

EL CONCEPTO DE SOCIEDAD PROFESIONAL *

CÁNDIDO PAZ-ARES

Abogado**

El concepto de sociedad profesional

La determinación del concepto legal de sociedad profesional y, de paso, la delimitación del ámbito de objetivo de la Ley de Sociedades Profesionales constituye sin duda la cuestión más controvertida en la aplicación práctica de la norma y una de las más nebulosas a las que se enfrenta en el momento actual el estudioso del derecho de sociedades. El propósito de estas páginas es contribuir a su esclarecimiento tratando de conciliar las exigencias de la razón práctica y las exigencias de la razón jurídica. En él se defiende la necesidad de acotar el concepto legal en función de un determinado tipo empírico de sociedad basado en la «comunidad de trabajo» y caracterizado por la producción, la propiedad y la autoridad -dispersas o descentralizadas- de los propios insiders o socios profesionales. Esto conduce a rechazar la teoría de la autonomía de la voluntad de la Dirección General de los Registros y el Notariado y la teoría de la reserva de actividad del Tribunal Supremo proponiendo en su lugar la teoría de la aportación profesional. El autor considera que la normativa legal solo resulta inteligible a la luz de esta nueva hipótesis interpretativa.

PALABRAS CLAVE

Sociedad de profesionales, sociedad profesional, sociedad cuasi-profesional, comunidad de trabajo, ejercicio en común, aportación profesional.

The concept of professional company

Outlining the legal notion of professional company and, thereby, the subject matter of the Professional Companies Law is no doubt one of the most controversial issues involved in the practical implementation of said legislation and one of the most nebulous areas of companies law at present. The purpose of this paper is to contribute to its understanding by harmonising, to the extent feasible, the requirements of both practical reason and legal reason. It advocates the necessity of delineating the legal notion by reference to a specific, empirical type of company based on «working community» and characterised by the insiders' (i.e. the professional shareholders') own -disperse or decentralised- production, ownership and authority. This provides a basis to reject both the freedom of choice theory, as promoted by the «Dirección General de los Registros y el Notariado», and the Supreme Court's restricted activity theory, and to propound the professional contribution theory instead. It is the author's view that the relevant legislation can only be comprehended or understood if interpreted under the light of this hypothesis.

KEY WORDS

Professionals' company, professional company, quasi-professional company, common work, common activity, professional contribution.

Fecha de recepción: 5-9-2018

Fecha de aceptación: 15-9-2018

1 • INTRODUCCIÓN: OBJETO DEL TRABAJO Y SISTEMA DE LA EXPOSICIÓN

La determinación del concepto legal de sociedad profesional y, de paso, la delimitación del ámbito de objetivo de la Ley de Sociedades Profesionales constituye sin duda la cuestión más controvertida en la aplicación práctica de la norma y una de las más nebulosas a las que se enfrenta en el momento actual el estudioso del derecho de sociedades. El propósito de estas páginas es contribuir a su esclarecimiento tratando de conciliar las exigencias de la razón práctica y las exigencias de la razón jurídica. Defenderé la necesidad de acotar el concepto legal en función de un determinado tipo empírico de sociedad basado en la «comunidad de trabajo» y caracterizado, por tanto, por la *producción, la pro-*

iedad y la autoridad —dispersas o descentralizadas— de los propios insiders o socios profesionales. Los resultados finales a que conduce este planteamiento no difieren sustancialmente de los ya auspiciados por la doctrina más atendible. Lo que varía o no siempre resulta equivalente es el *iter* argumental y, sobre todo, el énfasis analítico puesto en la investigación. Nuestro mayor empeño ha sido definir con claridad y precisión el marco conceptual de la discusión. Solo así nos parecía posible deshacer algunos malentendidos y abonar el terreno para alcanzar soluciones de mayor consenso.

Procederé del siguiente modo. Primero ensayaré una clasificación tripartita de la fenomenología relevante. La adición de un nuevo brazo a las clasificaciones al uso busca aislar la zona de incertidumbre y denominarla de manera significativa: poner un nombre a las cosas es el primer paso para conocerlas (v. *infra* 2). Después repasaré los vaivenes experimentados por la praxis registral y judicial en la materia durante estos diez años de vigencia de la Ley de Sociedades Profesionales (v. *infra* 3), lo cual me permitirá más tarde reconocer las hipótesis o

* Agradezco a Fernando Pantaleón, Jesús Alfaro y Aurora Campins el tiempo dedicado a la lectura de alguno de los borradores iniciales y sus siempre valiosas observaciones. También deo constancia de mi gratitud a Carla Alonso por su continuada colaboración en la preparación y edición final del estudio.

** Del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

teorías implícitas en que se sustenta, formularlas adecuadamente y, a partir de ahí, desvelar sus insuficiencias o inconsistencias (v. *infra* 4). Tras esa labor previa de reconocimiento y revisión crítica, estaremos finalmente en condiciones de ofrecer nuestra reconstrucción del concepto legal de sociedad profesional, identificando el supuesto de hecho de la norma a la luz del mencionado tipo empírico de «comunidad de trabajo» (v. *infra* 5), encuadrándolo en la dogmática del derecho de sociedades (v. *infra* 6) y justificándolo desde la hipótesis de la imperatividad de la ley (v. *infra* 7). El trabajo se cierra con una consideración final sobre las sociedades profesionales olvidadas o ignoradas por el legislador (v. *infra* 8).

2 • CLASIFICACIÓN DE LA FENOMENOLOGÍA SOCIETARIA RELEVANTE

El primer paso de nuestra indagación consiste, como digo, en identificar convenientemente las distintas clases de sociedades asociadas o relacionadas empíricamente con la actividad de las profesiones liberales. «Convenientemente» significa en este contexto hacerlo con miras a facilitar luego la determinación de la clase normativamente relevante para la fijación del supuesto de hecho «sociedad profesional» y la delimitación del ámbito de aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales. No se me oculta que este ejercicio implica una cierta comprensión de lo que aún ha de ser investigado, pero la anticipación de la hipótesis resulta inevitable para salir del *impasse* en el que se halla el debate sobre la materia. Bajo esta perspectiva, propongo clasificar la fenomenología en tres categorías: sociedades de profesionales, sociedades profesionales y sociedades cuasiprofesionales. La novedad reside en añadir este último término o denominación a los dos anteriores, con los que tradicionalmente se ha venido abarcando la realidad objeto de examen.

2.1 • Sociedades de profesionales

La primera categoría agrupa lo que en nuestra práctica se han dado en llamar *sociedades de profesionales*, que se distinguen, si se nos permite la expresión, por su profesionalidad subjetiva, no por su profesionalidad objetiva. Son sociedades subjetivamente profesionales porque de ordinario están formadas por profesionales liberales (médicos, abogados, arquitectos, etc.). Pero no lo son objetivamente porque su objeto social no es de naturaleza profesional. Los profesiona-

les no se asocian para desarrollar en común la actividad profesional, sino para otros fines de índole diversa: para compartir gastos de infraestructura, tales como inmuebles, equipos o personal auxiliar (*sociedades de medios*); para repartirse los resultados obtenidos por cada uno de los miembros mediante el ejercicio individual de su profesión (*sociedades de comunicación de ganancias*) o para mediar o poner en contacto a clientes con profesionales que les puedan asistir (*sociedades de intermediación*). Todo esto es bien sabido. El ejemplo canónico de las sociedades de medios lo brinda el supuesto contemplado por el art. 27.1 c) del Estatuto General de la Abogacía Española¹. El prototipo de la sociedad de comunicación de ganancias puede de ilustrarse con los llamados «*despachos con- venidos*» entre Notarios.

No es fácil en cambio encontrar un paradigma de las sociedades de intermediación². En la práctica apenas se observan sociedades específicamente dedicadas a la mediación en el ámbito profesional —no es lo que se llama un «tipo de frecuencia»—, aunque ocasionalmente puedan existir. Quizá podrían encuadrarse bajo esta denominación organizaciones como *Legalitas*, que no prestan directamente los servicios profesionales, sino que se limitan a asignarlos a un abogado de su red cobrando por ello una comisión³. En ese caso, la relación de servicios profesionales se establece con el abogado;

¹ El precepto dispone que no hay ejercicio común o colectivo, sino individual cuando «el abogado comparta los locales, instalaciones, servicios u otros medios con otros abogados [...] manteniendo la independencia de sus bufetes».

² La propia descripción que ofrece la literatura tradicional es sintomática de una cierta confusión (v., por ej., F. Capilla Roncero, «Sociedades de profesionales: cuestiones sobre su admisibilidad» en K. J. Albiez Dohrmann, J. L. Pérez-Serrabona y B. Moreno Quesada (coords.), *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Universidad de Granada 1993, pp. 222-228). La clave en todo caso se cifra con razón en el hecho de que la sociedad «no puede ser deudora de la prestación de servicios profesionales» (*ibi*, p. 224); la deuda corresponde al profesional, por lo que necesariamente hay que identificar varios contratos (v. *ibi* p. 227).

³ De acuerdo con la información pública disponible en la página web www.axesor.es, el objeto social de Legálitas Asistencia Legal, S.L. es «la orientación a personas físicas o jurídicas que contraten sus servicios para la derivación a profesionales del ámbito de la asistencia jurídica o sanitaria y asesoramiento general presencial o a través de líneas telefónica, correo electrónico, correo ordinario, internet, o cualquier otro medio [...]». El Grupo Legálitas cuenta también con otra sociedad que opera en el ámbito de la medicina (Legálitas Salud, S. A.) y con una compañía de seguros (Legálitas, Cía. De Seguros y Reaseguros). Aprovecho la ocasión para precisar que, contra lo que comúnmente se indica y hemos asumido por comodidad expositiva, las sociedades de intermediación ni siquiera son propiamente *sociedades de profesionales*, pues normalmente no están participadas por estos y, cuando lo están, no es en su condición de profesionales.

con *Legalitas* se celebraría un contrato de otra índole. Con todo, a pesar de carecer de tipicidad social, conviene no perder de vista esta figura de la sociedad de intermediación, porque de ella —más exactamente, de su *nomen iuris*— se ha hecho un uso intensivo en la práctica con el fin de soslayar la aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales. Pronto tendremos ocasión de comprobarlo con algún detalle.

2.2 • Sociedades profesionales

El contrapunto de las sociedades de profesionales son las llamadas *sociedades profesionales* —o sociedades profesionales en sentido estricto—, caracterizadas por serlo tanto subjetivamente (ya que están formadas por profesionales liberales que se asocian justamente en esta condición para desarrollar en común su actividad profesional dentro de ella) como objetivamente, dado que el objeto social que las distingue consiste precisamente en desarrollar la actividad profesional de que se trate, ya sea unidisciplinar (la abogacía, la auditoría o la medicina) o multidisciplinar (como ocurre, *v.gr.*, en una sociedad de ingenieros y arquitectos). No hace falta decir que este tipo empírico, basado en la comunidad de trabajo —en la comunidad de ejercicio— representa el modelo o arquetipo de la fenomenología, en el que intuitivamente ubicamos los llamados despachos, clínicas o estudios «colectivos» de los que todos tenemos noticia en nuestra experiencia cotidiana. Para ilustrar la categoría destacamos, por su notoriedad en la esfera pública, firmas como *Garrigues* o *Cuatrecasas* en el sector de la abogacía, *PriceWaterhouseCoopers* o *Deloitte* en el de la auditoría y *Cruz y Ortiz Arquitectos* o *Tuñón Arquitectos* en el de la arquitectura.

El denominador común de los ejemplos mencionados reside en la naturaleza «regulada» de la actividad profesional a que se dedica la sociedad, que sólo puede ser realizada por personas que dispongan de determinada titulación académica y, además, estén inscritas en el correspondiente Colegio Profesional (abogados, auditores, médicos, etc.). Sin embargo, ese denominador común no se eleva —o no debería elevarse— a la condición de requisito esencial de la sociedad profesional, al menos empíricamente. Desde esta perspectiva, tan profesional puede ser una sociedad de abogados como otra de economistas que se asocian para prestar servicios de consultoría estratégica o de licenciados en letras que montan una academia para desarrollar su voca-

ción docente. Es cierto sin embargo que este tipo de sociedades profesionales cuya actividad no está regulada han sido ignoradas por el legislador⁴.

2.3 • Sociedades cuasiprofesionales

El tercer género viene dado por lo que, a falta de nomenclatura establecida, denominaré *sociedades cuasiprofesionales*. Se caracterizan precisamente por no ser sociedades subjetivamente profesionales (más que «sociedades de profesionales» son «sociedades de empresarios», incluso «sociedades de inversores»⁵), aunque lo sean objetivamente, porque su objeto social —en todo o en parte— consiste en el desarrollo de una actividad profesional o incluso en una actividad no propiamente profesional pero cuyo desarrollo requiere necesariamente de la realización de actos profesionales. Las llamo cuasiprofesionales porque, empíricamente al menos, no se reconocen como genuinas sociedades profesionales adscribibles, bajo los esquemas tradicionales de delimitación de la actividad «civil» y la actividad «mercantil», al ámbito civil (art. 1678 CC). En la experiencia del tráfico se perciben más bien como sociedades industriales o comerciales, que incluiríamos sin vacilación en el sector mercantil⁶. La fenomenología que pretendo capturar con la nueva denominación es variada. No obstante, a los efectos buscados en estas páginas, puede incardinarse en tres círculos concéntricos, cada cual más alejado del núcleo en que ubicamos a las sociedades profesionales *stricto sensu*.

El *primer círculo*, quizá el más próximo al paradigma de sociedad profesional, incluye sociedades

⁴ En la parte final volveremos brevemente sobre ellas (*v. infra* 8).

⁵ Sobre estas distinciones *v. H. Wiedemann, Gesellschaftsrecht*, C. H. Beck, München 1980, vol. I, p. 103; para un apunte, ligado a la distinción entre actividad civil y actividad mercantil, entre «sociedades de empresarios» y «sociedades de profesionales» en el ámbito vecino de la educación e instrucción, *v. C. Paz-Ares, «Comentario art. 1678» en C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador (dirs.), Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, vol. II, p. 1395.

⁶ Para formarse una idea aproximada de lo que tradicionalmente se ubicaba en uno y otro sector y de los criterios de distinción nos permitimos remitir a Paz-Ares, *Comentario CC* (nt. 5), vol. II, pp. 1394-1401. En estas páginas se ofrece un análisis completo de los tipos de actividad tradicionalmente considerados *civiles*. No es fácil encontrar detrás de ellos un hilo conductor o denominador común inequívoco, pues la delimitación obedece en buena medida a condicionantes históricos y culturales. No obstante, si tuviésemos que destacar uno, sería el de la prevalencia del factor trabajo sobre el factor capital en la organización, como instructivamente señalaba el art. 1 del viejo Decreto 335/1968, de 22 de febrero sobre ordenación de la artesanía.

dedicadas única y exclusivamente o al menos principalmente al desarrollo de actividades propias de profesiones reguladas, pero organizadas bajo un esquema en el que los socios no constituyen una comunidad de trabajo, sino simplemente una fuente de capital⁷. Esta tipología la ilustran bien ciertas sociedades cotizadas como es el caso, por ejemplo, de *Corporación Dermoeestética* o *Clínica Baviera* en el ámbito de la medicina o de *Técnicas Reunidas* en el ámbito de la ingeniería⁸, pero encontramos también muchos ejemplos instructivos en el ámbito de las sociedades no cotizadas (por ejemplo, *Grupo Hospitalario Quirón* o *Clínicas Vitaldent*, propiedad actualmente de *private equities*).

En el *segundo círculo* incluimos a sociedades del sector industrial, pero que de manera secundaria desarrollan también una parte de su negocio en el sector profesional. Un buen ejemplo nos lo proporciona *Iberdrola*. Al lado de su actividad principal como empresa eléctrica, su objeto social contempla también el desarrollo del negocio en el ámbito de la ingeniería⁹. Otro caso similar es el de *Sacyr*, cuya cláusula de objeto social comprende, al lado de su actividad constructora, la prestación de servicios de «urbanismo, arquitectura e ingeniería»¹⁰. En el ámbito general de las sociedades no cotizadas los ejemplos son abundantísimos.

