo— que si esto es así, la prestación deja de tener el carácter de accesorias y la naturaleza de auténtica prestación social, para convertirse en remuneración ordinaria derivada de contrato bilateral sinalagmático entre el que realice la prestación y la sociedad que la remunera con independencia de que aquél tenga la condición de socio. Para que la prestación accesorias sea prestación social es preciso que tenga el requisito o atributo consustancial a los de esta naturaleza: puesta en común de dinero, bienes o industria «con ánimo de repartir las ganancias». No es posible, por tanto, desligar la remuneración de las prestaciones sociales (ya sea la principal aportación, como la accesorias) de su correlación con los beneficios, sino a riesgo de desvirtuar la naturaleza de aquéllas. Pero no parece que el legislador quiera entenderlo así».

tad el determinar cuál es el valor de la prestación, lo que acrece en sede de sociedades profesionales, dado que no existe un valor de mercado preciso respecto de los servicios de las profesiones liberales. Esto podría aconsejar la valoración por un experto independiente, pero no habiéndolo impuesto la LSRL ni siquiera para las aportaciones no dinerarias, el Registrador no podrá denegar la inscripción por falta de criterios de valoración. Por lo que, pese al carácter imperativo de la norma, la prohibición queda privada de eficacia: tratándose de servicios profesionales cualquier remuneración podrá justificarse como adecuada al valor de mercado de la prestación (56).

2. Si la sociedad profesional adopta un tipo personalista, la fijación del contenido de la cuota de participación de cada socio en los resultados sociales se rige por el principio de autonomía de la voluntad de las partes (arts. 1689.1 del Código Civil y 140 del Código de Comercio). Los socios son libres de establecer la forma de reparto que estimen más conveniente (57), pero respetando las dos prohibiciones legales específicas en esta materia: los pactos leoninos (arts. 1.691 del Código Civil y 141 del Código de Comercio) y que su determinación se confíe a uno de los socios (art. 1.690 del Código Civil). Y ante la posibilidad de que las partes únicamente acuerden la participación en las ganancias, el legislador establece que la participación en las pérdidas será igual que la pactada para aquéllas (art. 1.689 del Código Civil).

Se prohíbe el pacto que excluya a los socios de los resultados sociales (58), pero no su limitación, que por tanto debe entenderse admitida. La consecuencia es que los socios pueden utilizar distinto criterio respecto del reparto de las ganancias y de las pérdidas, siempre que se respete la anterior prohibición de excluir a alguno de la parte que le corresponda en unas u otras, a salvo los socios de industria, que pueden ser eximidos de toda participación en las pérdidas (arts. 1.691 del Código Civil y 141 del Código de Comercio) (59). La

(56) ARANGUREN URRIZA, E. J., «Prestaciones accesorias», EN GARRIDO DE PALMA (dir.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, I, Madrid, 1996, pág. 591, señala que la norma «ha abdicado de un control efectivo de la cuantía de la retribución en prestaciones accesorias».

(57) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad...*, cit., pág. 181 y sigs.

(58) Para Díez-PICAZO, «Los pactos leoninos en el contrato de sociedad», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor De Castro*, vol. I, Madrid, 1976, pág. 581, «serán nulos aquellos pactos en que se otorgue el beneficio de la exoneración de pérdidas sin que los demás que realizan la atribución reciban nada a cambio. En cambio, existe una causa onerosa y lícita, siempre que en reciprocidad del pacto de exoneración de pérdidas los demás socios queden de algún modo compensados»; PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1447, indica que la cláusula leonina no es reprobada por el ordenamiento por su contenido injusto, sino por ser impuesta injustamente por una de las partes a la otra que, dada su situación de necesidad y por tanto su impotencia para rechazarla, sólo la consiente formalmente.

(59) Como dice PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., 1446, siempre que hay obligación de aportar hay ya participación en las pérdidas, pues el riesgo de perder la aportación es ya participación en las pérdidas.

limitación de unos y la exclusión de otros se califican como pactos parasociales carentes de proyección externa, y por tanto sin incidencia alguna en el régimen legal de responsabilidad, por lo que frente a los acreedores todos los socios (salvo los comanditarios) responden personal e ilimitadamente de las deudas sociales (60).

En defecto de pacto entra en juego la regulación que con carácter supletorio establece el legislador, que distingue según se hayan realizado aportaciones de capital o de industria:

- a) Si las aportaciones son de capital, la participación en los resultados será proporcional al valor de lo aportado (arts. 1.689 del Código Civil y 140 del Código de Comercio). Esto conlleva el problema práctico de valorar las aportaciones porque, si bien es cierto que la no exigencia de la constancia oficial de la cifra del capital social en las sociedades personalistas disminuye la importancia de la distinción entre aportaciones dinerarias y no dinerarias, la valoración de las segundas sigue siendo necesaria para poder aplicar el criterio legal de la proporcionalidad con lo aportado. Si los socios han realizado la valoración o establecido las bases habrá que respetar lo acordado. En su defecto, o si surgen discrepancias en torno al valor, habrá que proceder a la designación de peritos (aplicando analógicamente el art. 172 del Código de Comercio) (61).
- b) Si las aportaciones son de industria, la regla, a falta de previsión contractual, es la de la igualdad, al equipararse la cuota del socio industrial a la del socio capitalista que menos haya aportado (arts. 1.689 del Código Civil y 140 del Código de Comercio), lo que plantea algunas dudas cuando:
 - b.1) Concurren socios capitalistas con socios de industria;
 - b.2) Todos los socios son de industria; y
 - b.3) El socio de industria lo es también de capital:

- b.1) Cuando concurren socios capitalistas con socios de industria, el criterio legal es el de la igualdad del socio industrial con el capitalista de menor aportación (arts. 1.689 del Código Civil y 140 del Código de Comercio). Este criterio ha sido criticado por estimarse que se incurre en una infravaloración de las apor-

(60) La exclusión del socio industrial en las pérdidas y la limitación de cualquier socio en los resultados sociales afecta únicamente a las relaciones internas entre los socios, pero no frente a terceros. Uno y otros responden de las deudas sociales según el régimen de responsabilidad propio del tipo social adoptado, sin perjuicio de que el que paga puede repetir con posterioridad frente a sus compañeros para que le compensen. GIRÓN, *Derecho de sociedades...*, cit., pág. 521, n. 13; VÉRGEZ, *El socio industrial*, cit., pág. 110 y sigs.; PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1446; CAPILLA, *La sociedad civil*, cit., pág. 328.

