

SOCIEDADES DE PROFESIONALES LIBERALES CUESTIONES SOBRE SU ADMISIBILIDAD

FRANCISCO CAPILLA RONCERO (*)

1. Introducción

En los últimos veinte o treinta años, el ejercicio de las profesiones liberales ha experimentado una evolución notable, siendo cada vez más frecuente el ejercicio en grupo de tales profesiones, a diferencia de lo que ocurría antes, cuando el modelo universal de ejercicio de una profesión liberal era el del ejercicio individual (con independencia de que se pudiera contar con la colaboración, ocasional o más permanente, de otros profesionales).

Muchos factores han contribuido a esta evolución. Entre ellos, pueden destacarse algunos. Así, aunque siga siendo característica esencial del ejercicio profesional la primacía del elemento intelectual (la ciencia, arte o técnica, cuyo conocimiento especializado y subsiguiente aplicación constituye el núcleo de la prestación de servicios profesionales), sin embargo, cada vez es más frecuente que para el ejercicio profesional moderno, tecnificado y eficaz, se haya de contar con una organización, a veces compleja, de medios humanos y materiales, de elevado o elevadísimo costo. Por otro lado, la superespecialización propia de los conocimientos técnicos y científicos provoca, cada vez con mayor frecuencia, que el profesional en una rama del saber, restrinja su ámbito de actuación a un sector específico; razón por la cual, con mucha frecuencia, la atención completa al cliente y la solución de los problemas, que demandan la intervención profesional, requie-

(*) Catedrático de Derecho civil. Universidad de Sevilla.

ren la sindicación de varios superespecialistas, que en conjunto realizan una prestación única por su objeto y fines. El alargamiento, también, de las profesiones que merecen el calificativo de liberales, ha hecho que se desvirtúen las notas tradicionales de cualificación, independencia, personalismo, responsabilidad y autocontrol corporativo, características de las profesiones liberales con más solera. Asimismo contribuye a esta evolución el debilitamiento de la concepción sacerdotal, con que se han entendido durante decenios muchas de estas profesiones, por la mayor accesibilidad a los estudios superiores de amplias capas de la población. Finalmente, aunque sin agotar las razones de este cambio, se ha acentuado el componente economicista o «empresarial», fomentado por la necesidad de acopiar medios instrumentales muy caros, el cambio de la noción de «honorarios» por la de retribución, el incremento de la demanda de servicios profesionales (que termina generando un mercado, en sentido estricto, de estos servicios), la necesidad de hacer frente a responsabilidades por cuantías exorbitantes, etc. En definitiva, la prestación autónoma (dejando, pues, de lado los problemas de la prestación subordinada de esos servicios) de los servicios profesionales, ha evolucionado; pero ha evolucionado en la realidad social y económica, mucho más rápidamente que desde el punto de vista del estatuto jurídico del ejercicio liberal de las profesiones. Esto genera lagunas y falta de armonía entre el conjunto del ordenamiento y las modalidades reales de ejercicio de las profesiones liberales.

Pues, por otro lado, en el seno del ordenamiento no se encuentran medios idóneos, concebidos para facilitar y regular el ejercicio asociado de las profesiones liberales. Desde este punto de vista, en realidad, es preciso efectuar algunas distinciones, para ganar en precisión. Hay que distinguir, por una parte, lo que pudiera denominarse ordenamiento o conjunto normativo «horizontal o general», de los sectores de normas, calificables como «verticales o especiales». Por normas horizontales, entendemos aquéllas que, con carácter general para la mayor parte de las actividades directa o indirectamente económicas, predisponen modelos y esquemas de ejercicio individual o agrupado, precisando el régimen del acceso a la profesión, de la organización, del ejercicio de la actividad, de la participación en ella, de la toma de decisiones y de la responsabilidad (tanto interna como, sobre todo, externa o frente a terceros); en suma, su estatuto jurídico

completo. Desde esta óptica, casi puede decirse que nuestro ordenamiento guarda silencio sobre el régimen jurídico aplicable a la prestación de servicios profesionales, tanto si la prestación se hace al modo clásico, como si se hace de forma agrupada. Es más, a nuestro juicio, puede afirmarse que consciente y deliberadamente el legislador decimonónico se abstuvo de regular el ejercicio de las profesiones liberales en los cuerpos legales fundamentales: los Códigos. Las razones de esa abstención son varias.

× En lo que se refiere al Código civil, la determinación del estatuto jurídico interno de las profesiones liberales queda naturalmente al margen del mismo; pues la regulación de ese estatuto profesional interno, no es Derecho civil en sentido propio, si por tal entendemos el Derecho accesible a la generalidad de los ciudadanos. Es o sería un Derecho especial, de una categoría profesional de sujetos, a imagen y semejanza de lo que ocurre con los profesionales del comercio, cuyo estatuto jurídico interno se encomienda a las normas especiales del Derecho mercantil. Sólo que, cuando se trata de profesiones liberales, su estatuto no ha merecido los honores de una codificación en sentido propio, como sucede con los comerciantes, sino que el establecimiento de las reglas profesionales, al menos para las profesiones colegiadas, se encomienda, aparte algunas referencias muy genéricas para algunas profesiones, a la potestad autoorganizativa de las corporaciones profesionales.

Por lo que se refiere al estatuto jurídico de lo que pudieran denominarse «actos mixtos» o actividad externa del profesional (esto es, las relaciones entabladas entre un sujeto profesional y un no profesional), el Código civil guarda también un significativo silencio, casi absoluto. En este sentido, es posible acentuar el paralelismo entre el estatuto del profesional liberal y el del comerciante. No es casualidad que el Código civil no predisponga contratos específicos para las relaciones entre profesionales y no profesionales, pues considera que esas relaciones se someten al régimen general y común. Así, dejando aparte las eternas discusiones sobre la sede del régimen de los actos mixtos de los comerciantes (desde nuestro punto de vista, no en el Código de comercio), los contratos civiles debieran ser el cauce por el que discurran las relaciones profesional-cliente, como esos mismos contratos son los aplicables a las relaciones comerciante-cliente. Curiosamente, sin embargo, el contrato a través del cual, habitualmen-

te, se entabla la relación entre profesional y cliente, el contrato de arrendamiento de servicios, se encuentra regulado en nuestro Código civil con clara preterición de los servicios profesionales intelectuales; mas probablemente esa ausencia de regulación se deba, a que en la época se reputaba que el contrato típico, en el que encajan esas relaciones, es el del mandato; pues se consideraba contrario a la dignidad de las profesiones liberales la existencia de necesario precio, que se exige como requisito constitutivo de los arrendamientos de servicios¹. Sólo, al dictar la norma de la prescripción del derecho a los honorarios, conjuntamente con otros supuestos, entre los que se incluyen los comerciantes en sus actos mixtos (prescribe en tres años la obligación de «abonar... a los mercaderes el precio de los géneros vendidos a otros que no lo sean, o que, siéndolo, se dediquen a distinto tráfico»), el artículo 1.967 del Código civil menciona a los abogados, registradores, notarios, farmacéuticos y en general a los «profesores» (expresión bajo la que se engloba a los profesionales liberales, como desde hace años se afirma comúnmente).

Como ha quedado antes señalado, cabe enfocar el estatuto del ejercicio de las profesiones u oficios también desde una perspectiva vertical o sectorial. Se trataría del conjunto de normas que, por un lado, establecen el régimen jurídico del ejercicio profesional, determinando las condiciones de acceso a la categoría profesional, los deberes deontológicos, las modalidades de ejercicio de la profesión, las relaciones entre los profesionales del mismo sector, etc.; y por otro, las normas que regulan los instrumentos de organización y control públicos del ejercicio de esas profesiones. Esto es, se trata, a la postre, del estatuto profesional. Por evidentes motivos, que no son del caso reseñar detalladamente, la profesión de comerciante mereció los honores de una codificación autónoma y especial. Codificación especial que, entre otros, se inspiró en el principio de libertad de comercio, con la consiguiente abolición de los gremios de comerciantes y de su jurisdicción propia y que se sometió a un régimen detallado, ofreciendo las más amplias posibilidades de ejercicio individual o colectivo del comercio, mediante la constitución de sociedades mer-

¹ Vid. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Tratado de las obligaciones*. Tomo IV, 1.ª ed. Madrid, 1869, p. 437. e YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*. Madrid, 1989, pp. 19 y ss., con amplias consideraciones.

cantiles. Pero el estatuto del comerciante (individual o social), carecía de la fuerza expansiva suficiente, como para servir para los otros profesionales. Es más, la deontología tradicional prohíbe taxativamente la mercantilización del ejercicio de las profesiones liberales por antonomasia, así como prohíbe ejercitar esas profesiones con ánimo de lucro. Por ello, las profesiones diferentes de la de comerciante se vieron excluidas de ese tratamiento: se mantuvieron las organizaciones corporativas, en nuestro país los llamados Colegios Profesionales, con funciones privadas y públicas de defensa de los intereses de la profesión y control y vigilancia del buen ejercicio de los actos profesionales por parte de los colegiados. Y al diferir la regulación y precisión de estos extremos a esas organizaciones corporativas, no se sintió la necesidad de dictar detalladas normas, por parte del Estado, que, paralelamente a lo que sucede con los comerciantes, entrarán en el detalle de la regulación de las modalidades de ejercicio de la actividad profesional. Por el contrario, habitualmente el Estatuto de cada una de las profesiones se ocupaba, sobre todo, de regular la vertiente corporativa de la correspondiente organización colegial. La determinación del régimen jurídico concreto del ejercicio material de la profesión, se encomendaba a esa autoridad corporativa y a la «naturaleza de las cosas». Pero la naturaleza de las cosas ha ido evolucionando con los años; y no ha sucedido lo mismo, de manera equiparable, con el régimen jurídico de cada una de estas profesiones.

El resultado final de este proceso, que en apretada síntesis se acaba de exponer, es claro, en lo tocante al objeto de nuestro interés: salvo en estos ultimísimos años, no existía ninguna norma «horizontal» que regulara, de forma clara, la posibilidad del ejercicio agrupado, o alguna modalidad del mismo, de las profesiones liberales. Y por lo que se refiere a las normas «verticales o sectoriales», de una parte no se preocupan directamente del régimen de las agrupaciones de profesionales, sino sólo de algunos aspectos de ellas (por lo que resultan muy parciales), y de otra no tienen vocación de articular cauces jurídicos generales para el ejercicio asociado de las profesiones en general, ni tampoco persiguen definir el estatuto de tales agrupaciones, desde el punto de vista, no sólo autoorganizativo, sino sobre todo de las relaciones externas (con terceros) de esos grupos.

El estado actual de la cuestión, en resumen, es el siguiente. La práctica va imponiendo el ejercicio agrupado de las profesiones libe-

rales, pero el legislador ha sido, en términos generales, hasta el momento incapaz de dispensar un régimen adecuado, ni general ni sectorial, para esas agrupaciones, asociaciones o sociedades (lo de menos es el término que se emplee). La laguna existente demanda su integración. Y aquí es donde, paradójicas de la historia, la exclusión de los esquemas mercantiles se resuelve: al ser las sociedades mercantiles las más perfeccionadas formas, reguladoras del ejercicio en común de una actividad económica, y al asumir tintes cada vez más «economicistas» el ejercicio de las profesiones liberales, la tentación de extender a estas últimas la posibilidad de valerse de los medios de organización social propias del comercio, resulta de indudable atractivo. Posibilidad que se ve reforzada, porque los instrumentos más perfeccionados de ejercicio social de actividades económicas ya no se ponen sólo a disposición de los comerciantes y para el ejercicio del comercio, sino que se convierten en accesibles a los sujetos, cualquiera que sea el ramo de actividad que deseen ejercer en sociedad².

2. Diversas figuras de agrupaciones profesionales

Hablar en general de sociedades profesionales, o de ejercicio en grupo de las profesiones liberales, aboca a cierta confusión. Dado que los grados de colaboración e integración entre los profesionales agrupados y los instrumentos jurídicos utilizables pueden ser diferentes, según los casos, y diferentes son también las posibles objeciones o dificultades para su admisibilidad. Por ese motivo, es conveniente distinguir esos diversos supuestos, aun con grueso trazo, en función del objeto «social» de cada una de las modalidades de agrupación profesional y, consiguientemente, del grado de integración de los profesionales cooperadores en la organización común³.

² Basta con leer el artículo 3.º de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 3.º, párr. 2.º de la de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que no restringen el objeto social a actividades comerciales o industriales y que, por ello, se elevan a la condición de Derecho común de sociedades capitalistas, dada su general accesibilidad.

³ Como se señala más adelante, en la doctrina española apenas existen obras específicas sobre las sociedades de profesionales en sentido amplio, con la salvedad de la obra de KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN, en su trabajo *Las agrupaciones societarias y no societarias de profesionales liberales*, pendiente de publicación en el libro homenaje al profesor Lacruz Berdejo, y del cual, muy gentilmente, me ha facilitado una copia mecanografiada. Expreso desde aquí mis gracias a su

a) *Sociedades instrumentales o de medios*

Así, yendo al escalón más bajo de la escala, puede en primer lugar suceder (y sucede con frecuencia en la práctica) que varios profesionales acuerden contribuir en común, para disfrutarlos también en común, los medios y útiles necesarios para el ejercicio profesional, pero manteniendo cada uno de ellos su independencia, tanto en las relaciones con sus clientes, como en la organización interna de la actividad profesional. El compromiso asumido por los diversos profesionales es mínimo: compartir todos o algunos de los medios materiales precisos para el ejercicio. Piénsese en el caso de los médicos, abogados, procuradores, arquitectos, etc., que alquilan conjuntamente el inmueble en que se instalará el despacho de cada uno de ellos, pagando en común el suministro de energía eléctrica, compartiendo incluso los servicios del personal subalterno, adquiriendo conjuntamente los aparatos precisos y asumiendo los gastos correspondientes de mantenimiento, reparación, etc., también en común. En definitiva, implican colaboración entre varios profesionales, quienes, ejercitando individualmente su profesión, ponen en común todos o parte de los medios instrumentales que precisan, con la finalidad de aminorar los gastos.

La admisibilidad de este tipo de sociedades parece fuera de toda duda. Pues su existencia no compromete ninguno de los principios que inspiran el ejercicio de las profesiones liberales, ya que, podría decirse, la sociedad instrumental opera como una organización paralela de apoyo a los profesionales, sin inmiscuirse en absoluto en el ejercicio individual, por cada uno de ellos, de su profesión, que, así, se atiene a los cánones clásicos.