El *tercer círculo*, el más alejado del núcleo, alberga sociedades que, a diferencia de las anteriores, no tienen un objeto social genuinamente profesional —la actividad empresarial que desarrollan se ubica en

otro sector del tráfico, empíricamente diferenciado—, aun cuando para su desarrollo completo deban realizar actos o servicios profesionales¹¹. Son representativas de esta categoría las gestorías administrativas, ciertas compañías de seguros —en el ámbito sobre todo de los seguros de salud y asistencia jurídica— o las firmas de recuperación de cobros que tanto desarrollo han alcanzado en la actualidad. Estas últimas compañías ofrecen soluciones completas (*full servicing*) que abarcan todo el ciclo de recobro (*i.e.*: evaluación del riesgo, contacto con el deudor a través de *call centers*, gestión amistosa de la recuperación y, de ser necesario, recobro judicial de la deuda). En sus cláusulas de objeto social a menudo se hace referencia, a nuestro juicio innecesariamente, a la prestación de los servicios jurídicos precisos o convenientes para la realización de su objeto propiamente tal, que —como decimos— consiste en una actividad empresarial distinta según la experiencia del tráfico, lo que en la jerga internacional se denominan *Debt Collection Services*¹². Aunque no alcanzan la notoriedad de algunas de las empresas anteriormente citadas, puede servir para ilustrar esta fenomenología el grupo multinacional de recuperación de cobros *Lindorff*, que cuenta también con sociedades operativas en nuestro país¹³.

Soy consciente de que la terminología introducida, a pesar de que por ahora sólo trata de ayudar a la clasificación empírica, puede considerarse que está marcada y prejuzga el tratamiento de la cuestión de fondo. No obstante, me parecía necesario acotar un sector de la realidad estructuralmente diferente de los anteriores y sacarlo del ámbito innominado en que vivía. Como recordaba al principio, dar un nombre a las cosas es el primer paso para progresar en su esclarecimiento. Es cierto que podía haber

7 Son lo que en su momento se denominaron, con expresión algo equívoca, «sociedades de servicios profesionales» (G. Ortega Reinoso, «El abogado y las sociedades de servicios jurídicos», RCDI 688 (2005), p. 4 y «Un comentario a la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales» RDBB 109 (2008), p. 137) o «sociedades (de producción) de servicios profesionales» (A. Campins Vargas, «Consideraciones en torno a la delimitación del ámbito de aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales. A propósito de algunas interpretaciones recientes», RdS 33 (2009), pp. 148-149).

8 Todas ellas tienen un objeto social inequívocamente profesional. La definición estatutaria es suficientemente expresiva: «prestación de servicios sanitarios» (objeto social de *Corporación Dermoeestética*, S.A. extraído de la página web www.axesor.es); «prestación de servicios médicos» (art. 4 de los estatutos de *Clínica Baviera*, S.A.); realización de «proyectos e informes de ingeniería» (art. 4 de los estatutos de *Técnicas Reunidas*, S.A.).

9 El art. 5.1 a) de los estatutos de *Iberdrola*, S.A. delimitan así su objeto social: «La realización de toda clase de actividades, obras y servicios propios o relacionados con los negocios de producción, transporte, transformación y distribución o comercialización de energía eléctrica o derivados de la electricidad, de sus aplicaciones y de las materias o energías primarias necesarias para su generación» y además la prestación de «servicios energéticos, de ingeniería e informáticos...».

10 Cfr. art. 2 de los estatutos de *Sacyr*, S.A.

11 En ellas, como se ha observado certeramente, la actividad profesional tiene «un carácter meramente auxiliar o accesorio dentro del objeto social» (Campins RdS 33 (2009) p. 147).

12 De hecho, el Código Nacional de las Actividades Económicas o Código CNAE, mediante el cual se identifica la actividad de una empresa —el objeto social, diríamos nosotros— distingue el código «6910 Actividades jurídicas», perteneciente al grupo M, comprensivo de todas las actividades profesionales y el «8291 Actividades de agencias de cobros e información comercial», que forma parte del grupo N (actividades administrativas y servicios auxiliares), en el cual se ubican las firmas de recuperación de cobros.

13 *Lindorff España*, S.A. que actualmente opera bajo la marca *Intrum* tras la recentísima fusión entre la multinacional noruega *Lindorff* e *Intrum Justitia AB* y cuyo objeto social incluye la actividad de «prestación de servicio de cobro de morosos, tanto judicial como extrajudicial». La entidad resultante —*Intrum Justitia AB*— está presente en 23 mercados europeos y cuenta con más de 8.000 profesionales.

estipulado un nombre o denominación diferente, pero ninguna de las alternativas barajadas —por ejemplo, «sociedades de objeto profesional» —, me pareció suficientemente expresiva. El calificativo «cuasiprofesional» ilustra bien la índole de la sociedad a que se refiere, que no es una sociedad profesional en el sentido más propio de la expresión, pero tampoco una sociedad completamente ajena al fenómeno y a su normativa específica. Del mismo modo que la expresión cuasicontrato designa una realidad no contractual, pero sujeta a algunos de los efectos propios de los contratos, la expresión cuasiprofesional designa una sociedad no profesional, sometida, eso sí, a algunas de las reglas aplicables a las sociedades profesionales. Tendremos ocasión de verificarlo en el curso del trabajo.

3 • EVOLUCIÓN E INVOLUCIÓN DE LA PRAXIS JURÍDICA: ESTADO DE LA CUESTIÓN

¿Cuál es la relación entre la tipología empírica descrita y la tipología legal? ¿Qué franjas o sectores de la fenomenología real cubre el concepto legal de sociedad profesional? Estas preguntas nos precipitan en el meollo del estudio. La cuestión se planteó en la práctica al día siguiente de la entrada en vigor de la Ley de Sociedades Profesionales. Los operadores se vieron obligados a discernir si las sociedades de nueva constitución que se proponían poner en pie o las sociedades preexistentes que venían gestionando hasta el momento entraban en el campo de aplicación de la ley y, por tanto, si debían adaptarse a sus flamantes previsiones. Las consecuencias eran graves, pues si, debiendo hacerlo, no lo hacían, las primeras verían impedida su válida constitución (con la consiguiente denegación de su inscripción en el Registro Mercantil) y las segundas quedarían condenadas a la disolución de pleno derecho (y a la cancelación de oficio de todos sus asientos en el Registro Mercantil)¹⁴.

De un análisis preliminar de los materiales legales resulta indubitado que las *sociedades de profesionales* no entran en el campo de aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales (la Exposición de Motivos es muy elocuente al respecto) y que las *sociedades*

profesionales en sentido propio entran de lleno en él. Todas las dudas se concentran así sobre las *sociedades cuasiprofesionales*, sobre los distintos supuestos de la fenomenología que hemos subsumido bajo esa denominación. Los que pretenden someterlas a la Ley de Sociedades Profesionales las asimilan a las sociedades profesionales *stricto sensu* poniendo para ello el acento en la naturaleza profesional de su objeto social. Los que pretenden sustraerlas de su ámbito de aplicación tratan de encajarlas en la categoría de las sociedades de profesionales y, específicamente, en la casilla de las sociedades de intermediación. Estas son las alternativas —una y otra insatisfactorias— en torno a las cuales se ha estructurado la práctica de las autoridades llamadas a decidir sobre la materia.

Lo comprobaremos inmediatamente. Antes sólo quiero precisar que la insatisfacción que producen ambas alternativas obedece a un *prejuicio de complitud* de las categorías utilizadas por el legislador (sociedades de profesionales y sociedades profesionales), el cual lleva a presuponer que toda la fenomenología relevante o bien se adscribe a una categoría o bien se adscribe a la otra. El corolario lógico es *tertium non datur*. Desconociéndose o negándose un espacio propio para las sociedades cuasiprofesionales y, por tanto, la existencia de un verdadero trilema, la resolución de los casos problemáticos (aquellos que intuitivamente no se acomodan a lo que en la experiencia laica reconocemos como una sociedad profesional *tout court*) se aboca fatalmente al dilema planteado: o se califican de sociedades profesionales y se someten a la ley o se califican de sociedades de profesionales —como sociedades de intermediación— y se dejan fuera de ella. Se ponen así todos los medios para errar en la solución.

3.1 • La práctica registral y el criterio formal del objeto social

La primera alternativa fue por la que optó la práctica registral sobre la base de una interpretación simple o mecánica de la ley. Como la Exposición de Motivos sólo excluye expresamente del ámbito de aplicación de la ley a las sociedades de profesionales, la inercia a pensar que todas las demás están incluidas en la definición del art. 1 LSP se impuso sin mayor análisis: *exclusius unius, inclusio alterius*. Bajo este entendimiento, todo se fía a la dimensión formal de la cláusula estatutaria del objeto social, sin entrar a indagar o considerar otras propiedades que la ley seguramente presupone en la sociedad

¹⁴ Es oportuno recordar aquí el tenor de la DT 1^ª.3 LSP: «Transcurrido el plazo de dieciocho meses desde la entrada en vigor de la presente Ley sin que haya tenido lugar la adaptación y su presentación en el Registro Mercantil, la sociedad quedará disuelta de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador Mercantil los asientos correspondientes a la sociedad disuelta».

profesional. Pues, en efecto, si todo depende de la dimensión más fácilmente observable y verificable del objeto social, ciertamente las sociedades cuasi-profesionales colapsan con las profesionales. Se trata de un género único. Para ilustrar el alcance de este planteamiento será bueno recordar un par de casos representativos.

El primero nos lo proporciona una sociedad cuya cláusula de objeto social rezaba así: «la compraventa de toda clase de parcelas, solares, su urbanización, parcelación, segregación y o agrupación, bienes inmuebles construidos y o en construcción, locales comerciales, parkings, plazas de garaje, su arrendamiento, traspaso, o cualquier otra clase de explotación admitida por las Leyes. La explotación de bares, cafeterías, espectáculos, y en general las actividades turísticas y de hostelería. La ejecución de obras públicas y privadas, bien sea directamente o subcontratadas, su licitación y concurso. La *asesoría de empresas, en sus vertientes, jurídica, fiscal, administrativo-financiera, comercial, producción y cualquier otra, que pueda desarrollarse en el ámbito empresarial.*» A la vista simplemente de esta previsión, el Registrador Mercantil de Alicante consideró que la sociedad, por razón de su objeto profesional (la asesoría de empresas en su vertiente jurídica) y de su falta de adaptación a la Ley de Sociedades Profesionales se hallaba incurso en causa de disolución de pleno derecho prevista en la DT 1ª LSP y que, transcurrido el plazo para la interposición de los recursos sin acreditar su presentación o subsanación, se cancelarían de oficio sus asientos¹⁵.

Nuestro segundo ejemplo nos lo proporciona otra sociedad, en cuya cláusula de objeto figuraba la siguiente descripción de actividades: «a) La construcción y promoción de todo tipo de edificaciones, la compraventa de terrenos, solares y edificaciones, así como la *prestación de servicios de asesoría, administración y gestión empresarial en los ámbitos económicos, administrativo, financiero, contable y fiscal.*». De nuevo, sobre la base de la simple inclusión dentro del objeto de actividades que potencialmente podrían exigir titulación universitaria y colegiación profesional, el Registrador Mercantil de Burgos declaró que la sociedad había quedado disuelta de pleno derecho por haber transcurrido los plazos establecidos en la ya citada disposición transitoria de la Ley de Sociedades Profesionales, sin adaptarse

a la misma. En este caso, el Centro Directivo no entra a decidir sobre la procedencia de la disolución de pleno derecho y la cancelación practicada sobre la base de que solo cabe recurrir las calificaciones negativas, suspensivas o denegatorias, pero no las calificaciones positivas del Registrador, como sería aquella por la que se extiende el asiento de cancelación¹⁶.

Lo que más sorprende de estas soluciones mecanicistas es la facilidad con que se adoptan. No hay rastro de una motivación mínimamente articulada para una calificación de tanta gravedad. El Registrador ni siquiera se preocupa de revisar otros extremos de los estatutos para comprobar, por ejemplo, si en ellos se contemplan aportaciones de industria o prestaciones accesorias que tengan por objeto la actividad profesional de los socios. Parece que se impone el caiga quien caiga sin reparar en las consecuencias. O quizá no. Todas las decisiones de que tenemos noticia se refieren a pequeñas sociedades de escasa notoriedad o relevancia en la esfera pública y empresarial. Dudo mucho que a un Registrador no le hubiese temblado el pulso a la hora de tomar una decisión similar en relación a una sociedad de otra índole. Pongo el caso extremo, pero estructuralmente equivalente, de *Iberdrola*. Si uno examina sus estatutos enseguida advierte —como ya he apuntado antes— que, al lado de su actividad eléctrica principal, contempla el desarrollo de actividades profesionales de ingeniería. Pues bien, no me cabe duda de que a nadie en sus cabales se le habría ocurrido jamás calificar a *Iberdrola* de sociedad profesional —en nuestra terminología, sería una sociedad cuasiprofesional—, y sin embargo no veo qué argumento podría utilizarse para justificar un trato diferente desde la óptica del criterio formal más generalizado en la práctica registral.

Y es que, en realidad, *Iberdrola*, como seguramente el resto de las pequeñas sociedades mencionadas en los ejemplos, se hallan en una situación de imposibilidad de adaptarse. La adaptación solo sería posible a costa de una reestructuración radical que contradice el diseño de la empresa realizado por las partes. Irónicamente uno podría reponer que *Iberdrola* lo tiene muy fácil; basta con que prescindiera de

¹⁵ RDGRN 16 -XII- 2016 (RJ 6631/2016); v. también, ocupándose de decisiones del mismo Registro de Alicante, las RRDGRN 21-XII-2017 (RJ 5911/2017) ó 9-I-2018 (RJ 144/2018).

¹⁶ RDGRN 14-VI-2017 (RJ 3398/2017); otros casos similares lo proporcionan, en relación a decisiones del Registro de Burgos, las RRDGRN 22-XI-2017 (RJ 5867/2017, 14-VI-2017 (RJ 3398/2017), 5-IV-2017 (RJ 2235/2017), 2-III-2017 (RJ 740/2017) o 17-X-2016 (RJ 5278/2016)); en relación al Registro de Navarra, la RDGRN 11-I-2016 (RJ 1728/2016)) o al Registro de Córdoba la RDGRN 20-VII-2015 (RJ 4236/2015).

su actividad de ingeniería y de los cientos de ingenieros que emplea y se dedique solo a su actividad principal. Pero entonces nos enfrentaríamos al caso de *Técnicas Reunidas*, sociedad también cotizada cuyo objeto social único o principal es precisamente la ingeniería («diseñar y preparar toda clase de proyectos e informes de ingeniería») o de *Clínica Baviera* o de tantas y tantas otras. La adaptación para ellas es sin más imposible, como imposible es el cumplimiento de la ley. Y lo es sencillamente porque no son sociedades profesionales. Si estas sociedades hubieran de adaptarse a la norma, tendrían que: (i) suprimir del objeto social el resto de actividades en virtud de lo previsto en el art. 2 LSP, que exige que las sociedades profesionales tengan por objeto exclusivamente el ejercicio en común de actividades profesionales; (ii) inscribirse en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional de médicos, abogados, arquitectos, ingenieros, etc. que corresponda, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4 LSP, lo cual a todas luces se revela improcedente; (iii) reconfigurar su composición subjetiva obligando a los socios a constituirse mayoritariamente como socios profesionales y excluyendo a todos aquellos que, excediendo del máximo previsto en el art. 4 LSP, no lo fueran; etc. En resumen, todo un despropósito.