(61) CAPILLA, *Comentario...*, cit., pág. 379.

taciones de trabajo frente a las de capital (62), lo que resulta especialmente relevante en las sociedades profesionales, en las que la aportación de industria constituye el valor fundamental de la sociedad para el efectivo desarrollo de su objeto social. La necesidad de superar esta situación legal no satisfactoria exige atender al equilibrio de intereses que confluyen en el contrato de sociedad, dentro del cual la prestación de trabajo constituye una colaboración económica al fin social, incluso de mayor importancia que las demás aportaciones sociales. Los autores han propuesto algunas soluciones para superar la arbitrariedad a que conduce la interpretación literal de la norma, cuya aplicación sólo estaría justificada si la remuneración media que los profesionales hubiesen podido obtener por realizar iguales servicios al margen de la sociedad se correspondiera con la asignada al socio capitalista de menor aportación, en cuyo caso la aplicación del criterio legal de la igualdad dejaría de ser arbitraria (63). Las soluciones propuestas han sido: dejar la distribución de ganancias al arbitrio judicial y estimar que la norma que establece el criterio de igualdad es de derecho dispositivo.

- Una solución es dejar la distribución de ganancias al arbitrio judicial. Es el sistema previsto en el Código Civil italiano, pese a estar reconocido que en materia contractual ante la imposibilidad de reconstruir el consentimiento contractual respecto de un aspecto esencial del contrato, como es la distribución de resultados, no cabe su sustitución por el Juez, sino su declaración de nulidad, que abre el proceso de liquidación, que a su vez reclama un criterio de reparto de resultados. Conforme a este planteamiento, será el Juez el encargado de fijar en equidad la participación de los socios en los resultados sociales (64), sin perjuicio de que si

(62) GIRÓN, *Derecho de Sociedades*, cit., pág. 493; PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., 1439-1440; GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, T. I, vol. 1, Madrid, 1947, pág. 524; VÉRGEZ, *El socio industrial*, cit., págs. 153-155; CAPILLA, *Comentario...*, cit., págs. 383-384.

(63) CAMPINS, *La sociedad profesional*, cit., págs. 264-265.

(64) Es el sistema previsto en el artículo 2263.2.º del Código Civil italiano. Algunos autores italianos consideran que el Juez debe fijar la parte correspondiente al socio trabajador atendiendo al principio en el que se inspira la disciplina del contrato de sociedad, que es el de la proporcionalidad, DI SABATO, *Capitali e responsabilità interna nelle società di persone*, Napoli, 1967, pág. 272 y sigs.; GALGANO, «Società in genere. Società di persone», en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, XXVIII, dir. CICU, A. & MESSINEO, F., Milán, 1982, págs. 276-277 (aunque en una obra anterior, *Il contratto di società. Le*

algún socio no está de acuerdo puede instar la disolución de la sociedad, pero entendiéndose que si no lo hace la regla fijada vale para el futuro (65). Esta solución, pese a resultar apropiada en determinados casos, como cuando la sociedad está compuesta por dos socios, uno de capital y otro profesional, o por uno de capital y el resto profesionales, no es posible en nuestro Ordenamiento sin una expresa modificación legislativa del artículo 1.689 del Código Civil (66).

- Otra solución consiste (67) en estimar que la norma que establece el criterio de igualdad no es más que una norma interpretativa material, y por tanto de derecho dispositivo, que cede frente a cualquier circunstancia derivada del contrato social que se revele incompatible con ella, como ocurre si la regla aplicable parece que no se ajusta a las expectativas normativas de las partes, lo que obliga a volver al contrato para ver si hay datos que permitan inducir la regulación que probablemente habrían acordado los profesionales al constituir la sociedad profesional, resultando, conforme a una interpretación integradora, que en las sociedades profesionales existe una voluntad de valorar por sí misma —y no por referencia a módulos capitalistas— la aportación realizada por el socio profesional, en la que se incluye no sólo el dato objetivo del trabajo realizado en la sociedad, sino también aspectos subjetivos como la cualificación profesional, la dedicación, la capacidad para atraer clientela, etc. (68).

- b.2) Cuando todos los socios son de industria, y ante el silencio del Código Civil, parte de la Doctrina entiende que también se aplica el criterio de la igualdad, que considera, además, el más justo (69). Sin embargo, y en concordancia con lo argumenta-

società di persone, Bolonia, 1980, págs. 96-97, estimó que el Juez también puede establecer criterios distintos al de la proporcionalidad); FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1946, pág. 289; en nuestra Doctrina, vid., VÉRGEZ, *El socio industrial*, cit., pág. 155; en contra de la necesidad de acudir a los Tribunales, GIRÓN, *Derecho de Sociedades*, cit., pág. 493; CAPILLA, *Comentario...*, cit., págs. 383-384; y sobre el arbitrio judicial y las soluciones dadas en el Derecho Comparado, GARRIGUES, *Tratado...*, cit., págs. 532 y sigs.

(65) PAZ-ARES, *Curso...*, cit., pág. 615.

(66) CAPILLA, *Comentario...*, cit., pág. 384; MORENO-LUQUE, *Sociedades profesionales*, cit., pág. 110.

(67) PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1440.

(68) MORENO-LUQUE, *Sociedades profesionales...*, cit., pág. 109.

(69) GARRIGUES, *Tratado...*, cit., pág. 535.

do anteriormente, parece más conveniente aplicar el criterio de la proporcionalidad, pese a que obliga a valorar la aportación de industria de cada socio (70). Sólo cuando las aportaciones efectuadas no presenten diferencias (por cantidad ni calidad), o sea, imposible valorarlas diferentemente, deberá presumirse la igualdad (71).

- b.3) Finalmente, la aportación mixta de capital y de trabajo por un mismo socio ha sido prevista en el artículo 1.689 del Código Civil, que establece que si el socio industrial «*además de su industria hubiera aportado su capital, recibirá también la parte proporcional que por él le corresponda*». Esto significa que, en defecto de pacto (el precepto empezaba «*A falta de pacto...*»), el socio que se encuentra en tal situación tiene derecho a participar por su doble condición de socio capitalista e industrial. Si este socio mixto es el de menor aportación de capital, surge la duda de si para determinar su participación como socio industrial se ha de tomar como referencia su propia aportación como capitalista o la del socio exclusivamente capitalista de menor aportación (72). La falta de solución en el artículo 1.689 del Código Civil ha llevado a un sector doctrinal a afirmar que habrá que resolver el problema aplicando los criterios interpretativos de la voluntad de los contratantes (73), en tanto que otros consideran que la solución consiste en declarar la nulidad del contrato por indeterminación de sus condiciones esenciales (74).