Alguna alusión a supuestos de este tipo se encuentra en distintas disposiciones sectoriales. Emblemática es, por ejemplo, la regulación que se contiene en el artículo 42 del Reglamento Notarial, según el cual, previa autorización del Colegio correspondiente para velar por el derecho a la libre elección de notario por el público, los notarios

gentileza. Con posterioridad a la redacción de estas páginas, ha aparecido la obra del Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991, en cuyo tomo II comenta las normas del contrato de sociedad civil CÁNDIDO PAZ-ARES. Precisamente, al hilo del comentario al artículo 1.678, aborda con algún detenimiento el caso de las sociedades de profesionales, pp. 1.403-1.407.

podrán compartir las instalaciones, pero manteniendo absoluta independencia en el ejercicio profesional. Así, el Protocolo sigue siendo individual; incluso, los empleados deben quedar adscritos a cada uno de los notarios autorizados a mantener ese denominado «convenio»⁴.

Pero estas sociedades o comunidades de medios instrumentales, o más sencillamente sociedades instrumentales, no son verdaderamente sociedades profesionales. En ellas no se pone en común el ejercicio profesional, que es, a nuestro juicio, lo que debe caracterizar a las sociedades profesionales en sentido estricto. Por ello, es plenamente compatible el criterio que al respecto mantiene el Estatuto General de la Abogacía, cuando las describe como «coexistencia en un local de Letrados con bufetes independientes y sin solidaridad alguna entre ellos» (art. 35 *in fine*), y excluyéndolas de su consideración como «despachos colectivos».

Así también se autoriza por el Código de Deontología Médica de 1979⁵, en sus artículos 99 y siguientes, la posibilidad de que los médicos constituyan asociación en equipo «con el fin de facilitar el ejercicio de su profesión, poniendo en común los medios necesarios», estableciendo como requisitos la constancia por escrito y la autorización de la organización colegial. El supuesto resulta lo suficientemente ambiguo, como para acoger en su seno las sociedades instrumentales en

⁴ No obstante lo restringido del objeto de esa comunidad, si se atiende al tenor del artículo 42 R. Not., en la realidad es frecuente que el convenio no se limite a compartir local; lo normal es compartir el local y los elementos materiales (biblioteca, muebles, fotocopiadoras, ordenadores, etc.), e incluso, como señala RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO, que los notarios convenidos internamente fijen criterios de actuación profesional y de distribución de ingresos y gastos (*Planteamientos fiscales en la unión de despachos profesionales de los notarios*. En *Academia Sevillana del Notariado. Homenaje a Francisco Manrique Romero*. Madrid, 1989, p. 45). Mas cuando se alcanza ese grado de colaboración, entiendo que se exceden los estrictos términos del artículo 42 R. Not., y se constituye una sociedad profesional, aunque sea interna, sin manifestación frente a terceros (clientes y Colegio) en lo tocante a la actividad profesional. Pues pactar criterios de actuación profesional y de participación en ingresos, es más que la mera sociedad instrumental, objeto de atención en el texto. Se trata de una de las que PAZ-ARES, *op. cit.*, p. 1.404 llama sociedades de comunicación de ganancias, mencionando expresamente este caso de los convenios notariales. Cabe observar, no obstante, que el supuesto del artículo 42 RN puede dar pie a una mera sociedad de medios (con diferente alcance) o a una sociedad que, además, sea profesional en sentido propio, pero sin relevancia externa (interna, pues).

⁵ Reproducido en la obra dirigida por MARTÍNEZ CALCERRADA, *Derecho Médico*. Vol. II. *Legislación Médica*. Madrid, 1986, pp. 851 y ss.

sentido estricto y supuestos en los que la integración es superior, constituyéndose verdaderamente una sociedad profesional. Con carácter general, no obstante («sea cual sea la modalidad asistencial») se establece la responsabilidad individual ilimitada del médico ante sus pacientes, «sin perjuicio de la responsabilidad colectiva subsidiaria», según dispone el artículo 102.

Estos supuestos, que en los países vecinos suelen denominarse «sociedades de medios»⁶, también carecen de regulación general específica en nuestro Derecho. Si se atiende al Derecho común, acaso la calificación más adecuada sea la que considera a las sociedades instrumentales como comunidades de bienes, dado que falta en ellas el fin de lucro que exige el artículo 1.665 para que exista sociedad. No obstante, también se ha sugerido que, pudiendo constituirse una sociedad civil que tenga por objeto el solo uso de bienes determinados (según se desprendería del tenor del art. 1.678), podría considerarse que la sociedad instrumental, que facilita el uso de los medios requeridos para el ejercicio profesional, encajaría en ese supuesto de sociedad civil particular⁷. A nuestro juicio, sin embargo, el citado artículo 1.678 no consiente calificar como sociedad civil el caso de la mera puesta en común del uso de bienes determinados, siendo exigible siempre la persecución de una finalidad lucrativa en sentido estricto, para que se pueda hablar de sociedad⁸. Por su parte, el régimen de la

⁶ En Francia son objeto de escueta regulación por el artículo 36 de la ley 66/879 de 29 de noviembre de 1966, y aunque posee unos contornos imprecisos, se suele indicar que las diferencias fundamentales con las sociedades profesionales radican en que no se ejercita la actividad profesional en sociedad (esas sociedades no asumen, por ende, el estatuto de profesionales), respetándose la independencia de ejercicio de cada uno de los socios. Por ello, no se puede aportar la clientela ni tampoco existe participación en los ingresos. *Cfr.*, en general GUYON, Y., *Repertoire de Droit civil*. Tomo VIII. Paris, 1978. *Voz Sociétés civiles professionnelles*. Núms. 142 y ss.

⁷ Así parece sugerirlo ALBIEZ, *op. cit.* Parece que por otros motivos, acaso sin conexión estricta con la admisibilidad de las sociedades de sólo uso, también considera que estamos ante una sociedad, PAZ-ARES, *op. cit.*, p. 1.403.

⁸ Para mayor detalle, *vid.* CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo. Tomo XXI-1.º. Madrid, 1984, pp. 127 y ss., *sub art.* 1.678. Esta opinión no es pacífica, existiendo un cualificado sector doctrinal que postula, o bien flexibilizar el fin de lucro exigido palmariamente por el artículo 1.665 Código civil, de tal suerte que cabrían dentro de él casos como el de mera realización de economías, o bien prescindir lisa y llanamente de él, como ha postulado recientemente PAZ-ARES, *op. cit.*, pp. 1.307 y

comunidad de bienes no se encuentra precisamente pensado para resolver los problemas que una situación, como la que se describe bajo el término sociedad instrumental, plantea. De una parte, porque no se trata sólo de tener en común varios elementos materiales, sino fundamentalmente de compartir también los gastos de explotación de los mismos. Además, es perfectamente posible que no se genere una cotitularidad de los elementos materiales aportados, sino que, por ejemplo, el local donde los miembros del grupo ejercitan individualmente su profesión, sea propiedad de uno de ellos, que aporta solamente su uso. Puede suceder, pues, que no haya copropiedad en sentido estricto (o ésta alcance a elementos de valor secundario). Y además, que cuando haya comunidad, se precise un estatuto jurídico más adecuado que el de la comunidad de explotación. Por esas circunstancias, pudiera considerarse aplicable el régimen de la sociedad civil por analogía⁹, salvo que se relaje tanto el entendimiento de lo que haya de entenderse por fin lucrativo en la sociedad, que éste termine acogiendo en su seno también la finalidad de mero ahorro.

Dejando al margen el problema general de calificación de estas sociedades instrumentales, y entendiendo que por vía directa o indirecta (mediante el recurso a la analogía) serían sometibles al régimen de las sociedades civiles, no deben dejarse de lado otras posibilidades asociativas que nuestro ordenamiento les ofrece (aunque probablemente con poca relevancia práctica de futuro).

Así, en primer lugar, como sociedades instrumentales consideramos que podrían ser calificadas las Cooperativas de Servicios, objeto de regulación por los artículos 139 y 140 de la Ley General de Cooperativas, cuando se constituyan entre profesionales liberales.

De acuerdo con el primero de los citados artículos, en su apartado 1, la cooperativa de servicios puede asociar, entre otros, a profesionales que ejerzan su actividad por cuenta propia, con el objeto de prestar suministros y servicios y realizar «operaciones encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las actividades profesionales ... de los socios». La descripción de actividades que pueden desarrollar las cooperativas de servicios, que se contiene en el apartado 3 del mismo precepto, acoge las que normalmente se desarrollan en las

ss. y, algo antes, en *Ánimo de lucro y concepto de sociedad*, en los *Estudios homenaje a J. Girón Tena*. Madrid, 1991, pp. 729 y ss.

⁹ Cfr. CAPILLA, *op. cit.*, en la nota anterior, pp. 131 y ss.

sociedades instrumentales: por ejemplo, adquirir y mantener los instrumentos e instalaciones necesarios o convenientes para la cooperativa o la actividad de sus socios; la realización de actividades colaterales a la actividad de los socios; o, como se señala en la letra *d*), «en general, cualesquiera otras actividades que sean necesarias o convenientes o que faciliten el mejoramiento económico, técnico, laboral, o ecológico de la actividad profesional ... de los socios». En suma, este tipo de cooperativas persigue la obtención o realización común y en mejores condiciones, de las que cada socio conseguiría individualmente, de los medios instrumentales y actividades auxiliares, útiles los primeros y convenientes o necesarias las segundas, de las explotaciones individuales de cada uno de los asociados. Luego, ciñéndolo al caso de los profesionales liberales, el ejercicio de la actividad profesional no es objeto de aportación a la sociedad cooperativa; razón por la cual, no se prestan los servicios profesionales a través de la sociedad en ningún caso.

No obstante, pueden plantearse dudas, acerca de la posibilidad de que los profesionales liberales puedan valerse de semejante instrumento cooperativo. Pues en la caracterización general de las cooperativas, que se contiene en el artículo 1.º 1 de la Ley General de Cooperativas, se señala que estas sociedades desarrollan actividades empresariales, afirmación inmediatamente matizada en el apartado 2, señalando que «cualquier actividad económica podrá ser organizada y desarrollada» a través de las cooperativas. Si se flexibiliza el entendimiento que ha de darse a esa caracterización, sería posible admitir cooperativas de servicios entre profesionales liberales, como sociedades instrumentales. Con todo, algunos inconvenientes pueden apuntarse, en contra de la utilización de este cauce. Por una parte, que las cooperativas, aunque no estén en principio sometidas al estatuto del comerciante (art. 124 Código C. O.), sin embargo están sometidas al régimen de la quiebra y a un conjunto de obligaciones formales y contables, que guardan similitud con el estatuto del comerciante. La estructura de las sociedades cooperativas puede resultar, además, especialmente compleja y, por ende, inadecuada para una sociedad instrumental de profesionales. Por otro, y está en relación con lo anterior, la Ley General de Cooperativas seguramente no ha pensado en las profesiones liberales específicamente, como el supuesto sobre el cual se constituyan cooperativas de servicios; para comprobarlo basta

leer la ejemplificación de estas cooperativas, que se contiene en el artículo 140.1 *in fine*: cooperativas mineras, de hostelería y análogos. En suma, aunque probablemente sea posible constituir una cooperativa de servicios profesionales liberales, no parece fácil, en general, que en la práctica sea frecuente el recurso a ese tipo social.

Mucha mayor adecuación se observa, por el contrario, en un tipo social, recientemente introducido en nuestro ordenamiento. Nos referimos a las Agrupaciones de Interés Económico, objeto de regulación por la reciente Ley 12/1991, de 29 de abril, incorporadas al Derecho español por influencia de la regulación comunitaria, en cuyo ámbito operan las Agrupaciones Europeas de Interés Económico, figura regulada por el Reglamento C.E.E. 2.137/1985 de 25 de julio.

Siguiendo el precedente de la regulación comunitaria¹⁰, el artículo 4.º de la Ley expresamente admite la posibilidad de que constituyan una Agrupación de Interés Económico «quienes ejerzan profesiones liberales». Y la descripción de la finalidad perseguible mediante la Agrupación, puede encajar con exactitud en el supuesto de las sociedades instrumentales: «facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios» (art. 2.º 2); actividad de los socios, que es en todo caso independiente del objeto de la Agrupación, que se limita «exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios» (art. 3.º 1), prohibiéndose tajantemente que la Agrupación controle o dirija, directa o indirectamente, la actividad de los socios (art. 3.º 2), que se desenvuelve, así, al margen del objeto social, que simplemente es auxiliar respecto de las actividades de los miembros. Resumidamente, su régimen, del que es supletorio el de las sociedades colectivas, es bastante asimilable al de éstas¹¹: responsabilidad personal, solidaria y subsidiaria de los socios por las deudas sociales; principio general de unanimidad de todos los socios para los acuerdos, salvo previsión en contrario; establecimiento de

¹⁰ Artículo 4.º 1.b) del citado Reglamento 2.137/1985, que al describir la actividad económica de las personas que se agrupan, señala que éstas han de ejercer «una actividad industrial, comercial, artesanal, agrícola, de profesión liberal o de otros servicios». En general para esta figura, *vid.* PEDRÓN, P., *La agrupación europea de interés económico: Naturaleza, función y régimen*. En la RCDI. Núm. 587, 1988, esp., pp. 1.223 y ss.

¹¹ Así lo reconoce expresamente la Exposición de Motivos: «La figura española... ha tratado de entroncarse, dada su afinidad tipológica, en el marco, bien conocido y experimentado en nuestra tradición jurídica, de la sociedad colectiva».

mecanismos muy flexibles de gestión social, correspondiendo, a falta de otra indicación, la cualidad de administrador a todos los socios (por aplicación supletoria del régimen de la colectiva), etc. De particular relevancia, para el objeto de nuestro interés, es la no necesidad de capital social (lo cual flexibiliza extraordinariamente las modalidades de las aportaciones) (art. 8.º 1. 3.º), la tendencial igualdad de todos los socios en cuanto al voto (consecuencia de la regla de la unanimidad), salvo pacto diverso (arts. 8.º 2 3.º y 10.2.b), y en cuanto a la participación en resultados, también salvo pacto diverso (art. 21), y la expresa prohibición del fin de lucro de la Agrupación para sí misma (art. 2.º.2).

Un régimen jurídico que, en términos generales, puede considerarse adecuado, ya que deja amplio juego a la autonomía de la voluntad de las partes y se caracteriza por su flexibilidad, junto a un nada despreciable conjunto de beneficios fiscales ¹², son sin duda ventajas notables, que acaso potencien la utilización de este tipo social entre los profesionales, o al menos entre ciertas categorías de profesionales. Tipo social que, dadas sus limitaciones, da lugar exclusivamente a una sociedad instrumental y nunca a una sociedad profesional en sentido estricto.