3.2 • El Centro Directivo y la presunción de intermediación

Las consecuencias a que conduce la interpretación mecánica difundida en la praxis registral son tan graves —tan insoportables y hasta tan intolerables desde el punto de vista de la razón práctica— que la descalifican. Obsérvese que, aplicándola a rajatabla, con la escuadra y el cartabón, conduciría a la disolución de pleno derecho de una parte no insignificante de las sociedades que operan en el tráfico mercantil de nuestro país, muchas de las cuales incluyen en su objeto social alguna referencia —directa o indirecta— a actividades profesionales. Este no ha sido —no ha podido ser— el propósito de la Ley de Sociedades Profesionales, cuya razón de ser histórica es más facilitativa que propiamente directiva¹⁷. No es de extrañar por ello que los

medios doctrinales e institucionales más sensibles reaccionasen de inmediato frente a una praxis registral tan devastadora. Había que limitar su alcance y paliar sus efectos perversos. No es cuestión ahora de hacer recuento de las distintas opiniones doctrinales que abogaron por soluciones más prudentes y flexibles¹⁸. Por su importancia práctica, he de centrar la atención en la doctrina elaborada al efecto por la Dirección General de los Registros y el Notariado, que representa el intento más notable de reconducir la situación.

Prisionera también de la estructura dilemática de la discusión, el camino que se ve obligado a emprender el Centro Directivo consiste en ampliar la zona de libertad trazada en la Exposición de Motivos de la ley. La categoría de las sociedades cuasiprofesionales, que sigue sin representarse mentalmente, colapsa ahora con la categoría de las *sociedades de profesionales* y, de manera específica, con su tipo más anfibológico, la sociedad de intermediación, que se convierte así en el comodín para resolver los problemas creados por la interpretación mecánica de la praxis registral. El método seguido por el Centro Directivo para lograr este resultado curativo —casi milagroso, podría decir con una pizca de ironía— consiste en presumir que, a falta de declaración expresa en sentido contrario o diverso, la voluntad de las partes no es constituir una sociedad profesional, sino una sociedad de profesionales —normalmente una sociedad de intermediación— excluida del ámbito de aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales. Hay muchas resoluciones que se encaminan en esta dirección, ofreciendo pocas variaciones en su razonamiento¹⁹. Tomaré como botón de muestra la RDGRN 28-I-2009 (RJ 1609/2009). Se ocupaba de una sociedad cuya cláu-

adoptar cualquiera de los tipos societarios disponibles, personalistas o capitalistas y derogando reglas imperativas de ciertos tipos sociales para acomodarlas a las necesidades de las sociedades profesionales (para ello me permito remitir también a otros estudios anteriores: v., sobre todo, C. Paz-Ares «La agrupación de interés económico y las sociedades profesionales» en R. Uría y A. Menéndez (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª ed., Civitas, Madrid 2006, vol. I, pp. 791 ss. y C. Paz-Ares y A. Campins Vargas, *Las sociedades profesionales (Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales y Memoria justificativa)*, Madrid 2004 (no publicado, en el archivo de los autores).

¹⁸ Los pronunciamientos críticos son innumerables y muchos muy valiosos. Destacaría la ya citada contribución de Campins Vargas RdS 33 (2009), pp. 141 y ss., que ofrece las indicaciones bibliográficas imprescindibles.

¹⁹ V., por ejemplo, RDGRN 21-XII-2007 (RJ 389/2008); 28-I-2009 (RJ 1609/2009); 3-VI-2009 (RJ 3152/2009); etc.; sobre la primera v. el comentario de F. Redondo Trigo, «Las sociedades profesionales y su objeto social en la RDGRN de 21 de diciembre de 2007», RCDI 707 (2008), pp. 1396 ss.

¹⁷ No debe olvidarse que la ley surge en buena medida para liberalizar el ejercicio profesional en grupo facilitando la constitución de verdaderas sociedades profesionales (hasta entonces vedado por la doctrina imperante, a mi juicio de manera injustificada, como puse de relieve en mi antigua crítica: v. Paz-Ares, *Comentario CC* [nt. 5], vol. vol. II, pp. 1403 ss.), posibilitando

sula estatutaria de objeto social describía una actividad que, a pesar de algunas ambigüedades, seguramente debía adscribirse al ámbito profesional de la abogacía, como bien apreció el Registrador de Barcelona²⁰. Pues bien, para soslayar la calificación de la sociedad como sociedad profesional —el Registrador había sostenido además que de los estatutos no resultaba indicio alguno que permitiese calificar a la sociedad como sociedad de intermediación, de medios o de comunicación de ganancias— y las implicaciones que trae consigo, el Centro Directivo apela a la necesidad de afinar la interpretación del contrato. He aquí su forzada argumentación:

«Esta labor interpretativa puede presentar cierta dificultad cuando la previsión estatutaria correspondiente carezca de la expresividad suficiente para revelar la índole y la forma de ejercicio de la actividad social, pero es evidente que la inicial incertidumbre generada por el elemento gramatical no debe servir de excusa para denegar de manera concluyente el acceso al Registro Mercantil a los actos inscribibles causados por las sociedades afectadas, ni tampoco para considerarlas excluidas sin más del ámbito de aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley 2/2007. Será preciso en tales casos acudir a los elementos de interpretación previstos en los artículos 1.282 a 1.289 del Código Civil, particularmente, por su especial idoneidad para solventar la cuestión examinada, el conocido como «criterio de la conducta interpretativa», acogido por el artículo 1.282 del citado cuerpo legal, cuyo cometido consiste en concretar la voluntad comercial a través de los actos de ejecución del negocio. [...] Por ello, en los supuestos en que la definición estatutaria del objeto social se muestre insuficientemente expresiva sobre el carácter profesional de una sociedad en orden a la aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley 2/2007, dicho carácter no puede presumirse, a falta de una norma que así lo establezca; y para considerar inaplicable aquella disposición no es necesario, en contra de lo que expresa la calificación ahora impugnada que de la definición estatutaria resulte expresamente que se trata de una sociedad de medios. Por lo demás, aunque para la necesari-

ria certidumbre del tráfico jurídico sea conveniente que al formalizar los actos que hayan de acceder al Registro Mercantil el órgano social u otras personas legitimadas para ello manifiesten en escritura pública que el tráfico de la compañía no comporta el desarrollo directo de una actividad profesional, lo cierto es que tampoco puede exigirse por el Registrador una manifestación expresa de tal índole, que la Ley no impone».

De las resoluciones de la Dirección General puede decirse en general que aciertan en el fallo, pero también que yerran (y abultadamente) en la argumentación, aunque en honor a la verdad he de reconocer que con el paso del tiempo esta mejoró de modo notable, siempre —eso sí— dentro del consabido esquema de la presunción de intermediación²¹. El comodín de la sociedad de intermediación sirve para un roto y un descosido, es cierto, pero a costa de convertirse, desde el punto de vista metódico, en un simple ardid o treta para eludir la aplicación de la norma. No puedo por menos que evocar en este momento el viejo refrán «quien hace la ley hace la trampa». Porque, en efecto, el Centro Directivo hizo primero la «ley» (construyó la prohibición o inadmisibilidad de las sociedades profesionales: v. RDGRN 2-VI-1986, RJ 3837/1986; 23-IV-1993, RJ 3006/1993; 26-VI-1995, RJ 5331/1995) e inmediatamente tuvo que hacer la trampa —el invento de la «sociedad de intermediación», una sociedad que no media ni intermedia, un *monstruum* jurídico como dirían los clásicos— para sortear su propia doctrina y evitar los resultados perversos a los que conducía en la práctica. Ahora vuelve a hacerlo. Cuando la ley ha abrogado su doctrina tradicional proclamando la admisibilidad de las sociedades profesionales *stricto sensu*, el Centro Directivo desempolva la vieja trampa de la sociedad de intermediación para eludir los resultados a los que conduce la «ley», en la interpretación que de ella hace la práctica registral que, en el fondo, sin reconocerlo, parece hacer suya la Dirección General. De otro modo, podría haberse ahorrado la trampa.

3.3 • La doctrina del Tribunal Supremo: vuelta a las andadas

La doctrina del Centro Directivo será arrumbada pronto por el Tribunal Supremo en la importante

²⁰ Este era el tenor de la cláusula en cuestión: «asesoramiento, tramitación, gestión, administración, representación, negociación, contratación [...], promoción, consulta y/o estudio de cualquier tipo de negocio jurídico, operación o transacción, derecho o interés, o aspecto relacionado con la normativa aplicable, su interpretación, o cuestiones de carácter jurídico diverso en todas las ramas del Derecho...»

²¹ Destaca en este sentido la RDGRN 5-IV-2011, RJ 2867/2011, a la que me referiré a su debido tiempo: v. *infra* 5.2.

STS 18-VII-2012 (RJ 8606/2012), que marca un hito en esta pequeña historia. Uno tiene la impresión de que el desenlace era casi inevitable. El argumento de la sociedad de intermediación era tan débil —la trampa tan evidente— que, antes o después, estaba llamado a sucumbir. Sin embargo, a juicio de quien escribe, estas no son buenas noticias. Ciertamente se desautoriza una argumentación inadecuada, pero el precio pagado desde el punto de vista de la razonabilidad de los resultados es muy alto. La sentencia vuelve a las andadas bendiciendo en buena medida la interpretación mecánica de la praxis registral.

Para comprender mejor su alcance, no estará demás recordar brevemente los antecedentes de la sentencia. El Registrador Mercantil de Valencia deniega la inscripción, esta vez no de la sociedad como tal, sino solamente del inciso subrayado de la siguiente cláusula de objeto social: «La compraventa de acciones y participaciones por cuenta propia, con exclusión de aquellas actividades reguladas en la Ley del Mercado de Valores y en la de Instituciones de Inversión Colectiva para cuya ejecución y ejercicio se rigen [sic] requisitos especiales que no cumple la presente sociedad, así como la dirección empresarial, la gestión administrativa, y los servicios de asesoramiento técnico financiero, contable, comercial, fiscal, jurídico e industrial». Interpuesto el correspondiente recurso gubernativo, el Centro Directivo —como era de esperar— revoca la calificación del Registrador apelando de nuevo al criterio de la voluntad de las partes y al expediente de la sociedad de intermediación, en los términos que ya conocemos²². La resolución es recurrida en vía judicial por partida doble (por los Registradores de Valencia que intervinieron en el caso y por el Consejo General de la Abogacía Española). El recurso de los Registradores es estimado sólo parcialmente por el Juzgado de lo Mercantil de Valencia²³ e íntegramente por la Audiencia Provincial de Valencia²⁴. Anulada la resolución y mantenida la calificación negativa del Registrador, el Abogado del Estado interpone recurso de casación por interés casacional, que resulta desestimado por el Tribunal Supremo con base en los siguientes fundamentos, que conviene transcribir generosamente:

«mientras la resolución de la DGRN responde a un criterio que permite burlar con gran facilidad la

LSP [...], la calificación negativa del registrador mercantil, en cambio, se funda en un criterio de efectividad, no de observancia puramente teórica, de esa misma ley. La calificación negativa del registrador mercantil no comportaba aplicar la LSP a las sociedades de intermediación, como parece querer alegar la Administración recurrente, sino, muy al contrario, evitar que una sociedad plenamente encuadrable, por su objeto social, en el ámbito de dicha ley, quedara al margen de los requisitos exigidos por la misma. [...] De lo anterior se sigue que la motivación de la resolución de la DGRN [basada, como sabemos, en la presunción de intermediación] se opone frontalmente a la LSP, porque no tiene justificación que allí donde la ley exige «certidumbre jurídica» el centro directivo opte por la ambigüedad y allí donde la ley trata de evitar que las sociedades profesionales eludan su responsabilidad frente a terceros, descargándola sobre personas naturales, el centro directivo opte precisamente por la solución más favorable a la elusión de esa responsabilidad queriendo ver una sociedad de intermediación en aquella que, como la del presente caso, declaraba como objeto social de la propia sociedad el asesoramiento contable, fiscal y jurídico. Por eso carece de la más mínima justificación la advertencia de expediente disciplinario que se hace al registrador, pues en realidad se le amenaza con un expediente por haber cumplido la ley en sus justos términos. [...] Se trata, en suma, de que las sociedades sean lo que parecen y parezcan lo que son, pues ninguna forma mejor hay de garantizar el imperio de la ley y los derechos de los socios y de los terceros que contraten con la sociedad».

En definitiva, el Tribunal Supremo deja sin efecto la doctrina del Centro Directivo y el expediente de la sociedad de intermediación en que se funda por entender que propicia el fraude de ley al permitir que verdaderas sociedades profesionales (por así inferirse de la cláusula del objeto social) eludan la aplicación de la normativa imperativa establecida por la Ley de Sociedades Profesionales en beneficio y garantía de socios y terceros. Nada que objetar a ello. El problema es que repone y da ínfulas al criterio de la praxis registral, y esto —como decíamos— no son buenas noticias, luego volveremos sobre ello con más calma (v. *infra* 4.2).

Tras el varapalo del Tribunal Supremo, la Dirección General de los Registros recula, pero no totalmente. Renuncia a su doctrina anterior, que permitía presumir la existencia de una sociedad de profesiona-

²² RDGRN 21-XII-2007 (RJ 389/2008).

²³ SJM Valencia 23-X-2008 (AC 955/2009).

²⁴ SAP Valencia 29-IV-2009 (AC 1158/2009).

les —y, por tanto, la inexistencia de una sociedad profesional— en contra o a pesar de la cláusula del objeto social. No obstante, mantiene incólume el expediente de la sociedad de intermediación. Solo que ahora, existiendo en la cláusula de objeto social actividades que podrían calificarse de «profesionales», exige para excluir la aplicación de la ley una *declaración expresa de que la sociedad es una sociedad de profesionales*, en cualquiera de sus modalidades: de medios, de comunicación de ganancias y, sobre todo, de intermediación. Esta doctrina se ha reflejado en numerosas resoluciones. En ellas se recoge siempre un párrafo de este o parecido tenor:

«ante las dudas que puedan suscitarse en los supuestos en que en los estatutos sociales se haga referencia a determinadas actividades que puedan constituir el objeto, bien de una sociedad profesional, con sujeción a su propio régimen antes dicho, bien de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, *debe exigirse para dar «certidumbre jurídica» la declaración expresa de que se trata de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación*, de tal modo que a falta de esa expresión concreta deba entenderse que en aquellos supuestos se esté en presencia de una sociedad profesional sometida a la Ley imperativa 2/2007, de 15 de marzo»²⁵.

4. • MARCO ANALÍTICO DE LA DISCUSIÓN Y REVISIÓN CRÍTICA DE LA DOCTRINA

Hasta aquí el estado de la cuestión, a nuestro juicio altamente insatisfactorio. Y así seguirá mientras no se sustituya el dilema por el trilema. Pero este objetivo no se conseguirá sin una labor previa de clarificación del debate y una labor posterior de reconstrucción. La previa reclama ante todo identificar el nervio de las hipótesis interpretativas en liza —representadas paradigmáticamente por las posiciones de la Dirección General de Registros y del Tribunal Supremo—, formularlas debidamente y, a

partir de ahí, refutarlas —falsarlas— o confirmarlas. A tal efecto, aunque ellas mismas no se hayan expresado en estos términos y aunque en algunos aspectos no las representen milimétricamente (cualquier ejercicio de aislamiento analítico exige alejarse de los peligros de la «vacua exactitud», la expresión es de Schauer), atendiendo a los resultados a que conducen, sugiero denominarlas respectivamente *teoría de la autonomía de la voluntad* y *teoría de la reserva de actividad*. Esta formulación nos ayudará a comprender que ninguna de las dos ofrece una respuesta cabal al problema de la delimitación del ámbito de aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales y preparará el terreno para la labor de reconstrucción, que se afrontará más tarde (v. *infra* 5-7). Nuestra hipótesis es que la primera peca por defecto y la segunda por exceso, aunque el defecto de la una es ciertamente de mucha menor proporción que el exceso de la otra.