En cualquier caso, el régimen legal supletorio previsto para las SRL y para las sociedades personalistas tiene poca trascendencia práctica cuando se trata de sociedades profesionales, porque lo habitual es que las partes disciplinen el régimen de participación en los resultados, ya que la principal

(70) PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1440; CAPILLA, *Comentario...*, cit., pág. 386; VÉRGEZ, *El socio industrial*, cit., pág. 156; MORENO-LUQUE, *Sociedades profesionales*, cit., pág. 110; GARCÍA PÉREZ, *El ejercicio en sociedad...*, cit., pág. 187; CAMPINS, *La sociedad profesional*, cit., pág. 266.

(71) CAPILLA, «Comentario a la sentencia del TS de 2 de diciembre de 1989», en *CCJC*, núm. 22, ref. 572, 1990, pág. 89; en contra de la aplicación de la presunción de igualdad de valor de las aportaciones, GARRIGUES, *Curso...*, cit., pág. 535; GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, pág. 348.

(72) A favor de la primera solución, BATTLE VÁZQUEZ, M., *Código Civil de Q. Mu-cius Scaevola*, XXV-2.º, Madrid, 1971, pág. 103; y de la segunda, GULLÓN, *Curso...*, cit., págs. 347-348.

(73) CAPILLA, *Comentario...*, cit., pág. 386.

(74) PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1440.

aportación de sus socios es la actividad profesional, que desarrollarán normalmente como único medio de vida, y porque en su defecto es poco probable que no se disponga de datos que permitan una interpretación integradora del contrato de sociedad profesional sobre este aspecto.

En esta última línea se mueve la PALSP, que concede plena libertad a las partes para regular la participación en los resultados sociales cualquiera que sea el tipo social utilizado, disponiendo que, en su defecto, será proporcional a la participación de cada socio en el capital social. Dice el artículo 9.1 que: «El contrato social determinará el régimen de participación de los socios en los resultados de la sociedad. A falta de disposición contractual, los beneficios se distribuirán y, en su caso, las pérdidas se imputarán en proporción a la participación de cada socio en el capital social». Pero esto, con una matización, cual es que las partes hayan reservado, también cualquiera que sea el tipo social, una parte de los beneficios para remunerar la productividad individual de los socios en las condiciones y requisitos que establece su apartado 2, que ahora veremos.

Por su parte, el artículo 9 de la Proposición de Ley de Regulación de Sociedades Civiles de Actividades entre Profesionales también admite que se pacte la forma de distribución de los beneficios sociales. Pero, en su defecto, establece la regla de la igualdad entre los socios, pese a que la regla general subsidiaria en nuestro Ordenamiento es la proporcionalidad (75). Y para nada alude a la remuneración de la actividad profesional aportada, ya que ni siquiera su artículo 5, relativo a las aportaciones sociales, se refiere a este tipo de aportación, haciéndolo únicamente a bienes, materiales o inmateriales, susceptibles de valoración económica que sean útiles a las «*actividades participadas*» (76).

(75) En igual sentido se manifiesta la Ley francesa de 1966, de sociedades civiles profesionales, cuyo artículo 14 establece que, en defecto de cláusula estatutaria, cada socio tiene derecho a la misma parte de beneficios (criterio de igualdad que se separa de la regla general de proporcionalidad, art. 1.844 del Código Civil francés). Y en cuanto a las cargas y deudas sociales, el artículo 15 dispone que los socios responden indefinida y solidariamente frente a terceros, como en toda sociedad civil, pero la contribución interna de cada socio a las deudas dependerá de lo que se haya establecido en los estatutos; vid., LAMBOLEY, *La société...*, cit., pág. 227 y sigs.; TERRE, *La révision de la loi...*, cit., pág. 2554.

(76) No obstante, a lo largo de su articulado, y, sobre todo, con motivo de regular la sucesión *mortis causa*, resulta evidente la consideración de la actividad profesional como objeto de aportación social al afirmar que únicamente podrán suceder al causante aquellos herederos que reúnan las condiciones profesionales propias de la actividad aportada al objeto social (art. 17.6).

3.1.2. Regulación estatutaria de la participación

3.1.2.1. Fórmulas de reparto

Se trata ahora de revisar las fórmulas de reparto de los resultados sociales que suelen adoptar las sociedades profesionales en las que concurren aportaciones de industria o prestaciones accesorias de carácter profesional y aportaciones de capital, sin olvidar que en la SA y comanditaria por acciones no cabe un modelo distinto del previsto en la LSA. En el resto de tipos sociales sí es posible una configuración distinta de la legal a través de los estatutos, que podrá consistir en un (77):

1. Reparto igualitario o por cabezas, conforme al cual todos los socios tienen la misma participación en los beneficios. Cuenta a su favor con la sencillez de su aplicación, y en contra que si las aportaciones de los socios no son equivalentes se lesionarán los derechos de algunos de ellos (78).

2. Reparto desigual, que en las sociedades profesionales puede presentar fundamentalmente dos variantes según se tenga en cuenta un único tipo de aportación o los dos: *a)* La distribución de los beneficios puede hacerse teniendo en cuenta un tipo de aportación solamente. Así, puede preverse contractualmente que los beneficios se repartan en proporción exclusivamente a la participación de cada socio en el capital social o, por el contrario, a la actividad profesional de cada uno; actividad que habrá que medir aplicando los criterios que a tal efecto se hayan previsto en los estatutos (antigüedad, productividad individual, etc.). Si bien, y como en el caso anterior, si las aportaciones de uno y otro tipo no son equivalentes económicamente, un reparto que tenga en cuenta sólo un tipo de aportación lesionará los intereses de algunos socios; y *b)* La distribución puede hacerse teniendo en cuenta ambos tipos de aportación. Para ello, del conjunto de los beneficios sociales se descuenta un porcentaje destinado a remunerar el capital, que se repartirá en proporción a la participación de cada socio en él, aplicando el resto a remunerar la actividad profesional, que habrá que medir aplicando los criterios que a tal efecto se hayan previsto en los estatutos. Será el sistema ideal cuando concurren ambos tipos de aportación y no sean equiparables económicamente (79).