Su mayor inconveniente, especialmente para las profesiones menos «tecnificadas», se encuentra, a nuestro juicio, en que se someten al estatuto del comerciante, ya que el artículo 1.º les atribuye expresamente carácter mercantil, siendo obligatoria su inscripción en el Registro mercantil ¹³, y produciéndose las naturales consecuencias que esa calificación comporta. Ello no obstante, debe señalarse que, dado lo limitado de su objeto, no parece que esa mercantilidad, pueda contaminar la naturaleza de la actividad profesional de cada uno de los

¹² *Vid.*, artículos 23 a 29. Es digno de destacarse el hecho de que quedan sometidas al régimen de transparencia fiscal, regulado en el artículo 19 de la Ley del Impuesto de Sociedades, según la redacción dada por la D. A. 5.ª de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, pero con la importante salvedad de que, según el artículo 24 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico (cuyo régimen es mantenido por la D. A. 24.ª de la Ley del IRPF), no existen limitaciones respecto de la imputación de pérdidas, a diferencia de lo que ocurre, en general, con el régimen de transparencia fiscal, según el cual las bases imponibles negativas no se imputan a los socios directamente, sino que se pueden compensar en los cinco ejercicios sucesivos (*vid.*, art. 53.3-2.º LIRPF y 19.2 LIS).

¹³ Artículos 7.º 1 LAIE, 19.2 en relación con el 16.1.6.º CCO y 81.1.f RRM.

socios, especialmente para las profesiones cuya reglamentación legal o consuetudinaria prohíbe el ejercicio mercantilista. Además, a diferencia de lo que sucede en la sociedad colectiva, en la agrupación de interés económico el estatuto de comerciante no se comunica a los socios, como lo demuestra el hecho de que la quiebra de la sociedad no se extiende a los socios (art. 18.1.3.^o); regla de incomunicación de insolvencia ¹⁴, que representa una no desdeñable ventaja del régimen de las agrupaciones.

En resumen, las que hemos denominado sociedades instrumentales, no plantean problemas de admisibilidad en nuestro Derecho, como lo demuestra el dato de que expresamente se ha articulado el cauce de la agrupación de interés económico, que es propiamente, entre profesionales, una sociedad instrumental. No chocan, las sociedades instrumentales, con los principios deontológicos y operativos del ejercicio de las profesiones liberales en general. Pero carecen de un régimen específico, plenamente adecuado; lo cual las arroja en manos de conjuntos normativos excesivamente desdibujados (salvo el caso de las AIE), como sucede con el de la comunidad de bienes o la sociedad civil. Y, a nuestro juicio, no cabe acudir a otros regímenes jurídicos, diferentes de los expuestos, porque la ausencia de fin de lucro, en sentido propio, impide que las acojan los tipos sociales generales, especialmente, aquéllos que, salvo las cooperativas, comportan limitación de responsabilidad. Es cierto que se trata de una discusión más genérica: la de si cabe constituir sociedades anónimas o limitadas sin fin de lucro. Pero partiendo de la común opinión, que considera exigible ese fin lucrativo, se cierra, en consecuencia, la posibilidad de constituir sociedades de esas características, con la única finalidad de poner a disposición de los profesionales los medios necesarios para el ejercicio separado e independiente de su profesión.

b) *Sociedades de intermediación*

Otro supuesto, que se da con cierta frecuencia en la práctica, es el de las sociedades que ofrecen al público, entre otros, servicios propios de las profesiones liberales, pero sin ser prestados directamente

¹⁴ Como la califica PEDRÓN, P., *op. cit.*, p. 1.223.

por tales sociedades. Suponen estos supuestos una relación triangular: la sociedad ofrece a sus clientes un conjunto de servicios, parte de los cuales suponen la intervención de profesionales; para dispensarlos, la sociedad encomienda al profesional o profesionales correspondientes la prestación de esos servicios, en beneficio de sus clientes, corriendo, normalmente, la contraprestación de esos servicios por cuenta de la sociedad. Los profesionales pueden ejercer, bien de forma liberal, bien en una relación de dependencia respecto de la sociedad. En cierto sentido, y de ahí la denominación, este tipo de sociedades actúan como intermediarios entre el público y los profesionales.

Ejemplo claro de este tipo de sociedades se encuentra en el ámbito de los seguros. Así por ejemplo, en el seguro de responsabilidad civil, la compañía aseguradora suele brindar el servicio de la defensa jurídica del asegurado ¹⁵. También, puede pactarse un seguro de defensa jurídica exclusivamente ¹⁶. En estos casos, la compañía aseguradora suele disponer de un cuadro de profesionales para la defensa de los asegurados, generándose así esa situación de intermediación, antes aludida. Situaciones muy similares se dan con frecuencia para las profesiones sanitarias, cuando se pactan seguros de asistencia sanitaria ¹⁷.

Ahora bien, no es éste el caso de las sociedades de intermediación, a que nos referimos en el epígrafe de este apartado. Cuando hablamos de sociedades de intermediación, hacemos referencia a las constituidas fundamentalmente entre profesionales, que ofrecen al público un conjunto de servicios, que implican, normalmente de manera parcial en el seno de una prestación más compleja, actos profesionales, que sólo pueden ser llevados a cabo por sujetos que reúnan personalmente las aptitudes y cualificación, exigidas por las disposiciones vigentes, para el ejercicio profesional.

Centrado en el seno del denominado contrato y empresas de

¹⁵ Se trata de la hipótesis del artículo 74 de la Ley del Contrato de Seguro.

¹⁶ Introducido por la ley 21/1990, de 19 de diciembre, en el texto de la Ley del Contrato de Seguro. Las normas de este seguro de defensa no se aplican al caso de la defensa asumida por el asegurador de la responsabilidad civil, según dispone el artículo 76.g.1.º El matiz es importante, pues en la defensa jurídica accesoria del seguro de responsabilidad civil, la llamada dirección jurídica es asumida por el asegurador; por contra, en el seguro autónomo de defensa jurídica, la dirección corresponde al asegurado.

¹⁷ *Vid.*, artículos 105 y 106 LCS.

engineering, de difícil traducción y contornos ciertamente imprecisos¹⁸, las sociedades que a tal actividad se dedican, han suscitado polémica en el Derecho italiano, como consecuencia de las restricciones que en ese país existen para la constitución de sociedades profesionales, en sentido estricto, y a que más adelante se hará referencia. Cuando en la planificación, proyecto, asesoría, asistencia, etc., se engloban servicios profesionales, en sentido estricto (realización de proyectos por ingenieros o arquitectos, dirección de obra, asesoría contable, jurídica, estudios de mercado y un grandísimo etcétera), la identificación de las partes de la relación o relaciones jurídicas que se entablan y del contenido de la prestación que asume la sociedad de *engineering*, según la conclusión que se postule, puede dar lugar a que se termine considerando que, frente al cliente que acude a la empresa de *engineering*, ésta asume verdaderamente el deber de prestar dichos servicios profesionales. De ser así, por esta vía, se estaría admitiendo que una sociedad puede ser deudora de la prestación de servicios profesionales; y esto choca con las dificultades, que más adelante se estudian con detenimiento, a la admisión de sociedades profesionales, en sentido propio, que se conviertan en deudoras de la prestación de los servicios profesionales.

La necesidad de obviar los inconvenientes de que las sociedades de *engineering*, por contagio de las dificultades de admisión de las sociedades profesionales, resulten inviables, han llevado a la doctrina y jurisprudencia italianas a sostener que la prestación del profesional intelectual, elemento integrante de la compleja relación entre la sociedad y el cliente, debe ocupar una posición no preeminente, sino instrumental; la prestación comprometida por la sociedad, aunque incorpore elementos de servicios intelectuales, debe ser más rica y reportar una ventaja o utilidad diferente y superior, de la que brindarían los servicios profesionales solamente. De esta suerte, se posibilitaría incluso evitar la aplicación de las normas que caracterizan la prestación de servicios intelectuales, como personalísima (fundamentalmente, el art. 2.232 Código civil italiano), en el seno de un contrato de «opera intellettuale», para pasar a calificar el contrato de *engineering* como contrato de «appalto di servizi»¹⁹.

¹⁸ Para una caracterización muy genérica, *vid.*, pp. 951-952 de PÉREZ-SERRABONA. En JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho Mercantil*. Barcelona, 1990.

¹⁹ *Vid.*, por todos BUSSOLETTI, voz *Società di professionisti*. En la *Enciclo-*

En nuestro ordenamiento encuentran carta de naturaleza en diversas disposiciones reglamentarias ²⁰; pero no son verdaderas sociedades profesionales, sino que ofrecen al mercado, en el conjunto de sus servicios, el resultado de la actividad de profesionales, con los cuales la sociedad de *engineering* puede mantener los vínculos más diversos (relación laboral, de alta dirección, prestación de servicios profesionales, contrato de obra, etc.).

Como otra posibilidad de obviar los inconvenientes de admisibilidad de sociedades profesionales en sentido estricto, se tiende, dando un rodeo, a considerar que la sociedad de *engineering*, especialmente la denominada *consulting*, en lo que toca a los servicios profesionales, asume un papel de intermediario: se obliga frente al cliente a que un profesional cualificado (integrado en la empresa, en calidad de socio o como trabajador dependiente, o bien ajeno a la sociedad) realice la prestación de los servicios profesionales. Se podría reconducir el supuesto a una especie de contrato a cargo de tercero o promesa del hecho ajeno, que se integraría en el seno de la más compleja relación de *engineering*, de tal suerte que, frente a su cliente, la sociedad se compromete a la prestación del servicio por un profesional. Por otro lado, paralelamente, si la prestación no es encomendada a un profesional dependiente laboralmente de la sociedad, se celebraría entre la sociedad y el profesional (socio o extraño) un contrato de prestación de servicios, con estipulación en favor de tercero, por virtud del cual, el destinatario de la prestación del servicio profesional sería el cliente de la sociedad ²¹. O, ni siquiera a eso: la sociedad de intermediación se limitaría a poner en contacto al profesional con los clientes, entablándose la relación de servicios solamente entre éstos, con exclusión de aquélla.

pedia del Diritto. Tomo XLII. Milano, 1990, pp. 1.071 y ss.; esp., pp. 1.077 y ss. y SANTOSUOSSO, *Società di «engineering» e società professionali: verso un preciso orientamento giurisprudenziale?* En *Giurisprudenza Italiana*, 1985. I, pp. 1.015 y ss., comentando una importante sentencia de la Corte de Casación, de 30 de enero de 1985, núm. 566. Disposiciones especiales y específicas italianas, parecen dar pie suficiente para la admisibilidad sin problemas de las sociedades de *engineering*, como pone de relieve el primer autor cit., p. 1.079.

²⁰ Decretos de 21 de septiembre de 1973, 4 de abril de 1974, 12 de febrero de 1982, 18 de diciembre de 1987 y diversas órdenes ministeriales.

²¹ Además de las obras citadas en la nota anterior, *vid.*, una clara caracterización en GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*. Vol. XXVIII del *Trattato Cicu Messineo*. Milano, 2.^a ed., 1982, pp. 30 y ss.

La admisibilidad de estas sociedades o empresas de consulting y asesoría, ha de situarse, en consecuencia, al margen de la admisibilidad de las sociedades profesionales propiamente dichas. Sus problemas derivan de otras consideraciones. En particular, las sociedades de intermediación pueden funcionar en el mercado como empresas captadoras de clientes en favor de los profesionales que ejercen liberalmente. Y no es infrecuente que el estatuto o las normas deontológicas del ejercicio de las profesiones, prohíban taxativamente ese tipo de prácticas. Tal ocurre por ejemplo, con el Código de Deontología Médica de 1979, cuyo artículo 79 prohíbe la retribución a intermediarios de cualquier clase; o con los abogados, quienes tienen prohibido proceder a la captación desleal de clientela, considerándose desleal «encargar a terceras personas la obtención de clientela, tanto si su labor es retribuida como si no», según la regla 6.12.c de sus Normas Deontológicas²².

En supuestos como el descrito, no nos hallamos ante sociedades profesionales en sentido propio: la tarea de intermediación entre los profesionales y la clientela es perfectamente calificable como actividad mercantil, pudiéndose por ende articular a través de las sociedades mercantiles, sin mayores inconvenientes. Pero téngase siempre en cuenta que en esos casos, una cosa es la actividad de la sociedad (la labor de intermediación) y otra los servicios profesionales, que se prestan en régimen de dependencia laboral o asimilados, o en régimen de actividad liberal individual o colectiva, pero no en sociedad.

Pero no cabe duda, de que la proliferación de estos supuestos puede llevar a situaciones límite, en las cuales verdaderamente se persigue por varios profesionales constituir una sociedad a la que aportan su actividad profesional, ofreciéndola al mercado bajo la etiqueta de «asesoría», «consulting» o similares, creándose de esta suerte una verdadera sociedad profesional, que evitaría las dificultades de incondicionada admisibilidad que éstas experimentan en nuestro Derecho, como más adelante se trata. Cuando esto suceda, no cabe eludir los límites y condiciones a la constitución de sociedades profesionales, a través de este expediente, que terminaría constituyendo un fraude a la ley.