4.1 • Teoría de la autonomía de la voluntad

Esta es, en efecto, la tesis que subyace o está detrás de la argumentación —socorrida pero falaz— del Centro Directivo. Socorrida porque, desde el punto de vista material del resultado, ha permitido en general ofrecer una respuesta intuitivamente sensata a los problemas de la práctica, que se concentran en el ámbito de las sociedades cuasiprofesionales. Y falaz porque, desde el punto de vista formal de la lógica, el raciocinio desenvuelto sobre la base de la sociedad de intermediación se revela de todo punto inconsistente. El raciocinio se hace blanco de tres objeciones letales que aparecen en cascada: artificiosidad, nominalismo y trivialidad.

a) La *artificiosidad* reside en el propio expediente de la sociedad de intermediación. Me he permitido antes la licencia retórica de denominarlo «trampa» a la que se recurre para sustraer del *imperium* de la ley a las sociedades cuasiprofesionales. So pretexto de que la Exposición de Motivos designa y define expresamente las sociedades de intermediación, en un paso ciertamente ininteligible, para dejarlas fuera de su ámbito de aplicación, el Centro Directivo extiende arbitrariamente su campo semántico para abarcar toda la fenomenología que hemos calificado de cuasiprofesional. Pero esto no salva o redime el expediente de su pecado original, que reside en su carácter ficticio. Sociedad de intermediación y sociedad cuasiprofesional no son conceptos coextensivos. La sociedad de intermediación no responde a ninguna realidad de esa índole. Es absurdo

²⁵ El párrafo se transcribe de la reciente RDGR 18-VII-2018 (RJ 3187/2018), pero en el mismo sentido hay multitud de resoluciones: v. RDGRN 9-I-2018 (RJ 144/2018); 21-XII-2017 (RJ 5911/2017); 22-XI-2017 (RJ 5867/2017); 14-VI-2017 (RJ 3398/2017); 5-IV-2017 (RJ 2235/2017); 2-III-2017 (RJ 740/2017); 16-XII-2016 (RJ 6631/2016); 17-X-2016 (RJ 5278/2016); 11-I-2016 (RJ 1728/2016); 20-VII-2015 (RJ 4236/2015); 18-VIII-2014 (RJ 5734/2014); 4-III-2014 (RJ 1980/2014); 9-X-2013 (7847/3013); 2-VII-2013 (RJ 5786/2013); 16-III-2013 (RJ 2913/2013); y 5-III-2013 (BOE 87 [11-IV-2013]).

calificar de intermediación a una sociedad cuando su objeto social no consiste en una actividad de mediación, sino en la propia actividad profesional supuestamente mediada, y cuando, en lógica correspondencia, las relaciones jurídicas derivadas de la actividad profesional se imputan a la propia sociedad.

El Centro Directivo suele negar que se produzca esta imputación para escapar de la aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales (v. art. 1.1 III LSP), pero se trata de una simple impostura. Porque si acepta —como vuelve a recordarnos en su resolución más reciente— que la sociedad de intermediación «*mantiene la titularidad de la relación jurídica*» con el cliente (RDGRN 18-VII-2018 (RJ 3187/2018), necesariamente ha de aceptar también que se le imputa la actividad profesional. La titularidad de la relación jurídica es producto y solo producto de la imputación. Cualquier intento de escindir ambos conceptos se resuelve en una ofensa de la lógica y aun de la inteligencia. De hecho, si tuviéramos que atenarnos al razonamiento del Centro Directivo, todas las sociedades serían de intermediación, porque la persona jurídica como tal nunca fabrica un producto o produce un servicio: la persona jurídica es siempre una instancia de intermediación o coordinación de los factores de producción (un «nexo de contratos»). A nadie se le ocurre afirmar que *Prosegur* o *Eulen* son sociedades de intermediación de servicios de seguridad o de limpieza porque las actividades contratadas mediante los correspondientes arrendamientos de servicios los realizan, como auxiliares del cumplimiento contractual, agentes de seguridad o limpiadores o limpiadoras contratadas por la empresa en régimen laboral y no físicamente la propia sociedad²⁶.

La sociedad de intermediación, lo sabemos desde los orígenes del invento, es una pura muleta constructiva desprovista de significado. Al final, vuelvo a insistir en ello, se ha convertido en un comodín fácil del que se echa mano cuando se advierte o intuye que la voluntad de las partes no ha sido la de constituir una sociedad profesional *stricto sensu*, sino desarrollar una actividad profesional fuera de ese cauce legal, lo que a la postre se acaba estimando que ocurre siempre que las partes no han elegido expresamente el tipo de la sociedad profesional.

¿Cómo puede entenderse si no esa curiosa doctrina de la «presunción de intermediación»? Por todo ello afirmamos que el expediente de la sociedad de intermediación encubre en realidad una teoría de la autonomía de la voluntad.

b) La objeción del *nominalismo* es un precipitado de la anterior, con el agravante de que se exagera cuando continúa utilizándose para soslayar la jurisprudencia sobrevenida del Tribunal Supremo. Vimos antes que la STS 18-VII-2012 (RJ 8606/2012) revoca sin paliativos la doctrina del Centro Directivo bajo el argumento de que facilita la evasión o fraude de la Ley de Sociedades Profesionales. Pero el Centro Directivo, aunque formalmente declara atenerse a su criterio, realmente no se arredra. Lo que hace es simplemente renunciar a la idea de la «presunción de intermediación»; pero continua admitiendo sin reservas la sociedad de intermediación como válvula de escape a condición simplemente de que las partes califiquen a la sociedad como tal *expressis verbis*. De ahí que se haya extendido en la práctica el uso de llamar sociedad de intermediación a lo que a todas luces no lo es. Es el caso, por ejemplo, de la conocida empresa de ingeniería *Typsa*, que hace consistir su objeto social en «la intermediación y coordinación de medios» para la realización de toda clase de servicios de urbanismo, arquitectura o ingeniería²⁷. O el del no menos conocido bufete de abogados *Arriaga Asociados*, cuyo objeto se define así: «la intermediación en la prestación de todo tipo de servicios jurídicos y económicos»²⁸. El nombre opera así el milagro de transformar la realidad. Naturalmente, no discuto que las partes puedan optar por celebrar un negocio jurídico u otro. Lo único que afirmo es que la calificación de si estamos ante un negocio jurídico u otro no depende del *nomen iuris* que le atribuyen las partes, sino de la sustancia de lo que hayan querido y efectivamente hayan puesto en marcha, que, a la vista de los ejemplos indicados, uno colige que poco tiene que ver con la intermediación propiamente tal. Casi produce sonrojo tener que recordar el principio elemental de la *spectanda voluntas*: «los contratos —como ha reiterado nuestra jurisprudencia hasta la saciedad— son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que les

²⁶ Así las cosas, la sociedad de intermediación se convierte en indistinguible —es exactamente lo mismo— que una sociedad profesional, como en su momento señaló J. A. Miquel Silvestre, «La Ley de Sociedades Profesionales», *La Ley* 6992 (18-VII-2008), p. 4.

²⁷ Información de la sociedad Técnicas y Proyectos, S. A. (*Typsa*) extraída de la página web www.axesor.es.

²⁸ Información de la sociedad Arriaga Asociados Asesoramiento Jurídico y Económico S.L. extraída de la página web www.axesor.es.

hayan dado los contratantes»²⁹. Un colega lo ha dicho gráficamente: «se quiera o no [...], nuestras sociedades de intermediación son sociedades profesionales y todo lo que sea discurrir al margen de esta evidencia es inútil»³⁰.

c) La objeción de la *trivialidad* resulta de todo lo anterior. La doctrina de la Dirección conduce a convertir la Ley de Sociedades Profesionales en banal o trivial, en «norma de cumplimiento voluntario»³¹. Su aplicación queda a merced de la pura decisión de las partes de someterse a ella o no. Les basta con nombrar la palabra mágica para quedarse al margen, con decir ritualmente que constituyen una «sociedad de intermediación» aunque realmente no sea eso lo que tienen en mente. Y esto ciertamente no se compadece con el mandato legal. El art. 1.1 LSP establece que las sociedades profesionales definidas como tales (aquellas cuyo «objeto social es el ejercicio en común de la actividad profesional») «deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente ley»³². Imaginemos una sociedad que efectivamente es una sociedad profesional —que realiza el tipo o supuesto de hecho de la norma—, pero cuyos socios no quieren someterse a sus reglas imperativas y, en concreto, al art. 2 LSP (por ejemplo, porque no quieren que su objeto sea exclusivo pues desean realizar además actividades de promoción inmobiliaria); o al art. 3 LSP (por ejemplo, porque pretenden constituir una sociedad multidisciplinar entre abogados y auditores o entre abogados y procuradores, siendo ambas actividades incompatibles³³); o al art. 4 LSP (por

ejemplo, porque han acordado que un socio capitalista tenga la mayoría de votos o del capital o que administre la firma cuando sus rendimientos proceden todos de la actividad profesional de los «socios industriales»); o al art. 8 LSP (por ejemplo, porque no tienen ningún interés —es algo que desean evitar a toda costa— en inscribirse en el Colegio Profesional correspondiente). Nos gustarán o no esas reglas, estarán más o menos justificadas, pero lo cierto es que no pueden ser eludidas sin más. Hay un *mínimo de imperatividad* que ha de ser respetado, aunque sólo sea un mínimo como veremos en su momento (v. *infra* 7).

4.2 • Teoría de la reserva de actividad

Esta es la tesis contrapuesta a la que conduce la argumentación del Tribunal Supremo. El argumento del Alto Tribunal es muy sencillo: si una sociedad tiene por objeto social el desarrollo de una actividad profesional debe configurarse necesariamente como sociedad profesional *stricto sensu*, con independencia de la voluntad de las partes, les guste o no. «Se trata en suma —cito un párrafo de la sentencia— de que las sociedades sean lo que parecen y parezcan lo que son, pues ninguna forma mejor hay de garantizar el imperio de la ley y los derechos de los socios y de los terceros que contratan con la sociedad». Como fácilmente se advierte, esto conduce a reservar el desarrollo de actividades profesionales reguladas a la sociedad profesional propiamente dicha, de ahí que la denominemos teoría de la reserva de actividad³⁴. Esta sería la única manera de evitar el fraude. De hecho, la objeción que dirige el Tribunal a la doctrina del Centro Directivo es la de que esta acaba siendo un simple expediente para burlar la ley. Hemos de admitir que, al menos *prima facie*, el razonamiento del Tribunal resulta impecable desde el punto de vista formal de la lógica. Otra cosa es que sea poco razonable desde el punto de vista material de los resultados, que se antojan claramente excesivos, como veremos en seguida. La teoría de la reserva de actividad adolece, bajo esta perspectiva, de tres vicios o defectos graves: falta de sensibilidad, falta de proporcionalidad y falta de sutilidad.

29 STS 2-III-2007 (RJ 1622/2007), con referencia a muchas otras anteriores; de fecha más reciente, pueden citarse las STS 6-IV-2015 (RJ 1178/2015) y 26-XI-2014 (RJ 6024/2014). En doctrina, siguen siendo memorables los párrafos y la comprimida erudición que le dedica F. de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Madrid 1967, p. 82.

30 G. Alcover Garau, «Sociedades profesionales y sociedades de intermediación», RdS 32 (2009), p. 174.

31 D. Vázquez Albert, «La polémica de las sociedades de intermediación», *Observatorio Iuris* (junio 2008), disponible en la web. La RDGR 18-VII-2018 (RJ 3187/2018) no le duelen prendas en admitirlo: «...de manera que cuando se quiera [...] evitar la aplicación del régimen imperativo establecido en la Ley 12/2007, se debe declarar así expresamente».

32 En última instancia, esta es la razón por la que buena parte de tratadistas han desaprobado el criterio del Centro Directivo: «no debiera contribuirse a extender la idea de la Ley está ahí para los que quieran acogerla. La norma es claramente imperativa» (D. Pérez Millán, «En torno al objeto de las sociedades profesionales», RdS 32 (2009) p. 200). El problema es que se han ido al otro cuerno del dilema.

33 Observo *in limine* que la incompatibilidad entre la abogacía y la procura (declarada tanto por el art. 22.2 b) del Estatuto General de la Abogacía como por el art. 24.1 b) del Estatuto General de los Procuradores de Tribunales de España) puede

ser discutible a la vista del rango reglamentario de la norma que la declara. El art. 3 LSP habla de profesiones incompatibles «por norma de rango legal». Con todo, subsiste el problema del art. 9.1 II LSP, como se ha señalado recientemente (v. E. Rojo, «Las sociedades profesionales: los abogados y los procuradores», *Registradores de España* 83 (2018), p. 83).

34 El punto de vista del Tribunal Supremo ha sido secundado por diversos tratadistas (v., entre otros, Pérez Millán, RdS 32 (2009), p. 189).

a) Decimos que adolece de *falta de sensibilidad* por que no advierte o ignora las consecuencias verdaderamente graves a las que aboca. En efecto, al poner todo el acento en la dimensión del objeto social («se trata de evitar —cito de nuevo— que una sociedad plenamente encuadrable, por su objeto social, en el ámbito de dicha ley quede al margen de los requisitos exigidos por la misma»), conduce lógicamente a sostener que *cualquier* sociedad cuyo objeto incluya una actividad profesional y que esté dotada de personalidad jurídica (que implica la imputación a la sociedad de los actos realizados en desarrollo del objeto) tiene que configurarse o, en su caso, adaptarse a las reglas de la Ley de Sociedades Profesionales y, entre ellas, por ejemplo, al art. 17.2 LSP, y si no, abstenerse de constituirse o disolverse.