(77) Vid., CAMPINS, *La sociedad profesional*, cit., págs. 267-270; Díez-PICAZO, *Los pactos leoninos...*, cit., págs. 575-576; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad*, cit., pág. 181 y sigs.

(78) Defendido por LAMBOLEY, *La société...*, cit., pág. 228.

(79) A su favor, MEZQUITA, *Las sociedades profesionales*, cit., pág. 411; LAMBOLEY, «Répartition des bénéfices», en *L'exercice en groupe des professions libérales*, Montpellier, 1974, págs. 33-42, quien propone que en la distribución de beneficios se separen los que corresponden al capital y al trabajo profesional. Los primeros se distribuirán en base

Se hace necesario, en consecuencia, determinar los criterios conforme a los que valorar la actividad profesional a efectos de su retribución.

3.1.2.2. Criterios para valorar la actividad profesional

Tres son los criterios más utilizados para valorar la actividad profesional de los socios a efectos de su retribución, que en los tipos personalistas puede ir o no ligada a la cuota de participación en beneficios, pues a salvo algunas limitaciones legales, rige la autonomía de la voluntad, y que en los tipos capitalistas puede hacerse mediante el reparto de beneficios o a través del cauce de la remuneración de las prestaciones accesorias (80):

1. **Retribución de la actividad profesional de los socios por igual.** Conforme a este criterio, todos los socios profesionales tienen por razón de su actividad profesional la misma participación en los beneficios. Tiene, como principal ventaja, que evita tener que medir la aportación individual de cada profesional a los resultados sociales, que resulta enormemente costosa (81), y como principal inconveniente, que genera conductas de «mínimo esfuerzo», sobre todo si el número de socios es elevado. En consecuencia, su utilización será útil cuando, existiendo dificultad para medir la aportación de trabajo de cada socio, resulte que son parecidas porque la formación y el capital humano sean equivalentes y quepa suponer que todos contribuirán de forma semejante a la producción de beneficios sociales.

2. **Retribución de la actividad profesional de los socios por antigüedad.** Significa que los socios profesionales que más tiempo llevan en la sociedad obtienen por su trabajo en la sociedad una mayor participación en los beneficios sociales que los socios profesionales más recientes. El sistema se organiza de la siguiente forma: durante el período inicial de actividad en la sociedad el profesional recibe una retribución inferior a su rendimiento marginal —y por ello inferior a la que obtendría si desarrollara igual actividad fuera de la sociedad—, pero que será superior a dicho rendimiento durante el período medio-final. Lo que se gana en la segunda etapa profesional no es sino la retribución

a un interés fijo o a un porcentaje variable en función de los beneficios o de alguna otra magnitud. Los segundos pueden ser distribuidos de manera uniforme o variable, en todo o en parte, y en este último caso en función de la productividad de cada socio. Asimismo indica la necesidad de prever la retribución del socio temporalmente inactivo por enfermedad, accidente, o a consecuencia de sanciones penales o administrativas; sobre la separación de beneficios, también MAZZOCCA, *Le società...*, cit., págs. 118-119.

(80) Seguimos a CAMPINS, *La sociedad profesional*, cit., págs. 270-289.

(81) Vid., ARRUÑADA, B., *Economía de la empresa: un enfoque contractual*, Barcelona, 1990, pág. 279; PUTTERMAN, *La naturaleza económica de la empresa*, Madrid, 1994, pág. 147; MILGROM, P. & ROBERTS, J., *Economía, Organización, y Gestión de Empresas*, Barcelona, 1993, pág. 243.

postpuesta o aplazada de sus inversiones previas, que sólo obtendrá si continúa siendo socio en esa última etapa. Si, por el contrario, abandona antes la sociedad, las inversiones realizadas no serán remuneradas (82). En la práctica se articula adscribiendo al profesional al tiempo de su ingreso en la sociedad a una «promoción» que va ascendiendo, también en remuneración, en virtud de la antigüedad, hasta alcanzar la posición de socio principal. Tiene, como principal ventaja, que también se elimina la necesidad de medir la aportación de cada socio profesional a los resultados sociales, consecuencia de automatizar la decisión de ascenso y de remuneración correspondiente, y como principal inconveniente, que al llevarse a cabo con anterioridad a que se produzcan los productos marginales de cada socio puede ocurrir que conocidos se generen comportamientos oportunistas, como el del socio más productivo que tras comprobar que pese a ello recibe igual remuneración que el resto reduce sus esfuerzos (*shirking*) o incluso abandona la sociedad como única forma de obtener íntegramente la renta correspondiente a su capital humano (83).

3. Retribución de la actividad profesional de los socios por su productividad individual (84), lo que obliga a determinar conforme a los indicadores que se hayan previsto la contribución relativa de cada profesional a la productividad de la sociedad, y a dividir los beneficios (o la parte destinada a remunerar la actividad profesional) de acuerdo con esa determinación. La principal ventaja es que se crean importantes incentivos para que los profesionales trabajen intentando maximizar los resultados de su actividad, y el mayor inconveniente es que se ha de medir la productividad individual de cada socio (85), lo que es especialmente gravoso en el ámbito de la actividad

(82) PAZ-ARES, *El sistema notarial. Una aproximación económica*, Madrid, 1995, págs. 115-116; ARRUNADA, *Análisis económico del Notariado*, Madrid, 1995, págs. 62 y 105.

(83) La solución pasa, frente a la posible reducción del nivel individual de esfuerzo, por completar este sistema basado en la antigüedad con un criterio de retribución variable en función de los resultados individuales de cada profesional —esta combinación constituye la línea básica del sistema de remuneración de los notarios, ARRUNADA, *Análisis...*, cit., pág. 37 y sigs.—, y frente al riesgo de abandono de los profesionales más eficientes, por la creación de un capital específico de la sociedad que únicamente revierta en los profesionales que sigan trabajando en ella, y que cuanto mayor sea, mayor será la pérdida del socio que abandone la sociedad, y por ello menor la tentación de hacerlo, lo que a su vez requiere asegurar relación con los clientes, que deberán sentirse clientes de la sociedad y no del profesional individual que les atiende —BECKER, G., *El capital humano*, Madrid, 1983, pág. 38 y sigs.