El riesgo de que la potenciación de las sociedades de intermediación, encubra la realidad de sociedades profesionales, no es imaginario. En

²² Normas Deontológicas de la Abogacía Española, aprobadas por la Asamblea de Decanos celebrada los días 28 y 29 de mayo de 1987.

este sentido, muy llamativa parece la resolución de la DGRN de 2 de junio de 1986 que abordó el siguiente caso. Se otorga escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada, que tiene por objeto «prestar toda clase de servicios y asesoramientos, a empresas o personas físicas, contables, fiscales, jurídicas, de administración, gestión y representación»; el registrador de la propiedad, en su nota calificadora, suspende la inscripción, entre otros motivos, por «establecerse como el objeto social ... la prestación de determinados servicios, para los que se exige titulación académica incompatibles con la personalidad jurídica de las sociedades». Interpuesto recurso por el notario, la Dirección General revocó la nota calificadora. Se sienta, en primer lugar (Cdo. 4.º) la premisa, de la realidad en el mundo del tráfico de la labor en equipo, que supone el nacimiento de un «elemento organizativo», con el consiguiente debilitamiento del personalismo tradicional de las relaciones profesionales; elemento organizativo que puede articularse, bien mediante un grupo de profesionales que trabajan en régimen de dependencia, bien, como ocurría en el caso, «en un plano de igualdad o corresponsabilidad de grupo, tanto en las relaciones internas como en las externas». Para decidir la admisibilidad del caso planteado en nuestro Derecho, se distinguen, a renglón seguido, en primer lugar las sociedades mercantiles cuyo objeto es una actividad profesional en sentido estricto, actividad profesional presidida por el personalismo y la reserva legal a ciertas categorías de profesionales (Cdo. 6.º), que han de poseer una específica titulación profesional, por lo que resultan inadmisibles (Cdo. 8.º); y por otro lado, hay que distinguir las «sociedades que más bien son mediadoras en el sentido de no proporcionar al solicitante la prestación que está reservada al profesional, sino servir no sólo de intermediaria para que sea este último quien la realice, sino también de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas» (Cdo. 7.º), que resultan en general admisibles, siempre que no exista una prohibición legal, de tal suerte que «junto al contrato base suscrito entre cliente y sociedad, se encuentra el sucesivo contrato, ejecución del primero, en el que la intervención del profesional, con su consiguiente responsabilidad no anula o deja sin efecto la que pudiera contraer la sociedad al contratar con el cliente» (Cdo. 8.º). Consideraciones, tras de las cuales, entiende la Dirección General que la cláusula estatutaria que describe el objeto social, so riesgo de ineficacia, ha de ser inter-

pretada «desde un punto de vista finalista», en el sentido de que lo que se ha querido verdaderamente pactar ha sido una sociedad de las del segundo tipo (Cdo. 9.º).

Baste por ahora (pues más adelante ha de volverse sobre esta resolución) con señalar que, en este caso, la admisión de la sociedad de intermediación (sin plantear mayores problemas, acerca de la admisibilidad o no de que los profesionales del caso se pudieran valer de intermediarios) consiente eludir la realidad del caso planteado: a nuestro juicio se trataba de una sociedad profesional en sentido estricto y la Dirección General, en el brete de denegar su admisibilidad (pues al parecer no encontró argumentos para autorizarla), prefiere desviar la cuestión, dando pie así a la admisibilidad de constituir sociedades mercantiles con limitación de responsabilidad que se ciñen, exclusivamente, a actuar de intermediarios en el mercado de los servicios profesionales. Pues sostener que en los casos, como el resuelto, en el cual parecen ser profesionales todos los socios, la mera existencia de la sociedad comporta un elemento organizativo, que hace que la prestación de los servicios profesionales por la sociedad, sea distinta de la que prestarían personal individuales (por ejemplo, actuando conjuntamente, pero sin sociedad), parece una falacia. Claro que hay elemento organizativo; pero ese elemento es la consecuencia de la organización social y no aporta, por sí, nada a la relación de servicios profesionales, como para desvirtuar sus caracteres. Además, el centro de la cuestión probablemente sea otro, que más adelante se aborda al discutir las posibles objeciones a la admisibilidad de las sociedades profesionales, en sentido estricto.

c) *Otras modalidades de ejercicio coordinado de actividad profesional, diferentes de las sociedades profesionales*

Antes de abordar la admisibilidad y problemas de régimen jurídico de las sociedades que tienen por objeto el ejercicio de actividades profesionales, a las que los socios profesionales aportan precisamente su actividad (las sociedades profesionales, en sentido estricto), razones sistemáticas aconsejan hacer una breve referencia a otras posibles modalidades de ejercicio coordinado o en grupo de actividades profesionales, de forma liberal.

Puede señalarse en primer lugar la posibilidad de que varios pro-

fesionales presten ocasionalmente sus servicios de forma conjunta. Supone simplemente este supuesto, un caso de pluralidad de partes en la relación obligatoria de prestación de servicios profesionales. Encuentra regulación, o mejor, mención, en las normas de ejercicio de las profesiones. Así, por ejemplo, el Reglamento orgánico aplicable a los convenios profesionales entre los arquitectos del Colegio de Madrid²³ regula hipótesis de colaboración total o parcial, atribuyendo el crédito por los honorarios a todos los colaboradores frente al cliente, o sólo a uno de ellos, según los casos. O el artículo 54 del Estatuto General de la Abogacía, que autoriza a que el abogado se valga del auxilio de otros compañeros en el ejercicio de sus funciones; o la norma deontológica 7.6, que autoriza la participación de honorarios entre abogados, cuando ha habido una «colaboración jurídica efectiva»; o el artículo 74 del Código Deontológico de la Medicina, que prevé el supuesto de colaboración de varios médicos en el diagnóstico o tratamiento de un enfermo.

Se ha hablado también de la relación de colaboración, caracterizándola como aquella «en que los profesionales liberales se auxilian mutuamente, si bien no es una relación de total paridad, en las que el colaborador “auxilia” a quien actúa verdaderamente como profesional liberal, quedando el colaborador en un segundo plano, recibiendo a cambio una contraprestación económica»²⁴. Su ejemplo más claro se encuentra en la relación denominada de pasantía, característica, por ejemplo, del aprendizaje de la abogacía. El «maestro» (esto es, el abogado con mayor experiencia, titular del despacho en el que se integra el pasante) se auxilia del pasante dirigiéndolo y encauzando sus primeros pasos profesionales, y normalmente satisfaciéndole alguna contraprestación económica, tal como una participación en las minutas de los asuntos, en los que el pasante ha colaborado. La admisibilidad de esta figura es clara. Los tribunales se han ocupado de esta relación con alguna frecuencia, especialmente los del orden laboral, dada la posible aproximación que puede hacerse con la relación de trabajo, especialmente con el aprendizaje o contrato de trabajo en prácticas²⁵.

²³ Anexo núm. 3 al Reglamento del Colegio Oficial de Madrid, aprobado por O. M. de 11 de marzo de 1936.

²⁴ ALBIEZ, *op. cit.*, p. 32 del ejemplar mecanografiado.

²⁵ Sobre esta cuestión, con cita y reproducción de la más importante jurisprudencia.

Una modalidad de colaboración más estable, aunque poco intensa, es la que se entabla entre profesionales que encauzan recíprocamente a sus respectivas clientelas, cuando para atenderlas se requiere de la colaboración de otros profesionales, por causas tales como la mayor especialización profesional de unos u otros, o porque se trate de clientes con intereses en lugares distintos, de tal suerte que los profesionales ejercientes en diferentes lugares mantienen una relación que pudiera denominarse de corresponsalía. El primer supuesto, es encajable dentro de la colaboración y auxilio entre profesionales, sin mayores especialidades. El segundo tampoco comporta relaciones sociales o parasociales, con independencia del que pueda haber convenios de corresponsalía abiertos a un número elevado de profesionales. Pero los integrantes de esa relación, ni comparten clientela, ni ejercicio profesional, ni riesgos, ni responsabilidad. Más bien, son cauces prefijados de colaboración que, cuando ocasionalmente se requiera, discurrirá por el marco preestablecido. La admisibilidad de semejantes situaciones, dentro del respeto de los límites deontológicos (prohibición de reparto de honorarios, de cobro de comisiones, de honorarios de presentación, etc.), parece no suscitar dificultades en nuestro Derecho.

Finalmente, se suele mencionar, como posible cauce de colaboración, la relación de asociación o cuentas en participación. Implica que «uno de los contratantes —profesional liberal o no— se limitaría a recibir el capital para recibir a cambio una participación en las ganancias y asumir hasta el límite de su aportación la responsabilidad por las deudas que pudiera contraer la contraparte»²⁶. Como bien se ha dicho, no es un caso de ejercicio agrupado o en colaboración de la profesión, pues solamente la ejerce el profesional actuante como tal frente a terceros, siendo el otro partícipe, meramente aportador de capital, a cambio de participación en beneficios y corriendo el riesgo de que la actividad genere pérdidas, que aminoren el capital puesto. Desde nuestro punto de vista, su admisibilidad es muy dudosa: primero, porque en nuestro ordenamiento es un contrato eminentemente mercantil, al menos por lo que concierne al gestor (art. 239 CCO), estando prohi-

dencia, *vid.* MONTOYA MELGAR Y CÁMARA BOTÍA, *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*. Madrid, 1990, esp., pp. 28 y ss. y allí referencias doctrinales.

²⁶ ALBIEZ, *op. cit.*, pp. 34-35 del ejemplar mecanografiado.

bido el ejercicio mercantil de no pocas profesiones liberales (como más adelante se detalla); por si se adujera que puede considerarse también contrato civil atípico (obviando así el inconveniente anterior), sigue siendo dudosa su general admisibilidad, dada la prohibición frecuente, en las normas deontológicas, de dar participación en honorarios a terceras personas, especialmente cuando el partícipe capitalista no es profesional, o no lo es de la misma categoría que el socio gestor.

3) **Admisibilidad de las sociedades profesionales en sentido estricto**

a) *Noción de sociedad profesional en sentido estricto*

Por las consideraciones hasta ahora vertidas, puede fácilmente colegirse que, a nuestro juicio, la categoría de las sociedades profesionales, propiamente dichas, debe reservarse para aquellas agrupaciones o sociedades, en las cuales varios profesionales convienen en ejercitar en común su profesión, mediante la aportación por cada uno de ellos de su propia actividad profesional, aparte otras aportaciones de naturaleza diversa (medios instrumentales, por ejemplo), al objeto de cooperar entre sí y contribuir entre todos al levantamiento de los gastos comunes de la profesión, y repartir la ganancia obtenida con ese ejercicio.

El dato caracterizador de la sociedad profesional, es que persigue realizar el ejercicio profesional en común, mediante la aportación del ejercicio profesional por los socios. Y el corolario, es la común participación en pérdidas y ganancias, comunidad de participación que, a nuestro juicio, caracteriza la causa de la relación social²⁷. Pero esta caracterización genérica, contrastada con la realidad, corre el riesgo de dejar fuera los casos en los cuales existen, o se pretende que existan, socios meros aportantes de capital, y no de actividad profesional. Posible supuesto que debe ser objeto, también, de atención, para analizar su admisibilidad.

Por otro lado, con la finalidad de centrar los problemas de admisibilidad de las sociedades profesionales, conviene conjurar desde

²⁷ Vid. CAPILLA RONCERO, *Comentarios*. XXI-1.º cit., pp. 19 y ss. y 349 y ss.

ahora algún falso problema, que desde nuestro punto de vista carece de trascendencia real. Se sostiene con frecuencia, que la propia naturaleza intelectual de la prestación asumida por el profesional, dificulta extraordinariamente admitir que esa prestación pueda ser realizada por una sociedad (ente despersonalizado); pues el intelecto es atributo exclusivamente humano, del que carecen las sociedades. De donde se inferiría la imposibilidad de que la sociedad apareciera frente a los terceros clientes, como titular del deber de prestación de servicios profesionales. Con ello, se pone en solfa la posibilidad de que, en las relaciones externas con los clientes la sociedad fuera parte contratante. En suma, parecería ser incompatible el ejercicio profesional con la sociedad de relevancia externa; o, si se prefiere juridificar los términos de la cuestión, la sociedad podrá existir como medio de apoyo al profesional, pero el ejercicio en sí tiene siempre que ser personal de un profesional de carne y hueso, al que no podría desplazar la persona jurídica social. Habría pues incompatibilidad entre personalidad jurídica y ejercicio profesional. Éste es el razonamiento de fondo que subyace en la anteriormente referida resolución de la DGRN de 2 de junio de 1986, cuando, al distinguir sociedades profesionales en sentido propio y sociedades instrumentales o mediadoras, señala la inadmisibilidad de las primeras «ya que la persona jurídica *per se* y como ente abstracto no puede realizar directamente esta clase de prestaciones» (Cdo. 8.º).

Desde nuestro punto de vista, ese modo de razonar es equivocado. Lo es, porque desconoce el sentido y alcance, eminentemente instrumentales, que tiene la atribución de personalidad jurídica, y porque no resuelve la admisibilidad de sociedades profesionales carentes de relevancia externa.

Respecto de lo segundo, en nuestra opinión, no es condición, para que una sociedad de profesionales sea calificable como sociedad profesional en sentido estricto, que frente a terceros se haga patente la existencia de dicha sociedad. Cabe considerar sociedad profesional, a aquélla con eficacia interna entre los profesionales ejercientes, quienes, aun colaborando en el ejercicio profesional recíprocamente, sin embargo, frente a sus clientes asumen el estatuto del profesional individual, estando obligados frente a sus consocios a la comunicación del resultado adverso o positivo del ejercicio profesional. Esta conclusión se impone como consecuencia de que el régimen general aplica-

ble puede ser el de la sociedad; y en ella el elemento predominante es la comunidad de riesgo y resultados, antes que la comunidad de explotación en sentido estricto; se exige colaboración de todos los socios a la consecución del resultado común y partible, pero no se exige comunidad de explotación ni comunidad de empresa, ya que las modalidades de colaboración son extraordinariamente amplias²⁸. Y desde luego, en lugar alguno se exige que la colaboración sea patente a los terceros. Es el supuesto del atormentado artículo 1.669 Código civil, íntimamente ligado a la primera de las cuestiones apuntadas, esto es, a la atribución de personalidad jurídica.

Antes de pasar a ello, no obstante, las anteriores consideraciones nos permiten entender que, por ejemplo, en el frecuente caso de los «convenios notariales» que, excediendo del artículo 42 RN, comportan reparto de honorarios y comunidad de gastos en general, no hay mera sociedad instrumental, sino verdadera sociedad profesional, aunque interna, dado que, de los términos taxativos del precepto citado, se desprende la imposibilidad de ejercicio habitual común frente a terceros de la función notarial.