Esto determina resultados inasumibles que contradicen nuestras intuiciones jurídicas más firmes como juristas. Sociedades como *Clínica Baviera*, *Iberdrola*, *Sacyr*, *Técnicas Reunidas*, *Lindorff* o tantas otras que por su propia naturaleza no pueden adaptarse quedan condenadas a desaparecer o a renunciar a su actividad profesional³⁵. Este es un atentado contra la razón práctica, a la que el derecho no puede permanecer ajeno. El razonamiento jurídico, aunque goza de cierta autonomía, no está desgajado completamente del razonamiento práctico. A la autoridad llamada a decidir una cuestión, no le pedimos sólo soluciones formalmente —mecánicamente— conformes con la ley; también le pedimos soluciones materialmente razonables. «La necesidad del derecho —como dice Alexy— no significa decir adiós a la razón»³⁶. No podemos conformarnos con un simple *fiat iustitia et pereat mundus!* La reciente SAP Barcelona 30-XI-2017 (JUR 20845/2018) ha sido sensible a esta necesidad. Sin retar o provocar abiertamente al Tribunal Supremo, a cuya doctrina se cuida de acomodar —ciertamente más de palabra que de pensamiento y obra—, declara:

«De no interpretarse la norma y la jurisprudencia que la interpreta en este sentido [...], la práctica totalidad de las sociedades deberían constituirse como sociedades profesionales, pues difícilmente cabe imaginar actividades que

no precisen de profesionales colegiados. Así ocurre con las sociedades que prestan servicios médicos o clínicos: junto con el escrito de contestación se acompañan notas registrales de las más conocidas (*Clínica Corachán, S.A.*, *entro Médico Delfos, Sanitas S.A.*, *Grupo Hospitalario Quirón S.A.*, *Centro Médico Teknon* o *Corporación Dermostática S.A.*), cuyos objetos sociales, similares al objeto de *Sar Omus* [la sociedad demandada] incluyen la prestación de servicios médicos o de asistencia sanitaria, que prestan con personal contratado o asalariado, y nadie sostiene que deban adaptarse a la LSP».

b) Pero la doctrina del Tribunal Supremo no resulta objetable sólo desde el punto de vista de la razón práctica; también lo es desde el punto de vista de la razón jurídica y, específicamente, en el marco de evaluación que nos ofrecen las garantías constitucionales de la libertad de empresa y de competencia. La teoría de la reserva de actividad resulta puesta a prueba y desafiada por estas garantías. Los efectos anticompetitivos a que conduce sus planteamientos son conocidos³⁷. Ahora quiero fijarme en

37 De hecho, una de las razones que inspiraron los trabajos de los que surgiría la Ley de Sociedades Profesionales fue precisamente la de «garantizar al máximo la flexibilidad organizativa de las sociedades profesionales, removiendo los obstáculos y restricciones jurídicas que hasta el momento podían menoscabar o retardar la competitividad del sector. Había que 'liberalizar la estructura del negocio', según la elocuente expresión acuñada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones liberales* (Madrid 1996), y así se ha hecho» (v. Paz-Ares y Campins, *Sociedades profesionales* (nt. 17), p. 6). Es oportuno recordar también la RTDC 17-1-2002 (RJ AC 24/2002), que examinó si la exigencia prevista en la normativa del Colegio de Arquitectos de supeditar la inscripción de una sociedad de arquitectura a que sus socios (o por lo menos la mayoría) fueran arquitectos constituye un acuerdo restrictivo de la competencia en este mercado de servicios profesionales prohibido por el art. 1 LDC. Aun cuando *prima facie* parecía inclinarse por esa respuesta, al final la resolución optó por la negativa en atención a que la normativa corporativa se limitaba y limita aún hoy a regular los requisitos de una sociedad de arquitectos para su reconocimiento colegial, pero en el bien entendido de que no hay *reserva de actividad* y, por ende, que ello no impide la creación de sociedades profesionales —*rectius*, cuasiprofesionales— no controladas por arquitectos. Esta sí sería una limitación competitiva intolerable (v. D. Vázquez Albert, *¿Sociedades profesionales controladas por no profesionales?*, *Diario La Ley* 5517 (5-IV-2002), p. 16). Y así debe interpretarse correctamente la Ley de Sociedades Profesionales. La norma impide que una sociedad de arquitectos, ingenieros o médicos pueda inscribirse en el colegio profesional si no es una sociedad profesional *stricto sensu* (es decir, comunidad de trabajo con todas las previsiones de configuración que veremos enseguida: v. *infra* 5), pero no impide a un *private equity* hacerse con el control de *Clínicas Vitaldent* o del *Grupo Hospitalario Quirón* para prestar servicios médicos o que un grupo inversor lance una opa sobre *Técnicas Reunidas* para realizar proyectos de ingeniería. Esto estaba fuera de la voluntad de la ley.

35 El reproche al Tribunal Supremo de falta de sentido de la realidad o de «resultados poco acordes con la realidad» no escasea en la doctrina (v., por ej., recientemente, E. Fernández Fernández, «Sociedades profesionales como forma de ejercicio de las profesiones sanitarias: una aproximación conceptual» en J. Tomillo y J. Cayón (dirs.), *Derecho y salud como realidades interactivas*, Aranzadi, Cizur Menor 2015, pp. 593-594).

36 R. Alexy, *La institucionalización de la justicia*, trad. esp., Comares, Granada 2005, p. 84.

el derecho fundamental de libertad de empresa (art. 38 CE) para hacer visible la segunda objeción: *la falta de proporcionalidad*. La idea de fondo que rige la doctrina del Alto Tribunal es que la especial naturaleza de la actividad profesional regulada, en la que están en juego intereses públicos relevantes, justifica someterla a un régimen especial —el régimen de la reserva de actividad— en garantía de los derechos de los clientes o usuarios y del sistema en general. La reserva de actividad se sustanciaría así pues en una limitación o restricción de la libertad de empresa justificada por razones superiores de interés público. Pues bien, sostengo que dicha restricción, que conduciría —para seguir con nuestros ejemplos— a impedir que *Técnicas Reunidas, Iberdrola o Clínica Baviera* y muchísimas otras sociedades pudieran desarrollar sus actividades empresariales o una parte sustancial de ellas³⁸, es una restricción excesiva y, desde luego, no supera el *test de proporcionalidad* al que el Tribunal Constitucional supedita —o debería supeditar si fuese más coherente y menos indulgente en su interpretación del art. 38 CE— la admisibilidad de una limitación de derechos fundamentales.

El test —como es archisabido— conduce a rechazar como inconstitucional cualquier medida restrictiva de un derecho fundamental cuando se verifique que no es adecuada, necesaria y ponderada o proporcional en sentido estricto. Pues bien, la medida de la reserva de actividad virtualmente introducida por la doctrina del Tribunal Supremo, asumiendo que pasa el juicio de adecuación, desde luego no pasa el *juicio de necesidad*, toda vez que existen medidas menos gravosas para garantizar los objetivos buscados³⁹. Para ello resulta suficiente en efecto con asegurar (i) que el servicio profesional será prestado en todo caso por profesionales cualificados, colegiados y sometidos a disciplina corporativa; (ii) que en la prestación del servicio profesional los profesionales en cuestión actúan con libertad de criterio e independencia respecto de la sociedad que los emplea; y (iii) que los profesiona-

les que prestan el servicio quedan sujetos en todo caso a responsabilidad directa y personal frente al cliente. Supuesto que estas garantías o condiciones se satisfacen también en las sociedades cuasiprofesionales, como comprobaremos más tarde (v. *infra* 7.1), la reserva de actividad resulta innecesaria y por ende desproporcionada. De hecho, la simple regulación de las sociedades profesionales se ha puesto en duda con carácter general en otras latitudes, no solo por no ser estrictamente necesaria ya que el sistema de responsabilidad individual (*individual accountability*) funciona bien, sino por resultar potencialmente contraproducente al debilitar el sistema de responsabilidad personal⁴⁰. Yo no afirmo esto, reconozco incluso que puede ser especulativo. Pero desde luego entiendo que, en relación a las sociedades cuasiprofesionales, la reserva de actividad resulta de todo punto injustificada.

c) La tercera objeción de que se hace merecedora la doctrina del Tribunal Supremo es la *falta de sutileza* en el plano dogmático puesto que, a la postre, no repara en la distinción entre el objeto del contrato de sociedad profesional y el objeto social de la sociedad —de la persona jurídica— constituida, e incluso entre el objeto social y los actos necesarios o convenientes para llevarlo a cabo (o, si se prefiere, entre la actividad empresarial sustantiva —lo que en la experiencia del tráfico se percibe como un ramo o sector de actividad específico— y la actividad profesional auxiliar). De todo esto me ocuparé más tarde al ofrecer la reconstrucción crítica de la materia (v. *infra* 6). Lo que ahora importa destacar es que de este modo la doctrina del Alto Tribunal acaba perdiendo de vista el *modelo o tipo empírico de sociedad profesional* percibido o reconocido en nuestra cultura jurídica (y al que veremos no es ajeno el legislador), que se caracteriza por la *propiedad de los insiders* (la sociedad es participada exclusiva o significativamente por los propios profesionales), por la *producción de los insiders* (el protagonismo en la prestación de los servicios corresponde a estos o a equipos liderados por estos) y por la *autoridad dispersa de los insiders* (o amplia autonomía de los socios en el proceso de producción, etc.)⁴¹.

38 No hace falta insistir en la imposibilidad en que se hallan de adaptarse a las exigencias de la sociedad profesional *stricto sensu*: sus socios no son profesionales y no pueden convertirse en tales de la noche a la mañana.

39 Obsérvese que la reserva de actividad lleva necesariamente a limitar el número de empresas y el tamaño de las empresas que pueden desarrollar actividades profesionales, y que esas limitaciones no resultan imprescindibles en nuestro caso para cualquier actividad profesional regulada (v. C. Paz-Ares y J. Alfaro, «Comentario art. 38» en M. E. Casas y M. Rodríguez. Piñero (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Kluwer, Madrid 2008, p. 997).

40 V. alguna referencia en A. M. Dodek, «Regulating Law Firms in Canada», *The Canadian Bar Review* 90 (2011), pp. 397-398.

41 Para la caracterización de las firmas profesionales destaco, entre tantos, R. J. Gilson y R. H. Mnookin, «Sharing Among the Human Capitalists: An Economic Inquiry into the Corporate Law Firm and How Partners Split Profits», *Stanford Law Review*, 37 (1985), pp. 13 ss. o L. Empson, L. y C. Chapman, C., «Partnership versus Corporation: Implications of Alternative Forms of Governance in Professional Service Firms» en R. Greenwood y

Este modelo es el que está en la base de nuestras intuiciones jurídicas más firmes con las que debe reconciliarse la interpretación del derecho en una suerte de *ejercicio de equilibrio reflexivo*. El equilibrio reflexivo implica un proceso continuado de ir y venir entre las intuiciones que nos formamos como juristas a la vista de la experiencia empírica y las normas que hemos de comprender, cuyo objeto consiste precisamente en ajustar o rectificar progresivamente unas y otras para lograr al final el debido alineamiento entre ellas⁴². En nuestro caso, este ejercicio implica también establecer un balance adecuado entre la definición de sociedad profesional y su régimen jurídico o, si se prefiere, entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. La aproximación de la teoría de la reserva de actividad es burda o gruesa porque, al atender solo a la *naturaleza de la actividad* (es la actividad objetivamente considerada la que en ella reclama un determinado tipo de sociedad configurado para garantizar derechos de terceros) y no a la *naturaleza de la organización*, no es capaz de lograr o alcanzar aquel alineamiento y el balance debido entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica. El resultado es que acaba colapsando el requisito «objeto del contrato» (el «ejercicio en común» que presupone una organización en la que los socios producen el servicio) con el requisito «objeto de la sociedad» (la actividad profesional). Aquí reside el corazón de nuestra crítica, que —como comprobaremos enseguida (v. *infra* 5.1)— no puede eludirse apelando a la definición de «ejercicio en común» que aparentemente realiza el art. 1.1 III LSP, a cuya literalidad se aferra la doctrina más próxima a la teoría de la reserva de actividad para vaciarlo de sentido⁴³.

4.3 • Teoría de la aportación profesional: remisión

Para superar la disyuntiva a que nos abocan la teoría de la autonomía de la voluntad y la teoría de la

reserva de actividad no queda más remedio que reconocer algo que ya quedó implícito en nuestra descripción o clasificación de la fenomenología y sobre lo que vengo insistiendo a lo largo de estas páginas, y es que la decisión a la que nos enfrentamos a la hora de calificar una determinada hipótesis de la realidad no es dilemática (*sociedad de profesionales* —especialmente, sociedad de intermediación— o *sociedad profesional*), sino trilemática (*sociedad de profesionales*, *sociedad profesional* y *sociedad cuasiprofesional*). Dicho de otra manera, del callejón sin salida en el que andamos metidos sólo podremos librarnos si somos capaces de reducir convenientemente el ámbito de aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales y conseguir dos objetivos: que las verdaderas sociedades profesionales —aquellas que se corresponden con nuestras intuiciones comunes y que se reconocen como tales en la sociología y economía de las organizaciones— queden sujetas imperativamente a la ley y que las falsas sociedades profesionales —las sociedades cuasiprofesionales como *Iberdrola*, *Clínica Baviera*, *Lindorff* o una gestoría administrativa que presta auxiliariamente servicios profesionales de la abogacía— queden definitivamente emancipadas de ella⁴⁴. Sólo así podremos evitar la trivialidad o futilidad de la ley (el pecado por defecto de la teoría de la autonomía de la voluntad) y, al propio tiempo, su falta de proporcionalidad (el pecado por exceso de la teoría de la reserva de actividad). Pues bien, sostenemos que esa vía de salida sólo nos la puede proporcionar la que denominaremos *teoría de la aportación profesional*, a cuyo conveniente desarrollo dedicamos el resto del estudio. Esta teoría se ubica en un lugar equidistante de las que han venido protagonizando la práctica. Y con ella queremos pensar que se cumple la máxima de los clásicos: *in medio virtus*.

5 • ESTRUCTURA DEL SUPUESTO DE HECHO EN LA TEORÍA DE LA APORTACIÓN PROFESIONAL

El lector podría interpelarme concediendo que todo eso está muy bien, pero que no se compadece con las previsiones legales, que naturalmente tienen prioridad. *Dura lex, sed lex*, podría incluso añadir. Pues bien, mi réplica es muy simple, ese «todo eso»

R. Suddaby (eds.), *Research in the Sociology of Organizations: Professional service organizations.*, Elsevier JAI Press. Oxford 2006, pp. 100 ss.

⁴² Tomo de Rawls la idea del «equilibrio reflexivo» (v. J. Rawls, *Teoría de la justicia*, trad. esp., Fondo de Cultura Económica, México-Madrid 1979, pp. 66-73), aunque naturalmente no pretendo extrapolar un experimento mental ideado para establecer las bases de una teoría de la justicia al ámbito de la presente discusión. El nuestro es solo un remedio.

⁴³ V., por ejemplo, Pérez Millán, RdS 32 (2009), pp. 190-191 o P. Yanes, *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 26-29; etc.

⁴⁴ La doctrina más atendida ha abogado por soluciones de esta índole. La aportación más sobresaliente se debe sin duda a Campins Vargas RdS 33 (2009), pp. 141 ss. Esta autora es probablemente nuestra mayor especialista en la materia a raíz de su monografía *Las sociedades profesionales*, Civitas, Madrid 2000.

a que se refiere el posible interlocutor —la teoría de la aportación profesional, en definitiva— no es algo que sale de una chistera, sino precisamente lo que dice la ley debidamente interpretada. Para demostrarlo formularé tres tipos de consideraciones que versan, respectivamente, (i) sobre la estructura del supuesto de hecho de sociedad profesional definido por la norma, sólo inteligible a la luz de la teoría o hipótesis de la aportación profesional; (ii) sobre la natural racionalización de los resultados a que conduce dicha hipótesis con las categorías dogmáticas tradicionales del derecho de sociedades; y (iii) sobre su capacidad para preservar la integridad de los mandatos imperativos de la ley orillando la objeción del fraude. Estos son los itinerarios argumentales de la teoría de la aportación profesional. Del primero me ocupo seguidamente. Del segundo y del tercero se ocupan las dos secciones sucesivas (v. *infra* 6 y 7).

El art. 1.1 I LSP dispone que las «*sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional*» (hasta aquí, la definición del supuesto de hecho o predicado fáctico de la norma) «*deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente ley*» (a partir de aquí, la definición del régimen jurídico, al que llamaré consecuencia jurídica⁴⁵). Pues bien, si lo descomponemos analíticamente, observaremos que el supuesto de hecho —el concepto legal de sociedad profesional— no consta de dos elementos —existencia de una sociedad y objeto social profesional— como frecuentemente se sostiene⁴⁶, sino de tres: existencia de una sociedad, objeto social profesional y ejercicio en común.

El *primero* —tratarse de una sociedad— es el elemento genérico, que a su vez requiere la concurren-

cia de todos los requisitos necesarios del concepto de sociedad (origen negocial, fin común y promoción en común⁴⁷) y del tipo elegido (sociedad civil, colectiva, limitada, anónima, etc.). Como fácilmente se comprende, este elemento no reviste mayor interés en nuestra disquisición. Lo menciono simplemente para recordar que presupone la existencia de una *sociedad externa* o, lo que es lo mismo, una sociedad que goza del atributo de la personalidad jurídica (v. arts. 1669 CC *a contrario*, 116 II C de C y 33 LSC). La sociedad a la que se refiere el art. 1.1 LSP es necesariamente una sociedad externa puesto que —como se ha dicho con razón— así se infiere de la disciplina⁴⁸. Pero aunque dialécticamente se admitiera que puede existir una sociedad profesional interna, la hipótesis sería prácticamente irrelevante. La experiencia muestra que el tipo elegido para el desarrollo de actividades profesionales es siempre un tipo mercantil y, específicamente, un tipo de sociedad de capital —SA o SL— que, por definición, sólo pueden configurarse como sociedad externa.