(84) JORDANA, C. & GARCÍA, J. A., «La retribución de los abogados: panorama actual y nuevas ideas», en *Economist & Iuris*, junio de 2004, pág. 75, señalan que «la retribución es una herramienta de gestión más, que debe ayudar a estimular a que los abogados alineen sus intereses con los del despacho, visualizando claramente que la mejora de la marca también implica la mejora de sus retribuciones y de su carrera profesional».

(85) Sobre las dificultades del sistema, vid., MILGROM & ROBERTS, *Economía, Organización...*, cit., pág. 454 y sigs.; ARRUNADA, *Economía...*, cit., págs. 262-264, 284-286.

profesional, donde resulta complicado detectar el incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del profesional (supervisar un caso jurídico implica prepararlo de nuevo por el supervisor), y además es frecuente que la actividad de un profesional esté vinculada a la de otros socios o factores que pueden no haberse previsto en el momento de regular el nivel y tipo de actividad exigible a cada profesional. Por lo que ligar la retribución al rendimiento individual puede conducir a resultados aleatorios, que, no obstante, deben minimizarse utilizando indicadores indirectos (por ejemplo, facturación, volumen de clientela captado, horas trabajadas, calidad del trabajo realizado, capital reputacional, etc.), si bien, la fijación del rendimiento individual nunca será exacta (86).

A este último criterio de productividad individual se refiere el artículo 9 PALSP, al señalar en su apartado 2 que: «Si los socios pretenden reservar una fracción del beneficio para su distribución por la junta o asamblea con arreglo a la contribución efectuada por cada uno de ellos a la buena marcha de la sociedad, el contrato social deberá determinar dicha fracción, especificar con suficiente objetividad los criterios generales de realización del reparto y establecer la mayoría necesaria para la adopción del correspondiente acuerdo, que nunca podrá ser inferior a la mayoría del capital y que, en todo caso, deberá contar con la mayoría de los derechos de voto de los socios profesionales», añadiendo el apartado 3 que: «Las previsiones contenidas en el apartado anterior serán asimismo de aplicación al reparto de aquella fracción del beneficio que eventualmente pueda reservarse en las sociedades de capital para la retribución de las prestaciones accesorias».

3.1.2.3. Límites a la autonomía de la voluntad de los socios

Habida cuenta las ventajas e inconvenientes serán los socios quienes elijan la forma que estimen más conveniente para retribuir la actividad profesional, dentro de los límites que constriñen la libertad contractual general y la societaria en particular. Los primeros no plantean especialidades en el ámbito de las sociedades profesionales. Respecto de los segundos hay que referirse a dos prohibiciones que afectan a todos los tipos sociales y a una específica de la SRL, ya analizada:

1. La prohibición de pactos leoninos, que consiste en excluir a uno o más socios de toda participación en las ganancias o en las pérdidas, con una

(86) GARCÍA MÁS, *Problemas y soluciones...*, cit., pág. 41, señala que la valoración de la aportación de trabajo «deberá hacerse en base al propio esfuerzo que realicen los profesionales y a su cualificación profesional, circunstancias estas que sólo podrán extraerse con claridad una vez en funcionamiento dicha sociedad».

única excepción, el socio de industria, que puede ser eximido de toda participación en las pérdidas (arts. 1.691 del Código Civil y 141 del Código de Comercio), no es más que una concreción en el contrato de sociedad de la prohibición de los pactos usurarios (art. 1.255 del Código Civil), que, por tanto, rige para todas las sociedades (87).

2. La prohibición de confiar al arbitrio de una parte la determinación de la participación de cada socio en los resultados sociales (art. 1690.2 del Código Civil, «*La designación de pérdidas y ganancias no puede ser encomendada a uno de los socios*») también es una concreción en el contrato de sociedad de lo previsto para todos los contratos en el artículo 1.256 del Código Civil, que prohíbe el arbitrio de una de las partes del contrato, pero sin alcanzar al arbitrio de un tercero, generalmente admitido (88).

En el contrato de sociedad, la prohibición del arbitrio de parte significa que carecen de validez las cláusulas estatutarias que atribuyen a la decisión de la mayoría de los socios la distribución de los beneficios sociales, ya que la mayoría no es sino una parte del contrato social (89). Conclusión que choca con la realidad de las sociedades profesionales, en las que lo normal es que se reserve una parte del beneficio para que sea distribuido por la asamblea de socios o Junta General entre los socios profesionales de conformidad con los criterios de remuneración de la actividad profesional que se hayan previsto (90).

El prohibido arbitrio de parte incluye tanto el mero arbitrio como el de equidad. Ahora bien, si la prohibición del mero arbitrio tiene justificación, a fin de no dejar a la libre voluntad de una de las partes la determinación, no ocurre lo mismo con el de equidad, en el que la voluntad no es libre sino limitada por la necesidad de sujetarse a las reglas de la equidad (91), lo que

(87) GIRÓN, *Derecho de Sociedades*, cit., pág. 201; Díez-PICAZO, *Los pactos leoninos...*, cit., págs. 569-575; PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., págs. 1443-1448; VICENT, *Introducción al Derecho Mercantil*, 2003, www.tirantonline.com, señala que: «mientras existan por lo menos dos socios, y aunque uno de ellos tenga la casi totalidad del capital social, los acuerdos sociales deberán respetar el «interés común de los socios» (art. 1666.1 del Código Civil), en base al «deber de fidelidad o de lealtad» entre socios, derivado del contrato. Ello supone la nulidad de toda cláusula contractual y de todo acuerdo «leonino», a juicio de los Tribunales, y no sólo la total exclusión de un socio en las ganancias o en las pérdidas (art. 1691.1 del Código Civil: «de toda parte»)».

(88) Díez-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957, págs. 100-101.

(89) PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1443.

(90) PAZ-ARES, *Curso...*, cit., pág. 759, indica que «con el propósito de facilitar la vinculación entre retribución y productividad, debe autorizarse expresamente la posibilidad de confiar a la Junta General de la sociedad profesional la posibilidad de determinar en cada ejercicio la participación en beneficios que corresponde a cada socio, todo ello sin perjuicio de adoptar las cautelas oportunas para conjurar el riesgo de abuso por parte de la mayoría».