Por lo que concierne al problema de la interposición de la personalidad jurídica de la sociedad, como grave obstáculo, incompatible con la naturaleza eminentemente intelectual de la prestación profesional, resulta inatendible. Por las mismas consideraciones, una persona jurídica no podría asumir obligaciones que comportaran, por ejemplo, el uso de la fuerza física: las personas jurídicas carecen de

²⁸ Por ello, hablar de la sociedad interna como instrumento no societario de ejercicio de las profesiones liberales en grupo, es equivocado (*vid.* ALBIEZ, *op. cit.*, pp. 31 y ss.). Que en otros países se pueda, sin embargo, afirmar, es una cuestión distinta, que depende de cada ordenamiento concreto. Por ello, en Italia sí puede decirse que la sociedad meramente interna no es sociedad, pues la «società semplice» (que desempeña el papel equivalente a nuestra sociedad civil) está siempre dotada de relevancia externa (*cfr.*, sobre el particular, GALGANO, *op. cit.*, pp. 162 y ss.). Por esas mismas consideraciones, no puede tampoco sostenerse que la comunidad de bienes, constituya otro cauce no societario para el ejercicio profesional agrupado (ALBIEZ, p. 34, expresando sus dudas). La comunidad de bienes (su régimen) no permite el ejercicio de una actividad en común, encaminada al fin común del reparto de ganancias y participación en pérdidas; en realidad, cuando se dice que varios profesionales se agrupan bajo el esquema de la comunidad, se quiere decir que pretenden someter sus titularidades jurídicas reales al régimen de la comunidad; cosa que sucede, por demás también en las sociedades internas frente a terceros, cuando hay elementos patrimoniales en común, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1.669 Código civil. Estas pretendidas comunidades, son sociedades civiles.

músculos. Discurrir por estos derroteros no conduce absolutamente a nada. Se olvida que la personalidad jurídica, en el ámbito jurídico privado, consiste fundamentalmente en un medio técnico, que consiente, entre otras cosas²⁹, imputar titularidades jurídicas e imputar al ente personificado las consecuencias jurídicas de la actuación de los sujetos, personas físicas, dotados de atribuciones para vincularlas. Desde este punto de vista, la imposibilidad material de que la persona jurídica realice actos o adopte comportamientos, no es incompatible con que el ordenamiento pueda atribuir a la persona jurídica la titularidad de las relaciones jurídicas, en cuyo seno han de desenvolverse esos actos o adoptarse esos comportamientos. Luego la discusión no está centrada en si el ente social posee aptitud natural para desarrollar la actividad intelectual en que consiste la prestación profesional, sino en determinar si es posible, de acuerdo con las características peculiares de la prestación de los servicios profesionales, imputar al ente social o al grupo la titularidad de la relación de servicios profesionales, que materialmente habrán de ser prestados por un profesional humano, con la cualificación legalmente requerida³⁰. Asimismo, la discusión debe también centrarse en si es admisible el ejercicio profesional en grupo, en función de que sea o no compatible con el estatuto propio de los profesionales.

b) *Sociedades profesionales reguladas o aludidas legalmente*

Algunos supuestos concretos de sociedades profesionales han sido objeto de atención en normas «verticales» o sectoriales. A título meramente ejemplificativo, mencionamos algunos de los supuestos más relevantes, detallando, siquiera sumariamente, su régimen, para poner de relieve el distinto detalle, con que esas reglamentaciones contemplan a estas sociedades.

Especialmente llamativo es el caso de las denominadas Sociedades Instrumentales de Agentes Mediadores Colegiados, reguladas por R. D. 1.455/82, de 28 de mayo, y OM (Economía y Hacienda) de 31

²⁹ Sobre el sentido y función de la atribución de la personalidad jurídica en el Derecho privado, remito a CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Madrid, 1984.

³⁰ Coincide sustancialmente con estas valoraciones ALBIEZ, *op. cit.*, p. 28.

de julio de 1982. Es llamativo este caso porque, aunque la denominación «Sociedad Instrumental», que debe figurar necesariamente en su denominación (art. 1.º 2 OM), puede hacer pensar que no son verdaderamente sociedades profesionales, sin embargo son verdaderas sociedades profesionales, si se tiene en cuenta que su objeto ha de consistir, exclusivamente, en «la realización de las actividades propias de la mediación mercantil y la prestación de servicios complementarios o accesorios a la misma, siempre que sean por cuenta de terceros y no impliquen aval o garantía» (art. 2. R. D.); esto es, la actividad de mediación mercantil propia de los agentes mediadores. Consciente el legislador de las especialidades que demandan estas sociedades, se entretiene en precisar algunos de esos extremos: se autoriza a los agentes mediadores colegiados a constituir sociedades profesionales, que necesariamente deben revestir la forma de sociedades anónimas, tener el capital íntegramente desembolsado y representado en acciones nominativas (art. 2.º R. D.), cuyos titulares exclusivamente pueden serlo agentes de cambio y bolsa y corredores colegiados de comercio en activo (art. 1.º 1 OM), socios cuyo número se limita como máximo al diez por ciento de la plantilla del respectivo Colegio y como máximo a treinta y cinco (art. 1.º 4 OM); se crea un Registro especial administrativo para estas sociedades (art. 4.º R. D.) y se establece la necesidad de autorización por parte de la autoridad corporativa colegial (art. 3.º R. D.).

Son un claro ejemplo de la posibilidad, al menos teórica, de que los profesionales ejerzan la profesión mediante sociedades capitalistas con responsabilidad limitada. Si bien conviene destacar que la naturaleza de las actividades, constitutivas del objeto social, es mercantil. Nota que no concurre en las profesiones liberales clásicas por definición.

Otro ejemplo, también de profesión que gira en torno a la actividad mercantil, lo encontramos respecto de los auditores; si bien en este caso el modelo social que se les autoriza a constituir, a primera vista se aproxima más a los modelos que, a nuestro entender, son utilizables por el resto de las profesiones liberales. En efecto, la Ley 19/1988, de 22 de julio, de Auditoría de Cuentas, autoriza en su artículo 10 la constitución de sociedades de auditoría, compuestas por personas físicas, determinando que la mayoría de socios deben ser auditores y detentar, a su vez, la mayoría del capital y de los dere-

chos de voto, así como que la mayoría en los órganos de administración y gestión debe estar en manos de socios auditores ejercientes (*vid.*, art. 28 del Reglamento de dicha Ley, R. D. 1.636/1990, de 20 de diciembre). Las auditorías emitidas por la sociedad, deben estar dirigidas y firmadas por uno o varios de los socios auditores (art. 12.3 Rgto.). Los auditores firmantes, asumen responsabilidad personal ilimitada por los daños que pueda causar el incumplimiento de sus obligaciones; a la suya, se suma la responsabilidad solidaria de la sociedad; y los socios auditores no firmantes del informe, asumen responsabilidad subsidiaria y solidaria entre sí, por dichos daños (art. 11.2 LAC y 42 Rgto.). Estas sociedades, se encuentran sometidas a la necesidad de inscripción, en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas (art. 28.d y 29 Rgto.). Finalmente, por lo que se refiere al régimen disciplinario, se reputan cometidas por la sociedad las infracciones realizadas por socios que hubieren actuado en nombre y representación o por cuenta de la sociedad, alcanzando la sanción de baja temporal o definitiva³¹, además de al socio materialmente infractor, a todos los socios que formen parte de los órganos de representación y no hubieran salvado su voto (art. 18.3 y 4 LAC y 59 Rgto.)³². No se establece, pues, un tipo social determinado, si bien, del régimen de responsabilidad y de la cualificación personal que deben reunir la mayoría de los socios y los gestores, pudiera pensarse que los tipos más adecuados debieran ser los de las sociedades personalistas. Sin embargo, no parece en ningún caso vedado el recurso a la constitución de sociedades capitalistas o mixtas; es más, el artículo 34.2.c del Reglamento, al referirse a la información que periódicamente deben remitir las sociedades de auditoría al Instituto de Contabilidad y Auditoría, señala que ésta debe incluir el «capital social, con indicación de su distribución entre los socios y, en su caso, de aquella parte del capital representado por acciones sin derecho a voto»; de donde se deduce que se contempla la posibilidad de que se constituyan, como so-

³¹ No así, parece, el resto de las posibles sanciones, como son la amonestación privada o pública.

³² Solución que quizás no sea compatible con los principios que informan el derecho sancionador. Pues puede ocurrir que un socio auditor cometa infracciones no detectables por los órganos de gestión social, o que ni siquiera supongan actuaciones que deban ser refrendadas por dichos órganos, no procediéndose entonces a votación alguna, en la que pueda haber votos que salvar.

ciedades de auditoría, sociedades anónimas y comanditarias por acciones.

Aproximándonos a profesiones liberales clásicas, el Estatuto General de la Abogacía Española prevé la constitución de despachos colectivos, formados por abogados (parece que sólo por abogados) residentes en el territorio del Colegio a que corresponda el despacho, con prohibición de ejercicio profesional liberal separado (prohibición de tener despacho independiente del colectivo), y requiriendo la inscripción del despacho colectivo en el correspondiente Colegio, previa aprobación del contrato o pactos que medien entre los socios (art. 34 EGAE). Se exige que se dé a conocer con claridad la condición de despacho colectivo, tanto en general, como frente a cada cliente (art. 36). Y se describe el objeto social, señalando que «el despacho colectivo comprenderá la colaboración recíproca y la intervención profesional en su total ámbito» (art. 37). Se puede afirmar que este denominado despacho colectivo implica una sociedad profesional en sentido propio, que por las características con que se describe, debiera adoptar como modelo preferente el tipo de alguna de las sociedades personalistas. Aunque, como más adelante se verá, pudiera discutirse la posibilidad de fórmulas mixtas.

Por su parte, el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales autoriza a que los procuradores ejercientes en el mismo Colegio se asocien para el ejercicio profesional, dando cuenta de ello al Colegio; haciéndose pública dicha asociación mediante la constancia de los nombres y profesión de los socios; y prohibiendo que los socios asuman la representación de litigantes contrarios en el mismo pleito. Finalmente se establece la presunción de que media asociación entre los procuradores que comparten el mismo local (art. 37 EGPT). De nuevo, no se detallan los tipos sociales posibles, pero parece que esa asociación, como la denomina la norma aludida, encajaría mejor en el molde de las sociedades personalistas.

Por último, el Código de Deontología Médica de 1979 prevé la posibilidad de ejercicio de la medicina en equipo, mediante la constitución de una «asociación» por escrito, a la que se le prohíbe la explotación comercial (arts. 99 y 100). Se exige autorización de la organización Colegial, que debe velar por el respeto de las normas deontológicas (art. 101). Y expresamente se establece la responsabilidad personal del médico ante su paciente, que «debe permanecer

individual, invariable y completa, sin perjuicio de la responsabilidad colectiva subsidiaria» (art. 102). De nuevo, parece que el cauce ideal, serían las sociedades de corte personalista, para dar forma a esta agrupación.

Finalmente, merece mencionarse la única norma de carácter general para sociedades profesionales de cualquier profesión que, cómo no, es una norma de índole fiscal. El artículo 52.1.B de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de 1991, establece que quedan sometidas al régimen de transparencia fiscal «las sociedades que desarrollen una actividad profesional, en las que todos sus socios sean profesionales, personas físicas, que, directa o indirectamente, estén vinculados al desarrollo de dicha actividad»³³. Se asimilan a éstas, las sociedades en las que haya participación de socios no profesionales, cuando el total de dicha participación sea inferior al cinco por ciento del capital social. Lógicamente, dada la lógica de las normas fiscales, las condiciones fijadas no deben entenderse en el sentido de que, con carácter general en nuestro ordenamiento, y a salvo normas especiales en contrario, las sociedades profesionales sólo se admitan con esas condiciones; por el contrario, debe entenderse que tales condiciones son las que determinan el sometimiento al régimen de transparencia fiscal, de manera que las sociedades profesionales que no respeten esos límites (todos los socios personas físicas profesionales o participación de no profesionales, con el máximo del 5%), se someterán al régimen del Impuesto de Sociedades. Ahora bien, en nuestra opinión la norma fiscal sí sirve al menos para dotar de carta de naturaleza, en general, a las sociedades profesionales en

³³ Su precedente era el artículo 12.2.B del anterior texto de la LIRPF (Ley 44/1978, de 8 de septiembre), el cual sometía al régimen de transparencia fiscal a «las entidades jurídicas constituidas para el ejercicio de una actividad profesional en las que todos sus socios sean profesionales de dicha actividad». La redacción dada por la Ley 48/1985, de 27 de diciembre, introdujo algunas alteraciones, que representan la transición hacia el texto actual; según esa redacción, se sometían a transparencia fiscal «las entidades jurídicas constituidas para el ejercicio de una actividad profesional en las que todos sus socios sean profesionales que, directa o indirectamente, estén vinculados al desarrollo de dicha actividad». Se relaja el nexo de vinculación de los socios con la actividad profesional (objeto de la entidad), bastando con que esa relación sea directa o indirecta. El paso siguiente, es autorizar el régimen de transparencia incluso cuando un pequeño porcentaje del capital se encuentre en manos de sujetos no vinculados de ningún modo con la actividad profesional, como ocurre en el texto actual.

nuestro ordenamiento. Aunque queden pendientes los problemas de determinar dentro de qué límites, adoptando qué tipos sociales, con qué régimen de responsabilidad, de gestión, etc. Pues entender lo contrario atentaría contra la exigencia de un mínimo de coherencia en el conjunto del ordenamiento.

El repaso efectuado, pues, permite afirmar que las sociedades profesionales en sentido estricto son posibles. Lo son, primero, cuando exista norma sectorial o vertical que las autorice para una determinada profesión; y lo pueden ser, segundo, para la generalidad de las profesiones, porque así lo reconoce la práctica, de la que se ha hecho eco el legislador en las normas fiscales.

Ahora bien, la pobreza y fragmentación de la regulación de las sociedades profesionales, no permite construir, sobre la base de las normas que las autorizan, un régimen general común y diferenciado para todas las sociedades profesionales. Para hallar un régimen adecuado, se impone la necesidad de acudir a los tipos generales predisuestos por el ordenamiento, que básicamente se encuentran en el Código civil y en las leyes mercantiles. Por ello, hay que plantear la posibilidad en concreto de acudir a esos tipos sociales.

c) *El estatuto profesional y los tipos sociales civiles y mercantiles*

El estudio de las sociedades profesionales en nuestro país no ha despertado hasta la fecha gran interés. Ello explica la casi total ausencia de trabajos monográficos sobre este asunto³⁴ y el hecho de que la literatura esté básicamente constituida por consideraciones marginales de obras más generales. En esos tratamientos genéricos, habitualmente además, el análisis de las sociedades profesionales se cen-

³⁴ Desde el punto de vista del derecho civil o mercantil, no conocemos más que el reciente trabajo de KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN, repetidamente citado, que se encuentra en trance de publicación. Muy recientemente debe añadirse el tratamiento dado por PAZ-ARES, *op. cit.*, pp. 1.403 y ss., destacable aun siendo parte de una obra general. Algunos trabajos existen, que enfocan los problemas de las sociedades profesionales desde el punto de vista fiscal, la mayoría de ellos recogidos en el núm. 15 de *Hacienda Pública Española*, o que analizan las relaciones en el seno de las sociedades profesionales, para distinguirlas de las relaciones laborales. Noticia de todos ellos se puede encontrar en la nota 21 del citado trabajo de Albiez, relación a la que debe añadirse el ya citado trabajo de MONTOYA MELGAR y CÁMARA BOTÍA, *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*. La situación es muy diferente en Francia y en Italia.

tra en la cuestión de su admisibilidad, y no propiamente en el detalle de sus problemas de régimen jurídico. Con lo cual demuestra la doctrina española padecer el mismo vicio que, antes, se ha denunciado respecto de nuestra legislación: se ignora una realidad social pujante, que a nuestro juicio suscita numerosísimos problemas, precisamente por su falta de adecuada regulación.