El *segundo* elemento —la actividad profesional como actividad programada en el objeto social— tampoco suscita mayores dudas: viene definido con razonable precisión por el art. 1.1 II LSP⁴⁹. Con arreglo a este segundo elemento, podemos distinguir las sociedades profesionales y las sociedades de profesionales. Solo aquéllas tienen un objeto social profesional. El objeto de estas es de otra índole: compartir gastos, comunicar resultados o mediar entre clientes y profesionales⁵⁰. En este sentido, resulta lógicamente inconsistente afirmar que una sociedad de intermediación tiene por objeto la actividad profesional. Su objeto —muy distinto— es la intermediación en la actividad profesional.

El *tercer* elemento —*el ejercicio en común de la profesión*— es el más problemático y, además, desde nuestra perspectiva, el verdaderamente crítico,

45 Utilizo las expresiones tradicionales «supuesto de hecho» y «consecuencia jurídica» en un sentido algo impropio para referirme en realidad al *caso* y a la *solución* —o régimen jurídico (no solo a la sanción)— que constituyen el núcleo normativo de cualquier prescripción. En la tradición de la lógica deóntica fundada por von Wright, la norma es eso, una correlación entre un *caso* (una serie de condiciones de aplicación: las circunstancias que deben presentarse para que pueda darse la oportunidad de realizar el contenido de la norma) y una *solución* (que viene dada tanto por el *carácter* de la norma —la caracterización de determinadas acciones como obligatorias, prohibidas, permitidas o facultativas— como por su *contenido* —la acción o acciones afectadas por dicho carácter deóntico, es decir, lo prohibido, permitido, etc.—): v., para una primera aproximación, M. Atienza, *Introducción al derecho*, Barcanova, Barcelona 1985, pp. 23-29.

46 V., por ej., Yanes, *Comentario LSP* (nt. 43), p. 25 o Pérez-Millán, *RdS* 32 (2009), p. 177 (habla «sociedades especiales por razón del objeto»).

47 V., por todos, Paz-Ares, *Comentario CC* (nt. 5), vol. II, p. 1301 ss. Preciso que el requisito de la promoción en común del fin social consiste simplemente en la necesidad de que todos los socios se comprometan o realicen cualquier tipo de aportación.

48 Yanes, *Comentario LSP* (nt. 43), pp. 29-30.

49 El precepto dispone: «A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquélla para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional.»

50 En rigor, el primer elemento ya permite separar algunos de los tipos de sociedades de profesionales (en concreto, las de medios y de comunicación de ganancias) de la sociedad profesional en sentido estricto, pues mientras aquéllos representan sociedades internas, estas son necesariamente sociedades externas.

puesto que constituye el factor decisivo de diferenciación o discriminación entre las sociedades profesionales y las sociedades cuasiprofesionales. Sobre él concentraré la atención en este apartado. Varias son las consideraciones necesarias para su esclarecimiento o elucidación.

5.1 • Ejercicio común de la profesión e imputación

A la hora de definir el significado del «ejercicio en común» los tratadistas no suelen reparar en su carácter individualizador, bien porque entienden que ya está embebido o subsumido en el requisito genérico de la promoción del fin social característico de cualquier sociedad y que, por esa razón, «no representa ninguna originalidad»⁵¹, bien porque, al identificarlo con la imputación a la sociedad de los derechos y obligaciones derivadas de las relaciones contraídas por sus representantes con los clientes, lo diluyen en otro requisito genérico, cual es el carácter externo de la sociedad⁵². En definitiva, por una vía o la otra, el requisito del ejercicio en común queda condenado a la irrelevancia. El objeto social profesional se convierte así en el único requisito en verdad decisivo, el único que individualiza o diferencia a la sociedad profesional. Esta precomprensión es la que ha animado la teoría de la reserva de actividad y guiado la praxis registral. Pues bien, ha llegado la hora de combatirla poniendo de relieve su imposibilidad lógica.

El ejercicio en común de la profesión, de acuerdo con el significado que tiene la expresión en el lenguaje ordinario y en el lenguaje técnico del derecho de sociedades, no es equivalente al requisito genérico de la promoción en común del concepto general de sociedad. El ejercicio en común de una profesión cualifica aquel requisito precisando que *la promoción en común ha de vehicularse en nuestro tipo de sociedades precisamente mediante el ejercicio de la profesión*. Esto supone que no basta cualquier aportación; es precisa una aportación cuyo contenido sea cabalmente la realización por parte del socio de la actividad profesional de que se trate. Nuestras intuiciones comunes acerca de lo que es una sociedad

profesional indican ya que el principal objeto de la aportación no es capital físico, sino capital humano.

El ejercicio en común de la profesión tampoco se puede identificar con la imputación a la sociedad de la actividad realizada por sus representantes, sería una extravagancia aún mayor desde el punto de vista comunicativo. Es cierto que este entendimiento está propiciado por el art. 1.1 III LSC, cuyo tenor literal es el que es⁵³. Pero aún así ha de tomarse con un grano de sal. Se trata de una «anomalía lingüística» que debe de ser reparada en vía interpretativa⁵⁴. Para percatarnos de ello no apelo ahora al carácter contraintuitivo del precepto desde el punto de vista de la semántica del lenguaje natural, sino sobre todo a su inconsistencia lógica desde el punto de vista de la estructura la norma. Lógicamente es fácil de comprender que un elemento no puede formar parte a la vez del supuesto de hecho y de la consecuencia jurídica, y el ejercicio en común forma parte del «supuesto del hecho» mientras que la imputación corresponde a la «consecuencia jurídica». Cuando se completa el supuesto de hecho «sociedad profesional», cualesquiera sean los elementos de que se suponga compuesto, la consecuencia jurídica es que las actividades realizadas por la sociedad —es decir, por sus representantes actuando en nombre de ella (bajo su «razón o denominación social»)— y los derechos y obligaciones derivados de las mismas se le imputan a la propia sociedad. La mejor prueba de ello es que esa imputación se produce también en la sociedad de intermediación. La Exposición de Motivos de la ley afirma expresamente que corresponde a la sociedad la «titularidad de la relación jurídica» con el cliente, lo cual es tanto como decir que se imputa a la

⁵³ El art. 1.1 III LSP reza así: «A los efectos de esta Ley se entienden que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente». No es de extrañar por ello, que se defina la sociedad profesional como «aquella que: (i) se constituye como centro subjetivo de imputación del negocio jurídico que se establece con el cliente o usuario y (ii) tiene por objeto el ejercicio de la actividad profesional» (así, por ejemplo, entre tantos, Parras Martín, CCJC 91 (2013), p. 440).

⁵⁴ Cfr., por ej., D. Mendonca, *Las claves del derecho*, Gedisa, Barcelona 2000, pp. 162-163. La legislación ofrece muchos ejemplos de este tipo de anomalías: puede ser ilustrativo, entre tantos, el art. 818 CC. A pesar que habla de «donaciones colacionables» debe entenderse —como entiende la generalidad de la doctrina— de «donaciones computables», porque ese es el sentido necesario de la norma. Aquí ocurre algo parecido: la regla de atribución o imputación es correcta, pero es distinta de la exigencia de ejercicio en común.

⁵¹ Así, por ejemplo, Yanes, *Comentario LSP* (nt. 43), pp. 26 y 28.

⁵² Esta es la idea más generalizada en la doctrina: v., entre tantos, a título simplemente ilustrativo, Pérez Millán RdS 32 (2009), pp. 190-191 o A. Parras Martín, «Delimitación del objeto social en las sociedades profesionales», CCJC 91 (2013), p. 440.

sociedad el negocio jurídico concluido con el cliente. Y es que, en realidad, la imputación no proviene del carácter profesional de la sociedad, sino de su carácter externo.

El entendimiento del requisito del «ejercicio en común» que realiza la teoría de la autonomía de la voluntad no lo condena a la irrelevancia como ocurre en la teoría de la reserva de actividad, pero tampoco es de recibo porque subvierte su significado. Comoquiera que el requisito se sigue asociando a la imputación con base en el art. 1.1 III LSP, lo que acaba afirmándose es que la imputación depende de la intención de las partes, cuyo contenido habría que valorar a la luz de las circunstancias de cada caso. El error es de bulto porque la imputación es un concepto que, como vengo señalando, no pertenece al mundo de la opcionalidad, sino al mundo de la necesidad. Lo único que eventualmente podrían decidir libremente los socios es si conciertan una sociedad interna o una sociedad externa, pero si conciertan una sociedad externa, la imputación de su actividad a la sociedad es una necesidad ineluctable porque justamente ese es el contenido de su opción contractual⁵⁵. No se puede querer y no querer a la vez una cosa. Esta es la contradicción estructural de la doctrina del Centro Directivo. Uno entiende que de ordinario no hay imputación en las sociedades de medios o sociedades de comunicación de ganancias porque de su propio objeto se desprende que la voluntad de los socios es concertar una sociedad interna. Pero eso, como se ha anticipado, jamás puede admitirse en las llamadas sociedades de intermediación. Tanto del tipo elegido para configurarlas, que es prácticamente siempre una anónima o una limitada, como de su propio objeto —sea de mediación en las verdaderas o de actividad profesional en las falsas— se deriva necesariamente que estamos ante sociedades externas, cuya actividad —y los derechos y obligaciones derivadas de la misma— no puede imputarse más que a ellas⁵⁶.

La metodología del derecho nos enseña que en ocasiones la formulación de las normas es equívoca y

que corresponde al intérprete valorar los efectos recíprocos que se producen entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica y acotar debidamente lo que pertenece a cada esfera⁵⁷. Incluso aunque la norma no sea equívoca, el intérprete ha de utilizar el bisturí de disección. Si una disposición establece que el que actúa con culpa o dolo está obligado a reparar el daño, de ello no se deduce que el supuesto de hecho de la norma sea sólo la actuación negligente y que la consecuencia jurídica sea la obligación de reparar el daño. El daño en realidad está en el supuesto de hecho; es la actuación negligente más el daño lo que hace surgir la obligación de reparación. En nuestro caso, no podemos guiarnos por el art. 1.1 III LSP, que es producto de un espejismo. La imputación a que alude representa una consecuencia —un *posterius*— del hecho previo de existir una sociedad profesional, y así se desprende del art. 5.2 LSP y, antes aún, del art. 38 CC⁵⁸. El ejercicio en común constituye en cambio un presupuesto —un *prius*— para que podamos hablar de sociedad profesional. Ambos elementos, el primero necesario y el segundo voluntario, no pueden identificarse por tanto. Y, por tanto también, debe estimarse que el requisito de la actividad profesional como parte del objeto social es requisito necesario del concepto de sociedad profesional, pero no requisito suficiente, como presupone la teoría de la reserva de actividad. Para que exista una sociedad profesional es preciso además el tercer elemento, el *ejercicio en común de esa actividad profesional*.

Más aún, diríamos que este es propiamente el elemento que captura la esencia de lo que nuestra intuición común nos indica qué es una sociedad profesional. Es el elemento definitorio del tipo. Independizado de la imputación, el significado de ejercicio en común se hace transparente a la luz del lenguaje natural u ordinario. Significa que los socios han de ejercer la profesión o, mejor dicho, comprometerse a ejercerla en el seno de la sociedad. Desembocamos así en el núcleo de la *teoría de la aportación profesional*. Lo que caracteriza a la

55 V. Paz-Ares, *Comentario CC* (nt. 5), vol II, pp. 1352 ss.

56 Este es el error en que incurren incluso los más sensatos y perspicaces comentaristas, cuyos esfuerzos por paliar los efectos «devastadores» y «catastróficos» de la teoría de la reserva de actividad que todo lo fía a la cláusula del objeto social vemos con simpatía (v., especialmente S. Álvarez Royo-Villanova, «La disolución de oficio de la DT 1ª de la Ley de Sociedades Profesionales: una propuesta de interpretación», entrada en el blog *Notarios y Registradores* (22-V-2017) y «Kafka en el Registro: la disolución de oficio de las sociedades profesionales», entrada en el blog *Hay Derecho* (8-V-2017).

57 V., por ejemplo, K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Verlag Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1977, pp. 33 ss.

58 En realidad, la imputación es una consecuencia de la personalidad jurídica que nuestro derecho reconoce a todas las sociedades externas (v. Paz-Ares, *Comentario CC* [nt. 5], vol. II, pp. 1354-1355). Por eso el art. 5.2 LSP resulta, en rigor, redundante. La justificación de su existencia se debe sólo a la necesidad que sintió el legislador de despejar las dudas creadas con la tesis de la imposibilidad de atribuir un acto profesional a una sociedad (v. Paz-Ares, *Comentario CC* [nt. 5], vol. II, p. 1403).

sociedad profesional bajo esta perspectiva estriba precisamente en la naturaleza profesional de las aportaciones o prestaciones asumidas por los socios o, al menos, por la mayoría de ellos. *El ejercicio en común de la profesión y la obligación de aportación o prestación profesional son conceptos equivalentes o, dicho quizá con mayor precisión, mutuamente implicados.* Por eso bien puede decirse que el art. 17.2 LSP («Las acciones y participaciones [...] llevarán aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias relativas al ejercicio de la actividad profesional que constituya el objeto social») pertenece más al supuesto de hecho que a la consecuencia jurídica⁵⁹.

5.2 • Consorcio, comunidad de trabajo y estructura del tipo

La conclusión anterior se refuerza acudiendo al ejercicio de «equilibrio reflexivo» antes aludido, que invita a un ir y venir entre nuestras intuiciones jurídicas más asentadas acerca de lo que es una sociedad profesional y la interpretación de los materiales legales con el objeto de reconciliarlas o alinearlas. Si uno hace un esfuerzo de introspección para formularlas y examina también el modelo que pudo haber tenido presente el legislador a la hora de dictar la disciplina, enseguida advierte que la sociedad profesional *stricto sensu*, con independencia del tipo societario al que se acoja, es estructuralmente una sociedad personalista —obedece al esquema del *consortium* y no al de *universitas*⁶⁰—, y tiene que ser así porque está configurada como una «comunidad de trabajo». La *species facti* —el supuesto de hecho— de la sociedad profesional propiamente dicha no consiste, en efecto, en cualquier tipo de organización, sino en una organización que se configura como *comunidad de trabajo*. Los tratadistas más conspicuos así lo subrayan al definir la sociedad profesional como «una comunidad de trabajo en la cual constituye una pieza fundamental el desempeño de la actividad por los

socios profesionales»⁶¹. No es explicable la sociedad profesional sin esa comunidad de trabajo. Eso es lo que cabalmente significa el *ejercicio en común* de la profesión por sus socios (o la mayoría de ellos). Del art. 4.1 a) LSP no se desprende sólo que los socios han de ser profesionales habilitados (titulación y colegiación); se desprende además que han de ejercer como tales en el seno de la sociedad.

La comunidad de trabajo es el rasgo tipológico por antonomasia de las sociedades de estructura personalista. El lugar común de que las sociedades personalistas son sociedades *intuitus personae*, en las que es muy relevante la «contemplación de las condiciones personales de los socios», se funda precisamente en el hecho de que en ellas «del socio interesa no solo el dinero», sino sobre todo su «colaboración personal»⁶². El fenómeno societario tiene muchas dimensiones de comunidad, algunas son necesarias (como la comunidad de fines o riesgos y la comunidad de promoción), pero otras son contingentes, como la comunidad de patrimonio (puede haber propiedad individual en una sociedad como ocurre en las cuentas de participación) o la *comunidad de actividad*. Pero como señala Girón esta comunidad de actividad es típica de las sociedades personalistas por ser comunidades de trabajo⁶³ y, desde luego, es necesaria en la sociedad profesional, en la que el rasgo tipológico, en virtud del requisito del ejercicio en común de la profesión, se eleva a la categoría de rasgo conceptual. La sociedad profesional, aunque se constituya como sociedad anónima o limitada, no puede tener estructura corporativa en el sentido propio y pleno de la expresión. Los atributos de estas estructuras son incompatibles con el régimen jurídico previsto en la ley, según comprobaremos en seguida (v. *infra* 5.3).