(91) PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1441; CAPILLA, *Comentario...*, cit., pág. 390; GARCÍA VICENTE, J. R.; MARTÍN PÉREZ, J. A. & VAQUERO PINTO, M. J., «La determina-

lo asimila al arbitrio de tercero, también sometido a la equidad, pero que está admitido en nuestro Ordenamiento jurídico. Se concluye entonces que tratándose de arbitrio de equidad no debería haber problema para unificar el arbitrio de parte y el de tercero en la idea común de arbitrio en los negocios jurídicos, o arbitrio negocial, constituyendo pues dos especies del mismo género (92). Y es que, el arbitrio de parte en equidad está admitido en la realidad jurídica y en la práctica más generalizada, que remiten la determinación del contenido de la prestación o de otros elementos del negocio a una de las partes (93), como es el caso de los honorarios profesionales, que normalmente no se fijan al tiempo de celebrarse el contrato, quedando al arbitrio del profesional que presta el servicio, que debe cuantificarlos según las reglas de la equidad, atendiendo a las concretas circunstancias que concurran, sin perjuicio de que puedan ser impugnados por excesivos (94).

El arbitrio de parte ha sido recogido por la PALSP en su artículo 9.2, como hemos visto, al permitir a los estatutos reservar una fracción del beneficio para su distribución por la Junta o asamblea conforme a la productividad individual de cada socio profesional con dos cautelas: *a)* Los estatutos sociales deben fijar con suficiente objetividad los criterios de productividad conforme a los que la Junta habrá de decidir el reparto de manera equitativa, lo que impedirá que su decisión pueda invalidarse invocando el comentado artículo 1.690 del Código Civil; y *b)* Los estatutos deben determinar la mayoría necesaria para la adopción del correspondiente acuerdo, que nunca podrá ser inferior a la mayoría del capital social, y que en todo caso deberá contar con la mayoría de los derechos de voto de los socios profesionales. Ambos aspectos, unos criterios conforme a los que realizar el reparto y un acuerdo con tales mayorías, constituyen garantía suficiente en orden a proteger a las minorías frente a la arbitrariedad y el abuso en que podrían incurrir las mayorías (95).

ción de los honorarios profesionales (en particular el arbitrario)», en *DPC*, núm. 11, 1997, pág. 92, quienes afirman que «lo que repugna al ordenamiento no es el juego de la voluntad unilateral sino el de la voluntad inmotivada o de la pura potestatividad».

(92) Díez-PICAZO, *El arbitrio...*, cit., pág. 106.

(93) A esta idea responde la admisión en nuestro Ordenamiento Jurídico, salvo supuestos concretos, de la autocontratación, que consiste en delegar a favor de una de las partes la facultad de formular el contenido del contrato, sin perjuicio de la también posible reacción frente al eventual abuso que cometa el autocontratante; la tradición romanista venía admitiendo expresamente en numerosos textos la posibilidad de remisión al arbitrio de una de las partes, siempre y cuando ésta procediera de manera equitativa, Díez-PICAZO, *El arbitrio...*, cit., págs. 101-102.

(94) CALVO, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Madrid, 1998, págs. 219 y sigs., y 518 y sigs.; GARCÍA, MARTÍN & VAQUERO, *La determinación...*, cit., págs. 103 y sigs.; LUCAS FERNÁNDEZ, F., «El pago del precio en el arrendamiento de servicios profesionales», en *ADC*, 1983, págs. 1496 y sigs.

(95) CAMPINS, *Modelo...*, cit., pág. 151.

3.2. EN LOS DESPACHOS DE ABOGADOS: REGULACIÓN EN EL EGAE

Los ingresos sociales de un despacho de abogados están constituidos por los honorarios profesionales que los clientes pagan como contraprestación de los servicios jurídicos recibidos del despacho, que habrán ejecutado uno o varios socios, todos ellos abogados en ejercicio que ejercen la Abogacía en ese despacho.

A los honorarios como contraprestación se refiere el vigente EGAE en su artículo 44, que reconoce la libertad de las partes, sociedad y cliente, para su determinación, el carácter meramente orientativo y supletorio de los baremos de honorarios aprobados por los Colegios, y la prohibición de la *cuota litis* en sentido estricto. A su régimen como ingresos sociales dedica el EGAE el artículo 28.5, según el cual, «*Los honorarios corresponderán al colectivo sin perjuicio del régimen interno de distribución que establezcan las referidas normas*» (96).

Los honorarios se repartirán entre los abogados socios, según lo que éstos hayan dispuesto en las normas de funcionamiento del despacho, que, a su vez, habrán tenido que respetar lo establecido en este punto por el Derecho societario para el tipo social que el despacho haya adoptado. De forma que, como hemos visto, si el despacho adopta la forma de SA o de sociedad comanditaria por acciones, se aplica el régimen de distribución de beneficios previsto en la LSA, que sigue el criterio de la proporcionalidad con el capital desembolsado, con la alteración que supone que las acciones han de llevar aparejada como prestación accesoria el ejercicio de la Abogacía en el despacho en cuestión, dada la vinculación que el artículo 28.2 EGAE ha establecido entre la condición de socio de un despacho colectivo y la de abogado en ejercicio que efectivamente ejerce en su seno (denominada principio de identidad absoluta) (97), que será remunerada, pues los abogados desarrollan su actividad profesional en el despacho normalmente como medio de vida. A salvo queda la actividad correspondiente a la asistencia jurídica gratuita, que el abogado ejerce a título individual por mandato del artículo 28.4 EGAE; carácter extrasocial que, no obstante, puede no alcanzar a su retribución si así lo acuerdan los socios y lo solicitan del Colegio (98).

(96) De manera más amplia y clara en cuanto al reconocimiento de personalidad jurídica al despacho colectivo, el artículo 68.2 CAC indica que «*los derechos y obligaciones derivadas del ejercicio de la abogacía se imputarán a la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los abogados actuantes*».

(97) PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1405.

(98) Dice el artículo 28.4 EGAE que: «*Los abogados agrupados en un despacho colectivo no podrán tener despacho independiente del colectivo*», lo que se ha interpretado en el sentido de que el ejercicio de la Abogacía en un despacho colectivo implica que el abogado socio contribuye a la realización del objeto social con toda su actividad profesional. «*No obstante, las actuaciones correspondientes a la asistencia jurídica gratuita*

En el resto de tipos sociales posibles para los despachos de abogados, los socios son libres de establecer la forma y criterios de reparto que estimen más convenientes, respetando las prohibiciones legales habidas en esta materia, pero teniendo en cuenta que como consecuencia de dicha vinculación, si el tipo social elegido es alguno de los personalistas, todos los abogados han de ser socios de industria, sin perjuicio de que también lo sean de capital, y si lo es de sociedad de responsabilidad limitada, las participaciones sociales llevarán la antedicha prestación accesoria de carácter profesional remunerada.