Con todo, y haciendo honor al enfoque que todavía parece prevalecer, no está de más efectuar algunas consideraciones, centradas sobre los problemas de admisibilidad en general de las sociedades profesionales, especialmente de aquellas profesiones que carecen de norma habilitante para su ejercicio en sociedad, o cuyas normas son tan poco específicas, que dejan abiertos la mayoría de los problemas.

La mayor parte de los problemas de admisibilidad de las sociedades profesionales, dimanar de las particularidades apreciables en lo que podríamos denominar el estatuto profesional, de ejercicio de las profesiones liberales, sobre todo las de corte más clásico (medicina, arquitectura, ingeniería superior, abogacía, etc.). Pues se tiende a considerar que las notas que presiden dicho estatuto, imposibilitan en la práctica que se constituyan sociedades profesionales en sentido estricto.

El fin de lucro en las sociedades profesionales

Un primer escollo se podría encontrar en la frecuente interdicción de ejercicio de las profesiones liberales con ánimo de lucro o espíritu mercantil³⁵. De esa prohibición se podría extraer la incompatibilidad entre ejercicio profesional y constitución de sociedades profesionales, dado que en nuestro Derecho el contrato de sociedad exige fin de lucro³⁶. Y si el profesional no puede ejercer con ánimo de lucro en

³⁵ Terminante es el artículo 14 CDM, que establece que la práctica de la medicina «en ningún caso y en manera alguna puede ser ejercida como un comercio», tanto si se ejercita aisladamente, como en equipo (*vid.*, art. 99). En el mismo sentido, basta ver las normas que prohíben a los profesionales valerse de prácticas lícitas en el ejercicio de actividades comerciales, tales como la publicidad.

³⁶ Opinión que sigue siendo, a nuestro entender, la más segura por imponerlo el difícilmente sorteable tenor literal de los artículos 1.665 y 116 CCO, a pesar de los meritorios y recientes esfuerzos de un sector doctrinal, anteriormente aludido, que postula una interpretación correctora, que eliminaría esa exigencia, incluso para el concepto de sociedad civil en sentido estricto y no, meramente, para un concepto amplio o genérico de sociedad.

forma individual, con el mismo fundamento no podría ejercer en sociedad. Habría de acudir a otros mecanismos de agrupación, que en términos generales pueden reconducirse a la noción de asociación sin fin lucrativo.

∫ Frente a ello, cabe formular varias objeciones. En primer término, que lo que se prohíbe no es ganar dinero con el ejercicio profesional, sino que el ánimo lucrativo mediatice el ejercicio profesional, en detrimento de los deberes de diligencia, pericia, deontología y servicio a la comunidad y al cliente, que deben presidir dicho ejercicio.∫ De donde se infiere que la prohibición de mercantilizar el ejercicio profesional, podrá acaso ser obstáculo para constituir sociedades mercantiles por su objeto, pero nada obsta a que se puedan constituir sociedades de objeto civil.

Además, la exigencia de fin de lucro partible, como elemento causal del contrato de sociedad, puede ser entendida en términos bastante flexibles y no excluyentes. La flexibilidad proviene de que lucro es sinónimo de ganancia partible; luego cualquier actividad que reporte o pueda reportar ingresos o ganancias, es en principio susceptible de ejercicio en sociedad. En otros términos: si el profesional de ejercicio individual puede legítimamente ganar dinero con su profesión, nada impide que gane dinero ejercitándola en grupo. Y por otro lado, junto al fin de lucro o ganancia, se encuentra la finalidad de ejercicio asociado de la profesión y colaboración entre los integrantes del colectivo, que tiñe el fin u objeto social, y atendiendo al cual habría de considerarse mercantilizado el ejercicio de la profesión o no.

Por otro lado, la admisión de sociedades de profesionales cuenta con un, aunque tangencial, título legitimador en nuestras leyes: el artículo 1.678 Código civil, al ejemplificar a las sociedades civiles particulares, expresamente atribuye tal consideración a que tiene por objeto «el ejercicio de una profesión o arte»; supuesto que arranca desde el derecho romano, ya que las fuentes aluden a la sociedad constituida entre profesores de gramática, que se reparten las ganancias obtenidas³⁷; profesores que son por antonomasia profesionales liberales, de

³⁷ Sobre este particular, su recepción por Pothier y su paso por García Goyena, hasta llegar al Derecho vigente, *vid.* CAPILLA RONCERO, *Comentarios*. XXI-1, cit., pp. 153 y ss. Allí se ponen de relieve las dudas acerca de la calificación que merece la sociedad de gramáticos.

lo cual queda aún traza en el tenor literal de algunos preceptos de nuestras leyes decimonónicas, como es por ejemplo el caso del artículo 1.967 Código civil³⁸. Y en cualquier caso, con independencia de su origen histórico, que más parecería aludir a la sociedad de medios instrumentales o a la sociedad meramente interna, el tenor de la norma, es un sólido argumento en pro de la admisión de las sociedades profesionales en sentido estricto³⁹.

En cuarto lugar, negar que, por tener prohibido el fin lucrativo, sea sociedad la agrupación de profesionales, para el ejercicio en común de la profesión, encauzándose entonces a la noción de asociación en sentido estricto, puede significar un inútil camino de ida y vuelta, que desemboque en la aplicación de las normas de la sociedad, en todo caso. En efecto, si se califica a las sociedades profesionales como asociaciones en sentido estricto, han de quedar encajadas en una de las dos categorías a que se refiere el artículo 35 Código civil. Así, o se consideran «asociaciones de interés público reconocidas por la ley», o «asociaciones de interés particular». Desde nuestro punto de vista, no cabe la primera calificación, sino que las ventajas perseguibles por los profesionales asociados deben encauzarse por la vía de las asociaciones de interés particular. Y, por disposición del artículo 36 Código civil, a las asociaciones de interés particular, se les aplica el régimen jurídico de las sociedades. Régimen jurídico, además, adecuado al supuesto de hecho, dado que el ejercicio de la actividad profesional puede ser considerado, en sentido amplio, ejercicio de una actividad económica (o, al menos, que es objeto de retri-

³⁸ Cuestión distinta es que, en la actualidad, la inmensa mayoría de los profesores y maestros prestan sus servicios en régimen de dependencia laboral o funcionarial. Pero ello no quita un ápice a la posibilidad de ejercicio liberal del magisterio, que por su propia naturaleza representa la más exquisita prestación intelectual que imaginar quepa.

³⁹ Sin desacreditación alguna de la misma, como imputa PAZ-ARES, *Comentario, cit.*, p. 1.404. Pues sentado que la sociedad interna de ganancias es verdadera sociedad profesional, al menos ésa queda incluida en la norma del artículo 1.678. Por lo que respecta a la admisibilidad de la sociedad profesional con eficacia externa, los restantes argumentos que se aducen a renglón seguido refuerzan el entendimiento de que también caben, amparándose por supuesto bajo la cobertura literal del mismo precepto. Pero no porque el sistema del Código civil parta de las sociedades externas o personificadas, como señala el mismo autor (con planteamiento en exceso dogmatizado, que parece despreciar el particular acarreo histórico de que fueron objeto las normas reguladoras de la sociedad en nuestro Código civil), sino porque no hay argumentos sólidos en contra de su admisibilidad.

bución económica). Y la asociación para el ejercicio de actividades económicas, donde mejor se encaja es en el régimen de las sociedades. Así pues, incluso por esta vía indirecta, que negara la calificación de sociedad a la de profesionales, se llegaría al resultado final de someter a semejante asociación al régimen de las sociedades. Por otro lado, someter las agrupaciones profesionales al régimen de las asociaciones de la Ley de 1964 es poco práctico y útil, dado el tenor de semejante normativa. Luego por razones de utilidad o conveniencias prácticas, parece también imponerse la misma conclusión: la aplicabilidad del régimen de las sociedades ⁴⁰.

Una agrupación para desarrollar en común una actividad calificable, en términos amplios, como económica, encuentra, desde la óptica de nuestro ordenamiento, más adecuado encaje entre las normas de las sociedades que en cualesquiera otras. Y si además, concurre la nota de reparto de los ingresos obtenibles mediante el ejercicio de dicha actividad, la posible duda se desvanece: se trata en sentido estricto de una sociedad, que se deberá someter al régimen jurídico adecuado, en función de su objeto y tipo sociales, según los casos. Todo ello, sin perjuicio de que el régimen de las sociedades pueda resultar impreciso o inadecuado en algunos, acaso bastantes, extremos.

El personalismo en las relaciones con los clientes

✓ Mayor escollo para la admisión de las sociedades profesionales en sentido estricto, lo constituye la presencia de la nota del personalismo o «*intuitus personae*», caracterizadora de la relación entre el

⁴⁰ No se trata aquí de hacer cuestión del debatido problema de si el fin de interés particular es exactamente coincidente con el fin de lucro, de tal suerte que toda asociación habría de tener, o fin de interés general (asociación en sentido estricto), o fin de lucro sinónimo de interés particular (sociedad); con dudoso hueco, pues, para asociaciones sin fines de interés general, pero también sin fin de lucro. Cuestión sobre la cual *vid.* FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Asociaciones y Constitución*. Madrid, 1987, esp., pp. 163 y ss. Recientemente, sosteniendo la admisibilidad, en el seno del artículo 35-2.º de asociaciones de interés particular sin fin de lucro, que además serían sociedades (ya que el fin de lucro habría dejado de ser exigencia cualificada del contrato de sociedad), *vid.* PAZ-ARES, *Comentario, cit.*, pp. 1.308 y ss., y allí referencias. *Vid.*, también, sumándose a la opinión tradicional, CAFFARENA, J., en el mismo *Comentario*. Tomo I. Madrid, 1991, p. 236.

profesional y el cliente. Esta nota, generalmente afirmada⁴¹, se fundamentaría en la confianza depositada por el cliente a la hora de la elección de profesional, manifestándose en la frecuencia con que el profesional obtiene conocimiento confidencial de actividades, opiniones o situaciones del cliente, y tendría, entre otras, la consecuencia de la obligación del profesional de ejecutar personalmente el encargo recibido. Nota, esta última, que dificultaría o imposibilitaría la prestación de tan peculiares servicios por una sociedad, ya que ésta, de ser quien recibe el encargo, encomendaría, más allá del control del cliente, la realización de las actividades constitutivas de los servicios profesionales, a alguno de sus socios. Con lo cual, se produciría la hipótesis que prevé el artículo 1.161 Código civil, según el cual, en las obligaciones de hacer, no cabe compeler al acreedor a recibir el servicio de un tercero, «cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación». En suma, por su propia naturaleza, la prestación del profesional liberal devendría infungible. Además, la confianza habría de depositarse en persona física, la única que puede poseer las cualidades, aptitudes y habilitación legal en su caso para el ejercicio de la profesión. De donde se concluiría con la imposibilidad de que una sociedad asuma el papel de profesional prestador de servicios.

Ahora bien, dejando a un lado parcialmente lo dicho en último lugar (pues tiene que ver con la exigencia de una específica cualificación para el ejercicio profesional, que se aborda más adelante), como con frecuencia ocurre, los argumentos que se pueden exponer de forma tan cerrada y contundente, son rebatibles, si se aíslan adecuadamente sus distintos elementos.

En primer lugar, en nuestro ordenamiento esa nota del personalismo no se impone con el carácter imperativo, que se establece en otros ordenamientos próximos como ocurre con el caso italiano⁴², sino

⁴¹ Por todos *vid.* LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*. Tomo II. Vol. 3.º. Barcelona, 1986, pp. 314-315. Bajo la más ambigua denominación de «intuitus personae» engloba ese personalismo YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 235 y ss.

⁴² El artículo 2.232 del Código civil italiano dispone que el obligado a prestar la obra intelectual (contenido de la prestación del profesional intelectual) debe realizar personalmente el encargo asumido, si bien puede valerse, bajo su dirección y responsabilidad, de sustitutos y auxiliares, siempre que la colaboración ajena esté permitida por el contrato o por los usos y no sea incompatible con el objeto de la prestación. Partiendo del tenor prohibitivo de la ley de 23 de noviembre de 1939, n.

que parece derivar de la «naturaleza de las cosas». Mas esa naturaleza de las cosas habrá de ser determinada en cada caso concreto, atendiendo a las circunstancias concretas que concurran. Pues nada impide que, de manera expresa o implícita, el posible cliente relaje el personalismo de su relación con el profesional, de tal suerte que encomiende la realización del servicio directamente a la sociedad, autorizándola para asignar el profesional o profesionales más convenientes, para la atención de sus necesidades.

Además, la confianza del cliente puede estar depositada, sin ningún tipo de impedimento, no en un profesional concreto, sino en el grupo de profesionales que se integran en la sociedad, o de cuyos servicios se vale la sociedad. Pues la sociedad puede perfectamente gozar de determinado prestigio, acreditado por la calidad de los profesionales que en ella colaboran, por el control riguroso que desde la sociedad se ejerza para la selección de los profesionales actuantes, por los medios que ponga a disposición de los profesionales, etc. No es por demás un fenómeno extraño en el campo profesional. El cliente que busca la atención de un renombrado bufete colectivo o el tratamiento en una determinada clínica, fía en el buen nombre profesional de tales organizaciones, siendo secundario el profesional concreto que lo termine atendiendo. En otras palabras, si la confianza está en la base del personalismo, nada impide que la confianza se deposite en una sociedad o colectivo.

En tercer lugar, si se entendiera la nota del personalismo en sentido estricto, probablemente carecerían de sentido y aplicación las normas del estatuto profesional, que con frecuencia autorizan a los profesionales ejercientes individualmente a valerse de la ayuda de auxiliares y colaboradores. Así, por ejemplo, el artículo 12 del D. de 13 de junio de 1931, sobre el estatuto de los arquitectos, autoriza a los arquitectos a contar con la colaboración de otros colegas; colaboración que puede revestir diversas modalidades, contar o no con la autorización del cliente, etc., según se prevé en el reglamento orgánico núm. 3 del

1.815 (sus dos primeros arts. los facilita, traducidos, YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 157), en la doctrina italiana ése era uno de los principales escollos para la admisión de las sociedades profesionales (*cfr.* GALGANO, *Le società in genere, cit.*, p. 26). Pero incluso existiendo una norma imperativa que introduce el personalismo, la mayoría de la doctrina del vecino país considera superable la objeción (*cfr.* BUSSOLETTI, M., *op. cit.*, pp. 1.075 y 1.077).