Los tratadistas que han dedicado los mayores y mejores esfuerzos a la materia —es de justicia citar aquí a la profesora Aurora Campins⁶⁴—, en los que

59 Como es natural, aunque la ley haya guardado silencio sobre ello, si la sociedad profesional se acoge a un tipo personalista, habrá que entender que los socios (al menos la mayoría) asumen la obligación de realizar la aportación de industria consistente en el ejercicio de su profesión para la sociedad. Como en los tipos capitalistas sólo caben aportaciones de capital, la aportación de industria ha de instrumentarse forzosamente a través de prestaciones accesorias.

60 O, si se prefiere, al modelo de la *societas* y no al de la *corporación*, al de *Personenverband* y no al de *Verbandperson* para decirlo con los clásicos del derecho de sociedades (Wiedeman, *GesellschaftsR* [nt. 5], vol. I, p. 89).

61 A. Montoya Melgar, «Sociedades profesionales de abogados y contrato de trabajo», REDT 183 (2016), p. 17; v. también J. Castañer Codina, *Comentario de la Ley de Sociedades Profesionales*, Kluwer, Madrid 2007, pp. 182-183.

62 La explicación y las palabras son de J. Girón Tena, *Derecho de sociedades*, vol. I, Madrid 1976, p. 392. Los clásicos del derecho de sociedades decían prácticamente lo mismo: v., por ej., Wiedemann, *GesellschaftsR* (nt. 5), vol. I, p. 343.

63 V. Girón, *Derecho de sociedades*, vol. I, p. 40, texto y nt. 62. Debo precisar que el concepto de «ejercicio en común» es un concepto cualificado respecto del concepto general de «actividad común» que frecuentemente, pero erróneamente, se considera elemento o requisito del concepto de sociedad (sobre ello, v. Paz-Ares, *Comentario CC* nt. 5], vol. II, p. 1303).

64 De sus múltiples trabajos destaco el ya citado A. Campins Vargas, «Consideraciones en torno a la delimitación del ámbito

seguramente se ha inspirado la doctrina más evolucionada de la Dirección General de los Registros, apuntan también hacia una reconstrucción del concepto de sociedad profesional en la línea apuntada. A pesar de que, en sus formulaciones, el Centro Directivo nunca acabe de emanciparse completamente de su criatura retórica (la sociedad de intermediación), hay que traer a colación ahora y aquí la magnífica RDGRN 5-IV-2011 (RJ 2867/2011). Tras apelar al art. 4 LSP y en general a una «interpretación sistemática y teleológica» de la ley, la resolución señala certeramente:

«De estas normas, entre otras de la misma Ley (cfr. los artículos 6.2, 7.1.b), 8.2.d), 13, 17.2), resulta que *en el diseño legal de la figura no hay sociedad profesional sin socios profesionales que realicen su actividad para la misma*, es decir, sin «Las personas físicas que reúnan los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad profesional que constituye el objeto social y que la ejerzan en el seno de la misma». Se desprende de tal regulación que es imprescindible la existencia de un sustrato subjetivo (necesariamente socios profesionales, eventual y secundariamente socios no profesionales) que se considera esencial para la realización de la actividad social que constituye el objeto. [...] sin que quepa en nuestro sistema legal la existencia de una sociedad profesional en la que la actividad en común que le es propia sea desarrollada únicamente por profesionales que prestan sus servicios no uti socii sino como consecuencia de cualquier otra relación jurídica»⁶⁵.

de aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales. A propósito de algunas interpretaciones recientes», RdS 33 (2009), pp. 150 ss. Aunque menos resueltamente, otros autores apuntan en la misma línea: v, a título de ejemplo, M. Vergez, «Art. 1. Definición de las sociedades profesionales», en R. García Pérez y K. J. Albiez Dohrmann (dirs.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor 2013, pp. 55-56.

65 En relación al argumento hemos observado que lo único que no nos convence es que todo lo base en la composición subjetiva de la sociedad y en las exigencias del art. 4 LSP. Podría objetarse que de este modo están llevando la consecuencia jurídica al supuesto de hecho y, por tanto, propiciando en ocasiones extremas el fraude. Imagínese una sociedad integrada por tres socios que se comprometen a prestar su actividad y un socio capitalista que se reserva la mayoría del capital, de los votos y la preeminencia en el órgano de administración. Pues bien, en este caso —a la vista del modelo previsto— habrá que entender que hay una verdadera sociedad profesional, sólo que se está infringiendo el art. 4 LSP. Esta sí que, si no se adapta, puede ser declarada disuelta y sus asientos cancelados de oficio por el Registrador. Hay un «mínimo de imperatividad» que ha de ser observado y por tanto un ámbito en que ha de ser evitado en fraude (v. *infra* 7.3).

En su momento adelanté que las características que los sociólogos y economistas han visto siempre en las firmas profesionales —las que podemos considerar definen la estructura del tipo de la sociedad profesional— son la *propiedad*, la *producción* y la *autoridad* (que calificamos de «dispersa») de los *insiders*. Espero que el significado de estos atributos interdependientes resulte ahora transparente. La clave —según apunta la teoría de la aportación profesional— está en la *producción de los insiders*. Lo verdaderamente distintivo de la sociedad profesional es que los socios son los productores principales del *output* de la firma —de los servicios profesionales que dispensa a terceros, cabalmente el objeto de su aportación—, aunque se valgan de la colaboración de otros profesionales que entran en la firma para formarse y desarrollar su carrera profesional con la esperanza tal vez de llegar un día a ser socios. Los socios son los responsables de los equipos de producción, que operan de manera descentralizada. Como el capital empleado en la producción es fundamentalmente capital humano —otra característica de estas firmas es que apenas requieren capital físico— y el capital humano pertenece de manera intransferible a los socios, la estructura de propiedad que prevalece en estas firmas se basa en la *propiedad de los insiders*, de ahí que el legislador considere una anomalía incompatible con el tipo la propiedad y control externos (art. 4 LSP). Esta estructura de propiedad determina a su vez la estructura de gobierno de la firma profesional, que gira en torno a la *autoridad dispersa de los insiders*.

La idea de autoridad dispersa o descentralizada evoca el modelo de administración más típico de las sociedades personalistas (sea la sociedad civil o la sociedad colectiva), en la que en principio todos los socios son administradores (arts. 1695 CC y 129 C de C). El modelo como es natural no se puede tomar al pie de la letra. Sabemos que muchas sociedades profesionales —sobre todo las de mayor tamaño y relevancia— optan por otras modalidades de administración centralizada en un consejo, mas propio de estructuras corporativas. Tiene que ser así. Piense el lector en firmas como *Garrigues* o *Cuatrecasas* con más de 200 socios y de 1000 abogados. O en firmas internacionales como *Linklaters* o *Clifford Chance* con 500 socios y más de 2500 abogados. Como es natural, estas firmas no pueden funcionar con modelos descentralizados, pero en cierto modo no pueden prescindir completamente de ellos. La teoría de las organizaciones enseña que el gobierno de sociedades pequeñas se basa en un modelo de consenso (*partnership*) y el de la grandes

y más complejas, en un modelo de autoridad (corporación). Estructuralmente, estas firmas grandes necesitan este último modelo, fundamentado en la descentralización de las competencias de gestión y en una neta separación del órgano administrativo y el órgano soberano—, pero funcionalmente no pueden olvidarlo. Por eso, se ha dicho con acierto que todas estas grandes firmas profesionales se basan en una «imitación del *partnership*»⁶⁶. Puesto que no se puede preservar el *partnership* formal —la estructura legal de la sociedad colectiva—, debe preservarse su *ethos*. No es fácil definir con precisión en que consiste ese *partnership ethos*, aunque seguramente todos lo intuimos y apreciamos en la vida de las auténticas sociedades profesionales constituidas como comunidades de trabajo. He aquí algunas características salientes: (a) autonomía profesional del socio, que goza de un amplio espacio de independencia para la prestación de su actividad profesional; (b) *management* relativamente poco intrusivo, en el que destacan los aspectos de coordinación y apoyo; y (c) representación descentralizada, pues los socios, justamente para cumplir su obligación de aportación profesional, deben considerarse apoderados de la sociedad para concluir con los clientes los oportunos contratos de servicios.

En definitiva, la delegación de autoridad en un reducido grupo de socios para que dirijan la firma es una condición necesaria para administrar de manera eficiente una organización grande y compleja. Pero esta imprescindible centralización de la autoridad no debe menoscabar el *partnership ethos*, el cual —como comprobamos a renglón seguido— inspira o informa la parte más significativa de la disciplina contenida en la Ley de Sociedades Profesionales.

5.3 • Correspondencia entre concepto legal y disciplina jurídica

La consistencia de la teoría de la aportación profesional se corrobora finalmente cuando se advierte que sólo a partir de sus presupuestos resulta factible encontrar un balance adecuado entre la delimitación del campo de aplicación de la ley y el régimen legal sustantivo dotado de mayor especificidad o significación, otra de las facetas necesarias del

«equilibrio reflexivo». Es justamente la esencialidad para el concepto de sociedad profesional de la naturaleza profesional de la aportación o prestación de los socios, sin la cual no hay ejercicio en común posible (art. 17.2 LSP), lo que explica la práctica totalidad de las normas sustantivas de la ley, sean estas generales (aplicables a todos los tipos elegibles, personalistas o capitalistas) o especiales (previstas específicamente para los tipos capitalistas).

En efecto, la aportación del trabajo profesional explica: (i) la *posibilidad del socio de separarse ad nutum de la sociedad profesional* (aunque sea una anónima o limitada), porque de otra manera se hipotecaría de manera intolerable su libertad personal, cosa que no sucede si la aportación es meramente de capital (art. 13 LSP)⁶⁷; (ii) la *intransmisibilidad —tanto inter vivos como mortis causa— de las participaciones sociales* es consecuencia directa también de la infungibilidad de la condición de socio, que deriva justamente de la obligación de aportar o prestar la actividad personal que lleva aparejada (arts. 12 y 15 LSP); (iii) la *extensión a la sociedad de las causas de incompatibilidad o de inhabilitación para el ejercicio de la profesión* que afecte a cualquiera de los socios, salvo naturalmente que el socio afectado sea excluido de la sociedad, tiene la misma justificación: la obligación del socio de ejercer la profesión en el seno de la sociedad (art. 9.1 II LSP); (iv) la *exigencia de autoorganicismo y la prohibición de heteroorganicismo* o, más ampliamente, la necesidad de que el control de la gestión y de la junta (mayoría de votos) esté en mano de profesionales se debe también a la relevancia estructural de la aportación, que determina la secuencia de propiedad de los *insiders*, producción por los *insiders* y autoridad dispersa (art. 4.3 LSP); (v) la *posibilidad de indeterminación inicial de la participación de los socios en los resultados* trae causa también del mismo presupuesto: dado que el valor del capital humano objeto de la aportación no puede calcularse bien *ex ante* cuando es prometido, sino sólo *ex post* cuando ha sido empleado o aplicado, la ley se ve obligada a prescindir de la exigencia de fijeza o determinación estatutaria de la participación de los socios en los resultados y de la retribución de las prestaciones accesorias permitiendo que estas decisiones puedan ser tomadas periódicamente y de manera discrecional por los órganos sociales sobre la base de la pro-

⁶⁶ Tomo la expresión del excelente ensayo de L. Empson, «Surviving and Thriving in a Changing World: The Special Nature of Partnership» en L. Empson (ed.), *Managing the Modern Law Firm*, Oxford University Press 2007, p. 30.

⁶⁷ V. C. Paz-Ares, «La denuncia *ad nutum* de los contratos de duración indeterminada: entre el derecho dispositivo y el derecho imperativo», en *Liber Amicorum J. L. Iglesias*, Civitas, Madrid 2014, pp. 837 ss., esp. 860-861.

ductividad o *performance* de cada cual (art. 10.2 y 17. f) LSP); (vi) el énfasis en la *libertad de las partes para calcular la cuota de liquidación* correspondiente a la participación del socio que causa baja en la sociedad, incluso en caso de muerte, es asimismo muy elocuente. De nuevo sólo se explica a partir del presupuesto de que su aportación significativa a la sociedad es precisamente la que tiene por objeto su capital humano, el cual, por su propia naturaleza, se libera cuando el socio sale de la sociedad, se lo lleva puesto, por así decir (art. 16 LSP); (vii) la *cautela de que en la inscripción en el Registro Mercantil se identifiquen los socios* obedece igualmente a su especial consideración como aportantes del trabajo profesional, de otra manera no se entendería (art. 8.2 d) LSP); y (viii) la propia *colegiación obligatoria de la sociedad como profesional habilitado* tampoco se puede explicar de otra manera; sólo cobra sentido, en efecto, cuando la producción y gobierno de la sociedad está en manos de quienes ejercen la profesión su seno (art. 8.4 LSP): no tendría el más mínimo sentido inscribir a sociedades como *Iberdrola* o *Clinica Baviera* en los correspondientes colegios profesionales.

Pienso que este repaso resulta muy revelador. De las previsiones mencionadas no puede hacerse tabla rasa a la hora de fijar el concepto de sociedad profesional so capa de que pertenecen a la «consecuencia jurídica» y no al «supuesto de hecho». La racionalidad de la normativa sustantiva sólo se preserva desde la óptica de la teoría de la aportación profesional. Esta conclusión no requiere, en nuestro caso, forzar la definición legal que ofrece el legislador o corregir sus defectos de fábrica, pues en ella se contiene expresa y elocuentemente el requisito del «ejercicio en común», según constatamos en los apartados precedentes. Pero si no fuese así —imagine que el legislador hubiese olvidado mencionar dicho requisito en la definición del art. 1.1 LSP—, habríamos de llegar a la misma conclusión en vista de la disciplina sustantiva y del modelo de sociedad que presupone. Este no puede ser privado de relevancia definicional o definatoria. Nada nuevo bajo el sol. El problema es bien conocido en la metodología del derecho tradicional. Cuando un tipo de sociedad —por ejemplo, una cualquiera de las variantes que comprende la categoría de sociedades cuasiprofesionales— no se acomode al modelo previsto por el legislador o cuando sea la propia definición legal la que falle, el método tipológico —como indica Larenz— debe sustituir al

puramente conceptual⁶⁸. La determinación de las notas distintivas del supuesto de hecho no puede ser ajena a la *sachliche Angemessenheit* o «adecuabilidad objetiva» (en eficaz expresión del traductor español) de las consecuencias jurídicas dispuestas. La coordinación valorativa con el tipo es un procedimiento legítimo de obtención del derecho⁶⁹. Y el tipo puede deducirse de las disposiciones particulares en su unión de sentido⁷⁰. El repaso realizado por la normativa sustantiva constituiría así la prueba del nueve de la teoría de la aportación profesional. La disciplina de la Ley de Sociedades Profesionales sólo se hace inteligible a la luz de ella.

6 • RACIONALIZACIÓN DOGMÁTICA DE LA TEORÍA DE LA APORTACIÓN PROFESIONAL

La lectura del art. 1.1 LSP realizada anteriormente destaca un aspecto que de alguna manera había puesto de relieve la teoría de la autonomía de la voluntad, y es que el carácter profesional de una sociedad requiere una voluntad o compromiso cualificado de los socios que va más allá de la causa del contrato, de la finalidad de obtener un rendimiento en el sector de la actividad profesional. No estará de más por ello que examinemos la cuestión dentro del esquema de la doctrina de los elementos del contrato, a saber: consentimiento, objeto y causa (art. 1261 CC). Dejando de lado el consentimiento, que ahora es poco relevante, este viejo esquema escolástico nos invita a separar analíticamente dos cosas: el objeto del contrato de sociedad y el objeto de la sociedad (normalmente denominado «objeto social»). Y una tercera: la actividad auxiliar o instrumental (los actos u operaciones mediante los cuales se desarrolla el objeto social).