4. OTROS ASPECTOS DE FUNCIONAMIENTO DE LOS DESPACHOS DE ABOGADOS

4.1. SUSTITUCIÓN Y VENIA INTERNA

La sustitución de un abogado miembro de un despacho colectivo por otro perteneciente al mismo en la ejecución de un asunto, a la que no se refirió el anterior EGA, planteó la duda de si era o no necesaria la solicitud y concesión de venia. El artículo 33 de ese texto legal prohibía a los abogados encargarse de la dirección de un asunto profesional encomendado anteriormente a otro compañero sin haber obtenido la venia como regla de consideración, en las condiciones que aquél preveía, y cuya ausencia se consideraba infracción disciplinaria.

Pese a que dicho EGA no aludió a la sustitución dentro de un despacho colectivo, la respuesta la ofrecía la propia naturaleza jurídica de éste, ya que configurado como una sociedad profesional externa, la relación de servicios se entabla entre el cliente y el despacho, por lo que la sustitución de un miembro por otro en la ejecución del asunto no supone una sustitución en su dirección, que sigue correspondiendo al despacho colectivo. En consecuencia, la venia interna resultaba improcedente, debiendo regirse la sustitución por lo acordado por las partes y dispuesto en las normas de funcionamiento del despacho.

El AEGA (art. 33.d) y la norma 2.^a-5 NOAPA quisieron poner fin a las dudas surgidas, y por ello declararon que: *«Las sustituciones que se produzcan se atenderán a las normas de funcionamiento del respectivo despacho, sin precisar la solicitud de venia»*. Precepto que se mantiene idéntico en el artículo 28.5 del vigente EGAE.

4.2. CONFLICTOS INTERNOS

Pese a que las normas de funcionamiento de los despachos colectivos deben inspirarse en los principios que rigen las relaciones entre abogados,

tendrán carácter personal, aunque podrá solicitarse del Colegio su facturación a nombre del despacho colectivo».

tales como fraternidad, lealtad, respeto recíproco, etc., que tanto el EGAE como el Código Deontológico definen como deberes de los abogados, al menos en sus relaciones profesionales, esto resulta insuficiente en orden a impedir los conflictos que se producen entre los miembros de un despacho colectivo o entre éstos y los abogados colaboradores.

La mayoría de los conflictos ha surgido con motivo de la distribución de honorarios y de la defunción o separación de algún miembro o liquidación del despacho en relación con los asuntos en curso, unido al deseo de mantener o atraer a ciertos clientes. Conflictos que desde la Abogacía se ha entendido que pueden ser adecuadamente resueltos por los Colegios de Abogados. Por eso, pero para no desnaturalizar el carácter voluntario del arbitraje, el AEGA (art. 33.g) recomendó que se sometieran al arbitraje colegial, lo que reiteró la norma 2.^a-5 NOAPA y el artículo 28.5 del vigente EGAE, según el cual, «*Para la mejor salvaguardia del secreto profesional y de las relaciones de compañerismo, las normas reguladoras del despacho colectivo podrán someter a arbitraje colegial las discrepancias que pudieran surgir entre sus miembros a causa del funcionamiento, separación o liquidación de dicho despacho*».

También la PALSP contempla una cláusula de arbitraje para resolver determinados conflictos que pueden surgir en el seno de las sociedades profesionales, aunque no precisa que se trate de un arbitraje colegial. Dice el artículo 16 que: «1. Las controversias derivadas del contrato de sociedad que surjan entre socios, entre socios y administradores y entre cualquiera de estos y la sociedad, incluidas las relativas a la separación, exclusión y determinación de la cuota de liquidación, podrán ser sometidas a arbitraje. 2. Las impugnaciones de acuerdos sociales para los que estén legitimadas personas distintas de socios y administradores no podrán ser objeto de arbitraje».

4.3. SECRETO PROFESIONAL

El secreto profesional se entiende hoy como un deber-derecho indispensable para que el abogado pueda defender los intereses que le son confiados desde la seguridad de que esa confianza tiene garantía de plena confidencialidad. Su protección es tradicional desde la perspectiva del ejercicio individual de la profesión, si bien, hoy en día su total contemplación requiere que también se haga desde el ejercicio colectivo de la profesión. En los despachos colectivos, el deber de guardar secreto profesional presenta dos aspectos (99):

1. Hacia el exterior del despacho colectivo. Significa que todos sus miembros en cuanto que abogados en ejercicio tienen una obligación legal, estatutaria y deontológica de guardar secreto, aunque no sean quienes materialmente ejecuten el asunto del cliente, que podrán invocar para oponer-

(99) DE ANGULO, *Los despachos colectivos...*, cit., pág. 349.

se a declarar sobre hechos relativos a la actividad profesional propia o del resto de abogados del despacho que hayan conocido en razón de este modo de ejercer la profesión (arts. 542.3 LOPJ y 5.1 CDAE). Por eso, la norma 2.^a-6 NOAPA declaró que «*se extenderá a todos los miembros del despacho colectivo el deber de secreto profesional*», lo que literalmente repite el artículo 28.6 del vigente EGAE (100).

2. Hacia el interior del despacho colectivo. Significa que el abogado encargado de la ejecución del asunto debe mantener la confidencialidad frente a los demás componentes del despacho si así lo solicita el cliente. Éste debe tener garantizada la faceta externa del secreto profesional, quedando a su arbitrio la interna. Será él quien decida si quiere extenderlo hacia el interior del despacho, aun cuando ello pueda privarle del beneficio de un mejor asesoramiento o defensa, consecuencia del esfuerzo colectivo de los abogados que lo integran.

No obstante, y acerca de esta faceta, el artículo 5.5 del vigente CDAE parece entender justamente lo contrario, pues determina que «*En caso de ejercicio de la Abogacía en forma colectiva, el deber de secreto se extenderá frente a los demás componentes del colectivo*», es decir, que el abogado que ejecuta el asunto debe guardar secreto frente al resto, lo que podría defenderse desde la necesidad de garantizar al máximo el secreto profesional, aunque más bien parece que el CDAE, coherente con su planteamiento de no considerar al despacho de abogados como miembro de la profesión, condición que reserva sólo para el abogado, persona física, refiere a éste, y no a aquél, el deber de secreto profesional, el cual hace valer frente a los demás componentes, todos ellos abogados, personas físicas.