Colegio de Arquitectos de Madrid. El artículo 54 del Estatuto General de la Abogacía, por su parte, autoriza a los abogados a auxiliarse «de sus colaboradores u otros compañeros». El artículo 56 del Código de Deontología de la Medicina, impone al médico el deber de consulta con otros médicos, cuando lo aconseje el beneficio del enfermo; los artículos 96 ss. regulan la sustitución; el artículo 33 del Estatuto General de los Procuradores, les autoriza a hacerse sustituir por un compañero u oficial habilitado, etc. Personalismo y colaboración de otros profesionales y auxiliares, no son pues términos contrapuestos.

En suma, la evolución de la prestación de los servicios profesionales también se ha dejado notar en este aspecto, como es bien señalado por la reiterada resolución de la DGRN, cuando subraya el «debilitamiento del contacto personal y humano que tradicionalmente venía reconocido como la esencia de la prestación profesional al cliente» (Cdo. 4.º). Si las circunstancias han cambiado, parece razonable no insistir en la presencia de la nota del personalismo en la prestación de los servicios profesionales, como traba insalvable en la actualidad, para la admisión de las sociedades profesionales⁴³.

La cualificación personal

Para el ejercicio de un buen número de profesiones, las leyes exigen unos requisitos específicos de cualificación que suponen la superación de unos estudios o unos exámenes, que acrediten que los aspirantes poseen la cualificación técnica precisa, para efectuar un ejercicio adecuado. Ser profesional supone, en este sentido, poseer y dominar la ciencia, la técnica o el arte profesionales, con la pericia requerida, como fundamento de la realización competente de los actos profesionales. Pues bien, siendo así, la objeción a la admisión de sociedades profesionales es clara: no puede haber sociedades profesionales que asuman la condición de titulares de la relación de servicios profesionales con los clientes, porque las sociedades (las personas jurídicas, si se quiere) carecen de las cualidades de inteligencia, prudencia, capacidad de aprendizaje, etc., necesarias para el aprendizaje de la *lex artis*,

⁴³ En el mismo sentido *vid.* ALBIEZ, *op. cit.*, pp. 7 y 8 del texto mecanografiado. También PAZ-ARES, *op. cit.*, pp. 1.404-1.405.

y por ende, no poseen los títulos académicos ni pueden, por su propia naturaleza, concurrir a y superar los exámenes precisos para el ingreso en la profesión. El acceso a muchas profesiones está presidido por la exigencia de cualificación personal, que por su naturaleza las sociedades no pueden poseer. Acceso al ejercicio profesional y ejercicio mismo que se reservan en exclusiva a los sujetos poseedores de la oportuna cualificación. Por ende, si las sociedades, como tales, no pueden poseer esa cualificación, tampoco pueden asumir el papel de prestador de servicios profesionales, pues ello iría en contra de la reserva monopolística del ejercicio, en favor de los legalmente habilitados ⁴⁴.

Esta objeción late también en el fondo de la repetida resolución de 2 de junio de 1986, cuando sostiene que las sociedades profesionales en sentido estricto, «siempre que se requiera la exigencia de una titulación profesional o requisitos similares, es claro que no cabe admitirlas, ya que la persona jurídica “per se” y como ente abstracto no puede realizar directamente esta clase de prestaciones» (Cdo. 8.º).

La objeción así formulada puede superarse, si se parte de la consideración de que las sociedades profesionales no ejercen verdaderamente los actos profesionales, que tienen necesariamente que ser desarrollados por sujeto cualificado y habilitado para ello. La relación entre la sociedad y el cliente es una relación de prestación de servicios profesionales en sentido estricto, lo cual no significa que la materialidad de la atención profesional sea desarrollada por la sociedad como tal. La exigencia de respeto de la cualificación y reserva monopolística, queda servida con la exigencia de que sean profesionales habilitados los que realicen materialmente los actos integrantes de la prestación de servicios profesionales, cuyos efectos pueden perfectamente atribuirse a la sociedad, tal y como quedó dicho con anterioridad, al hablar de la secundaria transcendencia que tiene la cuestión de la personalidad jurídica de las sociedades para el asunto que nos ocupa.

Luego el verdadero peligro, no estriba en que la sociedad como

⁴⁴ Sobre la exclusividad de la reserva del ejercicio de la profesión en favor de quienes ostenten la pertinente habilitación, *vid.* SÁINZ MORENO, *Constitución Española de 1978*. Tomo III. En *Comentarios a las Leyes Políticas* dirigidos por O. Alzaga. Madrid, 1983, pp. 547 y ss. Por otro lado, la reserva en exclusiva es incluso objeto de específica tutela penal: *cfr.*, artículo 321 CP.

tal carezca de la pertinente cualificación, sino en que al amparo de la interposición de la sociedad, sujetos que carezcan de la cualificación exigible, terminen desempeñando actividades profesionales, a las que no deben tener acceso. La existencia de la sociedad profesional podría, así, ser un cauce ideal que amparara el intrusismo profesional. Mas ese peligro puede conjurarse: el medio idóneo es la exigencia de que el control mayoritario de la sociedad, sea detentado por personas que sí posean la cualificación profesional requerida. Ello se confirma, si se recuerdan las normas que se refieren a las sociedades profesionales, antes referidas, que tienen la nota común de exigir que el capital social esté total o mayoritariamente en manos de profesionales del ramo a que se dedique la sociedad, y que los órganos de administración y representación sociales estén también total o mayoritariamente compuestos por profesionales. Esto es, que ese riesgo se obvia, exigiendo, como mínimo, control mayoritario de la sociedad por profesionales, con la consiguiente introducción de límites a la participación de no profesionales en esas sociedades ⁴⁵.

Al hilo de estas consideraciones, cabe también plantear, como posible obstáculo a la admisión de sociedades profesionales en sentido estricto, que si el objeto de la aportación de los profesionales es su propia actividad, las características de cualificación y reserva dificultan la realidad de la misma, pues traen como consecuencia hacer la actividad inherente a la persona legalmente cualificada. ¿Cabe que el ejercicio profesional sea objeto de aportación, dada su legal inherencia a la persona del profesional?

El obstáculo es fácilmente superable, si se tiene en consideración que las sociedades profesionales son un medio de ejercicio colectivo de la profesión, pero que los ejercientes siempre son profesionales personas físicas. Además, este tipo de aportación es asimilable a la aportación de industria, configurada en términos muy flexibles por nuestro ordenamiento, como aportación de actividad. Aportación de actividad, que guarda una profunda analogía con la prestación de los servicios profesionales en beneficio de tercero, que es el contenido esencial del contrato de prestación de servicios. Y, por último, si se admite la enajenación de la propia actividad por los profesionales a cambio de una retribución salarial, no se ve el motivo para que el objeto

⁴⁵ Coincidentemente, PAZ-ARES, *op. cit.*, p. 1.405.

de la aportación de industria sea la aportación de esa actividad profesional.

Ahora bien, si el instrumento técnico de aportación profesional es la aportación de industria, cabría sostener que aquellos tipos sociales en los cuales no cabe tal modalidad de aportación, como sucede en las Sociedades Anónimas (art. 36-2 LSA) y de responsabilidad limitada (art. 10 LSRL), no pueden ser utilizados para constituir sociedades profesionales. Para salvar el escollo pueden utilizarse, al menos, dos vías. La primera, incorrecta, fue la empleada por la repetida resolución de 2 de junio de 1986, que inventa una sociedad de intermediación donde seguramente había una verdadera sociedad limitada profesional; la segunda, articular la prestación de los servicios profesionales por los socios por el cauce de las prestaciones accesorias de los mencionados preceptos de las respectivas leyes. En éste último caso, los socios profesionales habrían, además, de efectuar aportaciones de capital.

Ejercicio por cuenta propia

Junto con la naturaleza intelectual de la prestación, otra de las notas caracterizadoras del ejercicio liberal, es que, a diferencia del profesional que ejerce en régimen de dependencia funcional o laboral, el profesional liberal ejerce la profesión por cuenta propia y a propio riesgo, en régimen de autoorganización. Y puesto que, de lo que se trata es de considerar los obstáculos a la admisibilidad general de las sociedades profesionales liberales, cabría pensar que, mediante las sociedades profesionales, los profesionales que las integren comprometen esa nota de autoorganización. Con lo cual, faltando la condición del ejercicio por cuenta propia y a propio riesgo, el resultado sería negar que las sociedades profesionales fueran liberales, aunque fueran profesionales.

Ahora bien, el obstáculo se conjura, de modo similar al que hemos señalado para evitar el riesgo de intrusismo profesional al amparo de las sociedades profesionales.

En efecto, el ejercicio en sociedad de cualquier actividad no es sino una modalidad de ejercicio por cuenta propia y a propio riesgo, pero en grupo, de la actividad constitutiva del objeto social. Que dicho ejercicio es por propia cuenta y a propio riesgo, se pone de relieve

ve si se tiene en consideración que las resultas del ejercicio de la actividad social, terminan repercutiendo sobre los socios: bien porque reciban menor participación en ganancias, bien porque hayan de soportar las pérdidas, bien porque el valor de su participación real en el patrimonio social aminore como consecuencia de la mengua de los recursos sociales, debida a las pérdidas producidas. Luego, si los socios son los profesionales que desempeñan la actividad social, por el hecho de ejercer la profesión societariamente, no se compromete la exigencia de que ejerciten su actividad por cuenta propia.

Por lo que respecta a la exigencia de autoorganización, para que pueda hablarse de ejercicio profesional liberal, se respeta dicha característica, si el control de las decisiones de la sociedad reside en manos de profesionales. Esto es, si se limitan la posibilidad y amplitud de la participación de no profesionales, como socios, en la sociedad.

Mas conviene señalar que estas consideraciones, junto con la que sigue acerca de la nota de independencia en el ejercicio profesional, acaso aconsejen recomendar la adopción de tipos sociales, que faciliten la intermediación y eficacia en el control de la sociedad por parte de los socios profesionales, y dificulten la toma del control por parte de posibles terceros no profesionales. A nadie se le oculta que los tipos sociales que mejor sirven a este objetivo, son las sociedades personalistas, en las que media por definición legal (dispositiva) el «*intuitus personae*», se dificulta la transmisión de la condición de socio, etc. Si bien, estas observaciones, ciertamente, no bastan por sí solas para descartar definitivamente la admisibilidad de sociedades no personalistas; ya que cabe la posibilidad de que la constitución de una sociedad no personalista vaya acompañada de las cautelas oportunas: restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales, y al acceso a la condición de socio de los sucesores que no cumplan determinadas condiciones, establecimiento de condiciones específicas para ostentar cargos de dirección y representación, retringiendo el estatuto del posible socio no profesional, etc.

8. La independencia profesional

La exigencia de cualificación técnica o científica, y la propia naturaleza de la prestación de los servicios profesionales, tienen como consecuencia la existencia de un ámbito de independencia del profe-

sional en el ejercicio de su profesión. Esta independencia no es, además, mera consecuencia habitual de la naturaleza de la actividad profesional, sino que frecuentemente las normas reguladoras del estatuto profesional la imponen de manera taxativa⁴⁶. Probablemente con razón, ha llegado incluso a decirse que «tal vez sea la independencia la principal característica de la profesión liberal»⁴⁷.

El significado y el ámbito de esta independencia, no obstante y en relación con la materia que nos ocupa, deben precisarse, pues enunciada dicha nota de manera en exceso genérica, pudiera inducir al error de pensar, que el respeto de dicha independencia supondría una traba para la admisibilidad de sociedades profesionales. En efecto, si se entiende esa independencia o «principio de libre determinación del profesional que presta el servicio»⁴⁸, como exigencia de que el profesional no quede integrado en organización alguna, que pueda imponerle modalidades de ejercicio, criterios de actuación, restricciones u obligaciones en la aceptación de asuntos de diferente naturaleza, horarios, deber de permanencia, organización de turnos de vacaciones, etc., se haría imposible cualquier modalidad de ejercicio profesional diferente del ejercicio liberal en sentido estricto y, además, individualmente organizado.

Y, sin embargo, la experiencia demuestra que no puede entenderse en ese sentido. Por el contrario, la noción de independencia profesional debe compatibilizarse con la común aceptación, por citar el ejemplo más extremo, de que los profesionales pueden estar sometidos al régimen jurídico laboral, una de cuyas notas distintivas es precisamente la dependencia. En este sentido, no son escasos los pronunciamientos jurisprudenciales que, atendiendo a las notas de alienidad y dependencia, no dudan en calificar la relación del profesional como relación laboral⁴⁹; y no cabe dudar de que el profesional sometido a relación laboral desarrolla una prestación profesional en sentido estricto,

⁴⁶ A título meramente ejemplificativo, *vid.*, artículos 13, 15 y 30 CDM; artículos 5 y 8 LAC; artículos 8, 32-2-c y 42 EGAE; norma 1.1 de las Normas Deontológicas de la Abogacía Española y 2.1 del Código de Deontología de los Abogados de la CEE.

⁴⁷ YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁸ PAZ-ARES, *op. cit.*, pp. 1.405-1.406.

⁴⁹ Cumplida información puede encontrarse en Dictamen y Asesoría, *Relaciones jurídicas entre profesionales en el seno de organizaciones conjuntas; el caso de los bufetes de abogados*. En *Revista del Trabajo*, 92, 1988, pp. 177 y ss., y en

si bien faltándole la nota de la liberalidad de ese ejercicio profesional.

Luego la nota de la independencia profesional, no está reñida con la posibilidad de que el profesional se integre en un equipo, del que incluso emanen directrices de organización de la actividad profesional. Ello es así, porque el sentido preciso de la independencia a que nos venimos refiriendo, es muy concreto: el profesional debe gozar de independencia de criterio técnico o científico, a la hora de adoptar las decisiones acerca del modo de aplicación de su ciencia, técnica o arte. Y ello no resulta comprometido por el hecho de que la relación profesional se articule a través de una sociedad, a la cual el profesional aporta sus servicios profesionales.