4.4. INEXISTENCIA DE INTERESES CONTRARIOS

La parcialidad que deriva de aceptar la defensa de unos concretos intereses impide que el abogado pueda aceptar al mismo tiempo la defensa de los que resultan contrarios. En el caso de los despachos colectivos, en los que la parte deudora de la prestación de servicios es el despacho (y no el abogado actuante) esa prohibición significa que el despacho no puede asumir la defensa de intereses contrarios a los que ya está defendiendo. Prohibición frente a la que no cabe alegar que los miembros de un despacho colectivo pueden actuar con la suficiente separación e independencia, pues, aunque así fuera, es indiscutible que se estaría privando al cliente de los efectos propios de la colectividad, en cuanto que una parte no quedaría a su disposición (101).

(100) Sin embargo, el CAC no hace referencia al deber de secreto profesional en una sociedad de abogados ni cuando regula el secreto profesional, en su artículo 40, ni cuando regula las sociedades.

(101) DE ANGULO, *Los despachos colectivos...*, cit., pág. 345.

El anterior EGA no hizo referencia a la defensa de intereses contrapuestos en el ámbito del ejercicio colectivo de la Abogacía, que sí fue objeto del artículo 6.11, párrafo 2, del CDAE de 1987, según el cual: «Es contrario a la ética profesional la asunción por un abogado de la defensa de un determinado asunto en que el contrario litigante esté dirigido por otro abogado con el que comparta despacho», del artículo 33.e) AEGAE, de la norma 2.^a-5 NOAPA, del artículo 28.6 del vigente EGAE, conforme al cual, *«se extenderán a todos los miembros del despacho colectivo... las situaciones de prohibición de actuar en defensa de intereses contrapuestos con los patrocinados por cualquiera de ellos»*, y del artículo 3.3 del actual CDAE, a cuyo tenor: *«En los casos de ejercicio colectivo de la abogacía... el Abogado tendrá el derecho y la obligación de rechazar cualquier intervención que pueda... implicar conflicto de intereses con clientes de otros miembros del colectivo»*.

No obstante, la redacción de tales preceptos no es la correcta, pues en los mismos no se prohíbe que un despacho colectivo, que es la parte contratante, acepte la defensa de intereses contrapuestos con los que ya está defendiendo, sino que, obviando que el despacho es una sociedad profesional con personalidad jurídica, y por tanto un sujeto de derecho distinto de los abogados que la componen, dirige la prohibición de incurrir en situación de conflicto de intereses, no al despacho, y sí a los abogados miembros individualmente considerados, como si de ejercicio individual de la profesión se tratara (102). Según dicho precepto, los destinatarios de la prohibición son *«todos los miembros del despacho»* respecto de los asuntos que son *«patrocinados»* por cualquiera de ellos o de los *«clientes de otros miembros del colectivo»*, cuando el patrocinio corresponde a la sociedad y los clientes «lo son» de la sociedad. Falta de rigor técnico que sorprende aún más si se tiene en cuenta que, como se ha visto, no cabe que los abogados integrantes de un despacho colectivo ejerzan la Abogacía al margen de ese despacho (art. 28.4 EGAE).

Pues bien, pese a la redacción, no cabe duda que se quiere prohibir cualquier situación de conflicto de intereses, ya sea porque el despacho colectivo acepta un asunto que entra en conflicto con otro previamente aceptado (independientemente de quién o quiénes sean los abogados socios a los que se encomiende su ejecución), ya porque un abogado miembro que también ejerce al margen del despacho colectivo (si fuera posible) (103) acepta a nivel individual un asunto contrario al que está defendiendo el colectivo.

(102) En los mismos términos se pronuncia el artículo 29.5 CAC, relativo a los conflictos de intereses, cuando dice que: *«Las prohibiciones anteriores se extienden también a los socios y los colalaboradors del abogado afectado»*.

(103) Que no lo es en el ámbito del EGAE, a la vista de su artículo 28.3. En cuanto al CAC, dispone su artículo 68.4 que: *«Excepto que el contrato social establezca otra cosa diferente, los socios que aporten a la sociedad, como prestación de actividad, el ejercicio de la abogacía, lo harán de forma exclusiva»*.

RESUMEN

ABOGADOS

De los despachos de abogados, que son sociedades profesionales externas, surge una organización que, frente a otras sociedades, presenta algunas especialidades derivadas de su objeto social, que impone, como punto de partida, que dicha organización no puede cercenar los principios caracterizadores del ejercicio profesional y, en concreto, la libertad y la independencia con las que los socios profesionales han de desarrollar su actividad profesional en la sociedad, ni los específicos de cada profesión, como es el secreto profesional en la Abogacía. De otro lado, el abogado que se integra en un despacho lo hace con la intención de obtener unos beneficios que le permitan hacer frente a sus necesidades económicas cotidianas, por lo que ha de estar prevista una remuneración periódica para los socios profesionales, que procederá de las ganancias obtenidas por la sociedad. Ambos aspectos, gestión social y participación en los resultados sociales, se analizan a continuación en lo que ha de considerarse como una teoría general de las sociedades profesionales, para posteriormente ver la regulación contenida en el Estatuto General de la Abogacía Española y en el Código de la Abogacía Catalana, repasando, también, lo que sobre estos aspectos ha previsto el recientemente aprobado Proyecto de Ley de Sociedades Profesionales.

ABSTRACT

ATTORNEYS

Law firms, which are professional partnerships with legal personality of their own, give rise to a type of organisation that has some special features in comparison to other sorts of partnerships. These special features stem from the purpose of a law firm, which means, to begin with, that a law firm must be organised such as not to curtail the principles that characterise professional practice and, more specifically, the freedom and independence with which professional partners must perform their professional activity in the firm, nor the specific principles of each profession, such as the client/attorney secret in the law. Furthermore, an attorney who joins a law firm does so with the intention of reaping certain profits to enable him or her to deal with daily economic needs, so periodic remuneration for the partners from the firm's earnings must be envisaged. Both of these aspects, management and a share in the firm's profits, are analysed below in what may be regarded as a general theory of professional partnerships. Afterwards, the regulations contained in the State Statute of Spanish Legal Practice and the Code of Catalan Legal Practice are seen, with a review of what the recently passed Professional Partnerships Bill has to say about these aspects as well.

(Trabajo recibido el 18-11-05 y aceptado para su publicación el 4-12-2006)