La constatación de la presencia de esta nota indeclinable, aunque obviamente no impide la admisibilidad de las sociedades profesionales, sí genera alguna consecuencia en el ámbito de la sociedad profesional. De modo paralelo a lo señalado antes, acerca de la mayor adecuación de las sociedades personalistas, en las que todos o la mayor parte de los socios y gestores sean profesionales, para evitar la falta de observancia de las condiciones de cualificación, y poner trabas al riesgo de intrusismo; puede ahora decirse que la salvaguardia de la independencia profesional aconseja también la adopción de esquemas societarios personalistas, con control mayoritario por parte de profesionales.

Pero una cosa es que la salvaguardia de la independencia aconseje esa estructura social, y otra diferente sería negar la posibilidad de sociedades profesionales, con estructura de sociedad capitalista o con participación de socios no profesionales.

A nuestro juicio, los posibles inconvenientes que se deducen de las notas de cualificación e independencia, para la libre admisión de sociedades de estructura compleja o con participación de socios no profesionales, pueden salvarse mediante la adopción de algunas precauciones y se evitan, definiendo con exactitud el compromiso asumido por el socio profesional.

En este último sentido, señala con acierto Paz-Ares que, constituyendo los servicios profesionales el objeto de la aportación de industria del socio profesional, sus características no pueden ser modi-

ficadas por el grupo, esto es, por la sociedad y, si se prefiere, los restantes socios. «Esto significa —continúa diciendo— 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»⁵⁰.

Además, por otro lado, cabe también reforzar el respeto de esa independencia profesional, 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. Es posible distinguir la esfera de la gestión y representación sociales de la esfera técnica o científica, en la que se podrían determinar los criterios o pautas a que se sometan los profesionales, en su actividad. Se puede dar así juego a algo, no absolutamente desconocido en nuestro ordenamiento⁵¹, que supone distinguir un ámbito de actuación, dependiente necesariamente de profesionales, que puede permanecer ajeno al ámbito de actuación de los órganos ordinarios de gestión y representación sociales. Por ello, si todos los socios son profesionales, sea cual sea la estructura de la sociedad, aun estando vigente la inderogable regla de respeto de la independencia de cada uno de los profesionales individualmente considerados, la adopción de los necesarios criterios de coordinación de la actividad profesional (que acaso rocen ese ámbito de independencia) puede quedar perfectamente confiada a los órganos sociales ordinarios. Si en la sociedad se admite la participación de socios no profesionales, entonces convendría crear un órgano específico de dirección técnica, integrado exclusivamente por profesionales. Que bien podría ser el mismo órgano de administración, excluidos los administradores no pertenecientes a la profesión.

La responsabilidad personal del profesional actuante

De cuantas consideraciones anteceden, parece posible afirmar sin dudas la admisibilidad en nuestro Derecho de las sociedades profesio-

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 1.406.

⁵¹ Por ejemplo, el artículo 15 CDM, *a sensu contrario*, autoriza a los médicos

sionales en sentido estricto, que podrían valerse de los tipos sociales generales, que no comunican a los socios la condición de comerciante y cuya mercantilidad no depende de la mercantilidad de su objeto. Pero con todo, también se desprende de lo anterior la dificultad de encajar, sin más, los tipos capitalistas de sociedad dentro de la categoría de sociedades profesionales en sentido estricto. A los inconvenientes aludidos (no insalvables, pero que en conjunto tienen un peso no desdeñable) se podría añadir uno más, que viene a tocar el fondo mismo de la admisibilidad de las sociedades que comportan limitación de responsabilidad.

En efecto, centrando la atención en la Sociedad Anónima y en la de Responsabilidad Limitada, se caracterizan ambas porque en ellas no responden los socios con su patrimonio personal de las deudas asumidas en o por la sociedad, existiendo una absoluta separación de patrimonios y de responsabilidades (a salvo los casos de comunicación de las mismas, que escapan de la normalidad). Así las cosas, en buena lógica, de admitirse una anónima o una limitada profesionales en sentido estricto, por aplicación del correspondiente régimen jurídico, la responsabilidad dimanante de los actos profesionales prestados en o por la sociedad, debiera recaer sobre el patrimonio social, no comunicándose al patrimonio personal de los socios, ni siquiera al del socio profesional actuante. Pues en efecto, pensadas estas sociedades para el ejercicio del comercio y actividad industrial, la responsabilidad de las decisiones y los riesgos imputables a la sociedad, pesa sólo sobre el patrimonio social.

Frente a ello, se observa una clara tendencia que postula la existencia de una regla, según la cual el profesional actuante asume siempre responsabilidad personal e ilimitada, con su propio patrimonio, por las resultas del ejercicio de los actos profesionales. Así, por ejemplo, «la responsabilidad personal del médico no desaparece ni se diluye por el hecho de trabajar en equipo. Sea cual sea la modalidad asistencial, la responsabilidad del médico ante sus pacientes debe permanecer individual, invariable y completa, sin perjuicio de la responsabilidad colectiva subsidiaria», señala el artículo 102 CDM, al tratar del ejercicio de la medicina en equipo. Regla o criterio que preside la, más técnica, disposición del artículo 11.2 LAC, que establece la respon-

a ejercer en entidades u organismos en los que el control terapéutico sea responsabilidad de personas no ajenas a la profesión médica.

sabilidad solidaria, frente al cliente, del auditor actuante y la sociedad de auditoría, añadiéndose la responsabilidad personal subsidiaria (y solidaria entre sí) de los restantes socios auditores no firmantes del informe de auditoría⁵². En ideas similares se inspira la solución brindada por la legislación francesa; así, según el artículo 16 de la ley de 1966, la sociedad civil profesional responde solidariamente con el profesional actuante de los daños provocados en el desempeño de la actividad profesional; así también, el artículo 16 de la ley de 31 de diciembre de 1990 establece la responsabilidad personal ilimitada del socio profesional actuante, por los daños causados en el ejercicio profesional, en el seno de una de las llamadas sociedades de ejercicio liberal que revistan la forma de anónima, limitada o comanditaria por acciones; a la responsabilidad personal del socio profesional se añade, solidariamente, la responsabilidad de la sociedad.

La doctrina española comparte esta misma orientación⁵³, que late también en el fondo de la tantas veces citada resolución de 2 de junio de 1986⁵⁴.

No obstante, suscita perplejidad este planteamiento. Admitida la posibilidad de sociedades profesionales en sentido estricto, que caso de estar dotadas de relevancia externa y personalidad jurídica, asumen la condición de parte contractual en las relaciones con el cliente, resulta contradictorio no aplicar el derecho común de sociedades, que en lo tocante a las sociedades capitalistas, está constituido por la LSA y la LSRL principalmente; además, se está tratando de un punto no secundario, sino de uno de los elementos esenciales, caracterizadores de esos tipos sociales. Por eso, normas como las de la ley francesa en el fondo desnaturalizan la admisión de sociedades profesionales con limitación de responsabilidad.

A nuestro juicio, para poder afirmar la incompatibilidad absoluta entre los tipos sociales capitalistas y las sociedades profesionales, en

⁵² Repetido al pie de la letra por el artículo 42.2 del RAC.

⁵³ Vid. YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 163. Recientemente, aunque por cauces indirectos, sugiriendo la aplicación analógica del artículo 1.722 Código civil, sostiene el mismo criterio PAZ-ARES, *op. cit.*, pp. 1.406-1.407. Referencia de la cuestión en la doctrina italiana, mayoritariamente inclinada por esta misma solución, puede encontrarse en RESCIGNO, M., *Le società fra professionisti*. Milano, 1985, pp. 95 y ss.

⁵⁴ Vid., el 9.º CDO *in fine*.

base al argumento de la esencial responsabilidad personal ilimitada de los profesionales, sería necesario demostrar que existe un principio, calificable incluso como de orden público, según el cual el profesional tendría necesariamente que asumir una responsabilidad de ese tipo. Y los argumentos en pro de entender vigente semejante principio tienen un peso relativo. Así, por ejemplo, sostener que semejante principio se fundamenta en evitar la «relajación» de la conducta del profesional, que se «desresponsabilizaría» en su actuación de contar con el beneficio de la limitación de responsabilidad⁵⁵, es un argumento tan poderoso, que haría inadmisibles que los profesionales suscribieran seguros de responsabilidad civil; lo cual no es el caso, ciertamente⁵⁶. Además, se ignora así que la «responsabilización» exagerada termina produciendo efectos perversos, similares a los que genera de total exoneración de responsabilidad.

Por otro lado, nuestro ordenamiento no es cicatero a la hora de ofrecer a los agentes económicos los esquemas organizativos propios de las sociedades con limitación de responsabilidad. Es en este sentido significativa la desaparición del párrafo 2.º del antiguo artículo 3.º LSA, que prohibía que constituyera objeto de una anónima «la representación de intereses colectivos, profesionales o económicos atribuidos a otras entidades por la Ley con carácter exclusivo», todavía residualmente vigente para las limitadas⁵⁷.

Es más, habrá que ver en el futuro el modo en que se incorpora a nuestro ordenamiento la admisibilidad de empresas unipersonales con limitación de responsabilidad, para determinar en qué grado y medida ha quedado subvertida la regla tradicional del artículo 1.911 Código civil.

Así las cosas, parece complejo fundamentar sin lugar a dudas en nuestro Derecho la inadmisibilidad de la limitación de responsabilidad de los profesionales liberales. No queremos con esto señalar que no sea problemático admitir una anónima profesional, sin la responsabilidad (adicional) del profesional que ejecute los actos profesio-

⁵⁵ Así lo apunta YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, y pp. cit.

⁵⁶ Sino más bien lo contrario: *vid.*, la norma 3.9 del Código de Deontología de los Abogados de la CEE, que establece precisamente la obligación de suscribir tales seguros de responsabilidad civil.

⁵⁷ *Vid.*, artículo 4.º II LSRL que, es de suponer, desaparecerá en un próximo futuro.

nales generadores de ella. Sino solamente subrayar que la solidez de la común convicción contraria, se presta también a dudas ⁵⁸.

* * *

En resumen, el conjunto de los argumentos de fondo ⁵⁹ hasta aquí expuestos, representa una batería débil en contra de la normal admisión en nuestro ordenamiento de las sociedades profesionales en sentido estricto. La precisión de los tipos sociales utilizables para ese objeto, resulta más discutible e insegura. Pero se ha querido dejar constancia de la dudosa fortaleza de algunas convicciones, al parecer fuertemente arraigadas en el campo de los grandes principios, que vedarían la posibilidad de usar los tipos societarios más desarrollados (como las sociedades con limitación de responsabilidad) para el ejercicio de las profesiones liberales.

Abierto el portillo, corresponde analizar con detalle los numerosísimos problemas concretos de régimen jurídico, que la falta de regulación, que padece nuestro ordenamiento sobre este asunto, provoca. Mas es un empeño que obligaría a alargar mucho la ya desmesurada extensión de estas líneas, y que queda para otra ocasión.

De cualquier modo, no está de más advertir que la pobreza del régimen legal, en general aplicable a las sociedades profesionales, provoca la necesidad de que los contratos de asociación celebrados entre profesionales, atenen un gran número de extremos que, en otro caso, seguramente no encuentren una respuesta adecuada en nuestro ordenamiento. Esa situación, a primera vista, parece justificar la conveniencia de promover la elaboración de un régimen jurídico más completo y adecuado, que determine los requisitos, modalidades, etc., de las sociedades profesionales, de las instrumentales, etc.

Mas por otra parte, la extraordinaria variedad de las profesiones liberales y de los grados y modalidades de agrupación entre profe-

⁵⁸ *Vid.*, en este sentido las consideraciones, no desacertadas, de RESCIGNO, M., *op. cit.*, pp. 95 y ss. al respecto.

⁵⁹ Queda al margen, pues excede la orientación de estas líneas, la cuestión de los problemas derivados de la colegiación obligatoria, y la adaptación de las normas sobre Colegios profesionales a la admisión de sociedades profesionales en sentido estricto; materia que puede ser abordada con mucha mayor competencia por los especialistas del derecho corporativo.

sionales, así como la pluralidad de instancias con competencias en materia de ejercicio de las diversas profesiones, dificulta la construcción de un único régimen, común a todas o a la mayor parte de las profesiones liberales.

En este sentido, la experiencia francesa puede servir de ejemplo. En el vecino país se ha optado por una vía intermedia. Por una parte, se han dictado leyes generales (que a lo sumo distinguen entre profesiones colegiadas y no colegiadas), que estatuyen tipos sociales genéricos, puestos a disposición de los más variados profesionales, y que les consienten la constitución de sociedades instrumentales (llamadas de medios), de sociedades profesionales personalistas (básicamente, la ley núm. 66/879 de 29 de noviembre de 1969, con algunas modificaciones en los años 1972, 1978 y 1990) y, recientemente, de sociedades profesionales de capital, conocidas como sociedades de ejercicio liberal (ley 90/1.258 de 31 de diciembre de 1990). Dichas leyes generales contienen el régimen básico común: requisitos constitutivos y competencias de las organizaciones profesionales en la erección de tales sociedades, estructura interna y órganos de la sociedad, régimen de responsabilidad, etc. Por otro lado, disposiciones reglamentarias particulares desarrollan las especialidades requeridas por las más variadas profesiones (notarios, abogados, arquitectos, odontólogos, enfermeros, expertos contables, etc.), adaptando ese régimen común.

Sería, a nuestro juicio, deseable que en nuestro país se adoptara una vía similar. Sin embargo, partimos de una situación desventajosa para acometer con rapidez y eficacia cualquier reforma en ese sentido. Por una parte, la regulación general del ejercicio y características de las profesiones liberales en nuestro ordenamiento es casi inexistente; abundan las normas sectoriales, que regulan las características de la prestación de los servicios profesionales de las diferentes profesiones (y que a menudo dudosamente cumplen la reserva de ley en esta materia, que se desprende del art. 36 C.E.). También, la inflación de profesiones sedicentemente liberales confunde el panorama. Y tampoco es desdeñable la influencia, que en la definición de las profesiones liberales, tiene el proceso, actualmente en curso, de reforma de los estudios universitarios, conducentes en muchas ocasiones a la obtención de los títulos que habilitan para el ejercicio profesional. Por otro lado, es preciso señalar que en los últimos tiempos

se están produciendo hechos, que ponen de relieve una cierta inestabilidad del régimen jurídico de las profesiones colegiadas. Por todo ello acaso pueda considerarse que, en épocas de mudanza, falta la serenidad suficiente para acometer una reforma de la envergadura que tendría la regulación general de las sociedades profesionales. Pero la posible inoportunidad o inconveniencia de acometer ahora esa reforma, no debe hacer que se olvide la necesidad de abordarla, para beneficio de los propios profesionales y, sobre todo, de la ciudadanía en general.