6.1 • Objeto del contrato de sociedad profesional y objeto de la sociedad profesional

Es sabido que la determinación de cuál es el objeto y cuál la causa del contrato de sociedad ha sido una cuestión ampliamente debatida en la doctrina tradicional. No es cosa ahora de exhumar los términos

⁶⁸ K. Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed. española, trad. de M. Rodríguez. Molinero, Ariel Barcelona 1980, p. 300. (sin cambios en los aspectos citados en K. Larenz y C. W. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., Springer Verlag, Berlin 1995, p. 297).

⁶⁹ *Ibid.*, p. 458.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 460.

de esta polémica, de la que me he ocupado con algún detalle en estudios anteriores⁷¹. Hoy podemos dar por bueno que el llamado objeto social nada tiene que ver con el objeto del contrato de sociedad, sino con la causa. La causa del contrato de sociedad se identifica ciertamente con el fin común (el propósito práctico o finalidad empírica perseguidos por las partes), pero ese fin común se proyecta en un doble plano: en el plano de los objetivos finales buscados y en el plano de la actividad programada para alcanzarlos. Puede hablarse así de un fin común formal (fin común último) y un fin común material (fin común próximo u objeto social). El fin común último define la racionalidad teleológica del contrato: normalmente (aunque necesariamente) el ánimo de lucro, y así sucede también en nuestro ámbito. El fin común próximo define la racionalidad instrumental de la sociedad delimitando el sector o ramo de actividad que se propone realizar para conseguir aquel⁷². En cambio, el objeto del contrato de sociedad viene determinado por la prestación —el *dare*, el *facere* o el *non facere*— objeto de las obligaciones asumidas por las partes⁷³.

Pues bien, dicho esto enseguida descubrimos que el *proprium* de la sociedad profesional no está en la causa y, específicamente, en el objeto social. La especificidad de la sociedad profesional reside en la *naturaleza especial del objeto del contrato, determinada a su vez por la especial naturaleza de las aportaciones prometidas por los socios*, consistentes precisamente en prestar su actividad profesional⁷⁴. El objeto del contrato es el «ejercicio en común de la profesión», que implica necesariamente —como venimos arguyendo— que los socios se comprometan a ejercerla en el seno de la sociedad (arts. 4.1 a) y 17.2 LSP). Esta es la concepción universal de las sociedades profesionales, que se definen precisamente como la unión de profesionales para ejercitar su profesión⁷⁵.

La aportación de la actividad profesional es precisamente lo que justifica la ficción de que la sociedad misma se considere profesional (porque lo son los propios socios que se han unido en ella para ejercer en común la profesión) y, por tanto, que tenga que inscribirse en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio (art. 8.4 LSP). Es lo que justifica, por ejemplo, que un poder para pleitos pueda darse a una sociedad profesional de abogados (no siendo necesario darlo —como corrientemente sucede— al profesional que actúa). O lo que justifica que, en relación a los trabajos profesionales sometidos a visado del Colegio Profesional, como ocurre en el caso de los arquitectos, aquel pueda expedirse a favor de la propia sociedad profesional, y no tenga que ser necesariamente a favor del profesional, como ocurre en las sociedades cuasiprofesionales (v. art. 9.3 LSP).

De este modo podemos explicar fácilmente por qué las sociedades cuasiprofesionales —tengan un objeto social profesional exclusivo (como es el caso de *Clínica Baviera* o *Corporación Dermoestética o Vitaldent*) o combinado con otros (como sucede con *Iberdrola*, *ACS*, *Sacyr* y tantas otras que, al lado de la actividad principal, contemplan la realización de actividades de ingeniería, de arquitectura, de medicina)—; por qué estas sociedades, digo, en que los socios solo aportan capital físico, quedan fuera del perímetro de la Ley de Sociedades Profesionales. El requisito del objeto social profesional —volvemos a subrayarlo— es condición necesaria, pero no suficiente. Lo definitivo es que el objeto del contrato —las aportaciones prometidas— sean profesionales, en cuyo caso por necesidad el objeto social ha de ser profesional también, pues la actividad que se debe a la sociedad es justamente la actividad profesional que se presta a terceros a través de la sociedad.

Metafóricamente podría decirse que las sociedades profesionales propiamente tales «prestan» servicios profesionales, mientras que las sociedades cuasiprofesionales los «venden»⁷⁶. La expresión puede

71 V. Paz-Ares, *Comentario CC* (nt. 5), vol. II, pp. 1320 ss.

72 *Ibid.*, p. 1322.

73 *Ibid.*, p. 1325.

74 Este aspecto es vislumbrado por algún autor, aunque luego, según me parece entender, no le saca todas las consecuencias debidas (v. Vergez, *Comentarios LSP* [nt. 64], p. 55).

75 Por cierto, en el derecho comparado justamente se definen así las sociedades profesionales. Así, en Alemania las sociedades profesionales (*Partnerschaft*), son aquellas constituidas por profesionales liberales para el ejercicio de una profesión (esta definición se recoge en el art. 1 de la Ley alemana *Gesetz zur Schaffung von Partnerschaftsgesellschaften und zur Änderung anderer Gesetze* de 25 de julio de 1994: «*Die Partnerschaft ist eine Gesellschaft, in der sich Angehörige Freier Berufe zur Ausübung ihrer Berufe zusammenschließen...*»). Por su parte, en

Francia se definen como aquellas sociedades que tienen por objeto el ejercicio en común de la profesión de sus miembros (esta definición se recoge en el art. 3 de la ley francesa *Loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles*: «*Ces sociétés civiles professionnelles ont pour objet l'exercice en commun de la profession de leurs membres...*»). Cuestión distinta es que el compromiso de aportación deba ser hecho necesariamente por todos los socios (como presupone la ley alemana o la francesa) o sólo por la mayoría (como dispone la ley española, para quienes la mayoría es suficiente para dar color al tipo de una comunidad de trabajo).

76 Agradezco la observación a Fernando Pantaleón. No sé si algo de esto quiere expresarse con la idea de las sociedades de «producción de servicios profesionales», distintas a las de pres-

ser gráfica, pero no es exacta jurídicamente. El servicio profesional que presta la *Clinica Baviera* o el *Grupo Quirón* no es distinto al que presta una sociedad profesional de médicos. El contrato celebrado por la sociedad con el cliente es en ambos casos un arrendamiento de servicios y en ambos casos tiene la misma naturaleza. Digo esto porque aun cuando ciertamente en la doctrina se ha discutido sobre la posibilidad de que servicios estandarizados puedan ser objeto de posesión o de «propiedad» (pienso en todo caso que de lo que tiene sentido hablar es de un crédito, del derecho personal, no real, al servicio) e incluso si la prestación o cesión de tal derecho pueden encuadrarse en el esquema de la venta (hacerse *venditionis causa*), esto no es lo que ocurre con servicios a que nos referimos, que no son estandarizados ni normalmente resultan transmisibles, aunque se produzcan en el seno de una sociedad cuasiprofesional⁷⁷.

6.2 • Objeto de la sociedad profesional y actividad profesional instrumental

No obstante, con la distinción anterior no se abarca toda la fenomenología. Dentro de la categoría de las sociedades cuasiprofesionales englobamos también aquellos especímenes que prestan servicios profesionales al mercado, pero que lo hacen instrumentalmente o de manera auxiliar en el contexto de un objeto social más complejo, cuyo desarrollo reclama ocasionalmente, frecuentemente o necesariamente la participación de profesionales titulados y colegiados. Son los casos que encuadrábamos en el «tercer círculo» de la categoría (v. *supra* 2.3). Aludimos a una fenomenología de sociedades dedicadas a una determinada actividad industrial, comercial o de servicios de variada índole (sociedades de gestión administrativa, sociedades de seguros, sociedades de recuperación de créditos o *debt collection services* por continuar con los ejemplos introducidos al principio de la exposición) que en el marco de la prestación integral de su servicio ponen a disposición del cliente asesoramiento profesional, de tipo jurídico o de otra clase⁷⁸. Piénsese

en un banco de negocios que, para prestar sus servicios de asesoramiento en operaciones de M&A, disponga de su propio departamento de abogados.

La exclusión de estos casos del ámbito de aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales resulta aún más fácil, porque las sociedades en cuestión en rigor no satisfacen siquiera la condición de tener un objeto social profesional. Su objeto social es un objeto comercial o industrial de otra índole, y así se categoriza en la experiencia del tráfico (por ejemplo, en el Código Nacional de Actividades Empresariales).

Es oportuno por ello traer a colación aquí otra distinción bien conocida en la dogmática del derecho de sociedades: la distinción entre objeto social o *actividad empresarial final* de la empresa y la *actividad instrumental* o auxiliar a través de la cual aquélla se realiza. El objeto social es el objeto típico de la empresa (por ejemplo, la recuperación de cobros, la cobertura asegurativa o el asesoramiento en M&A). En cambio, la actividad instrumental comprende los actos y operaciones efectivamente acometidos para llevar a cabo dicha actividad⁷⁹. El objeto social se conoce *a priori* y se refleja en los estatutos sociales. Sin embargo, los actos instrumentales no se pueden determinar *a priori* (pueden ser de muy diversa clase) aunque se anticipe que muchos de ellos pueden ser profesionales. Es llano, por ejemplo, que las sociedades que tengan por objeto la recuperación de cobros requerirán de actividad jurídica reservada a la profesión de la abogacía para el desarrollo integral de su proyecto empresarial. No pueden confundirse por tanto ambos planos. Tan es así que el art. 117.2 RRM veda o desaconseja incluir en la cláusula de objeto social la actividad instrumental o auxiliar necesaria o conveniente para la realización o desarrollo de las

tación de tales servicios a que aluden algunos autores (v., por ejemplo, Campins, RdS 33 (2009), pp. 148-150, Ortega RCDI 688 (2005), pp. 548-553)

⁷⁷ Evoco con estas indicaciones algunas sutilezas dogmáticas que tanto gustaban a mi maestro boloñés G. Santini, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Il Mulino, Bologna 1988, pp. 418-419.

⁷⁸ V. Campins, RdS 33 (2009), pp. 147-148. Ortega Reinoso, RCDI 688 (2005), pp. 553 ss.

⁷⁹ Cfr. J. Saénz García de Albizu, *El objeto social en la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 36-37 y 242-243. La doctrina alemana se ha preocupado por perfilar esta distinción distinguiendo las prestaciones finales o *Endleistungen* (es decir, el objeto social o *Unternehmensgegenstand*) y lo que son meras prestaciones auxiliares o *Annexleistungen*, que en casos fronterizos pueden plantear la duda de si se está creando un objeto social *sui generis* o *Unternehmensgegenstand eigener Art* (sobre estas cuestiones v. O. Streuer, *Der statutarische Unternehmensgegenstand*, E. Schmidt Verlag, Berlin 2001, pp. 8-14 e *ibi* más información). A la distinción apela también, para tratar un problema análogo suscitado por el art. 2 LSP, J. M. Embid Irujo, «Exclusividad y ejercicio indirecto del objeto social en la Ley de Sociedades Profesionales», en *Estudios homenaje al Profesor V. Cuñat Edo*, Universidad de Valencia, 2010, pp. 1064 ss, esp. 1068 ss.

actividades empresariales indicadas en él. En la práctica sin embargo se aplica flexiblemente. De hecho, vemos muchas cláusulas estatutarias de objeto que contienen referencia a esos actos instrumentales, como si sus redactores temieran que de lo contrario los administradores correrían el riesgo de actuar *ultra vires*.

En consecuencia, de la circunstancia de que el objeto social hable de actos profesionales en modo alguno puede inferirse que el objeto social sea profesional. Algunos ejemplos valen más que mil palabras. *Sanitas*, contra lo que algunos piensan, no es una sociedad de servicios médicos como en cambio lo son *Clinica Baviera* o el *Grupo Hospitalario Quirón*. Es una sociedad anónima de seguros sujeta a la regulación y supervisión del sector. El art. 105 LCS *in fine* contempla la posibilidad de que el asegurador, en relación con los seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria, asuma directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos. Esto implica —como muestra el caso de *Sanitas*— que necesariamente deberá desarrollar una actividad profesional para la realización de su objeto social asegurativo. Otro tanto puede predicarse de las compañías de seguros que operan en ramo de defensa jurídica. El art. 76 a) LCS permite que estas compañías presten directamente los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro cuando se produzca el siniestro. Pues bien, esa asistencia, que naturalmente requiere desplegar la actividad profesional de la abogacía, no forma parte del objeto, sino de la actividad auxiliar necesaria para desarrollarlo. La casuística es interminable o inabarcable. Una asociación de consumidores y usuarios o un sindicato de trabajadores, sin tener por objeto social el ejercicio de una actividad profesional, a menudo han de llevar a cabo actos jurídicos consistentes en el ejercicio de acciones judiciales en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios o de los intereses de los trabajadores asociados en la entidad.

A este último respecto, no puedo menos que traer a colación el caso de la STS 9-VII-2004 (RJ 5121/2004), en el que un afiliado encomienda la llevanza de un asunto al Sindicato. De la defensa se encarga un letrado de plantilla de los servicios jurídicos del Sindicato, vinculado mediante contrato laboral. El letrado descuida un plazo y su falta ocasiona un daño al cliente, que plantea la correspondiente reclamación de daños. La idea o prejuicio de que la actividad profesional del abogado no puede atribuirse al Sindicato planea en el razonamiento de

partes y jueces. El Juzgado y la Audiencia condenan solidariamente al Sindicato y al letrado. El Sindicato plantea recurso de casación por infracción del art. 1903 CC (*sic*) y el Tribunal Supremo inexplicablemente casa la sentencia por entender que no le era imputable culpa *in eligendo* o *in vigilando* toda vez que la defensa fue encomendada a una «persona que por sus títulos académicos acreditaba sus conocimientos técnico-científicos» y que debe actuar de manera independiente de acuerdo con las reglas deontológicas sin estar sujeta a dependencia y que, por tanto, concurre el supuesto exculpativo previsto en el último párrafo del art. 1903 CC. Es inexplicable porque estamos ante un supuesto de incumplimiento contractual por parte del Sindicato (no se olvide que él era la parte contratante, la que cobraba el precio del servicio). La falta de diligencia del abogado empleado, que actuó como auxiliar en el cumplimiento, le es por tanto plenamente imputable. El caso nada tiene que ver con la responsabilidad por hecho ajeno del art. 1903 CC.

6.3 • Aportación, objeto social y actividad instrumental: implicaciones recíprocas

De la conjugación de los dos pares de conceptos barajados en los apartados anteriores —objeto del contrato y objeto social, y objeto social y actividad instrumental— se obtiene la conclusión que refleja el siguiente diagrama:



Esto quiere decir que una sociedad que tenga por objeto contractual aportaciones profesionales, necesariamente tendrá por objeto social una actividad profesional y necesariamente desarrollará dicho objeto a través de actos profesionales. La inversa, sin embargo, no rige. Una sociedad puede realizar actos profesionales instrumentalmente, pero esto no significa necesariamente que su objeto social sea profesional, ni el hecho de que el objeto social de una sociedad sea profesional determina necesariamente que el objeto del contrato sea profesional, es decir, que la sociedad deba calificarse de sociedad

profesional a efectos de la ley. Los dos supuestos situados a la derecha del cuadro cubren el espectro de las sociedades cuasiprofesionales.

7 • PRESERVACIÓN DE LA INTEGRIDAD LEGAL EN LA TEORÍA DE LA APORTACIÓN PROFESIONAL

La tercera y última línea argumental de nuestro razonamiento en defensa de la teoría de la aportación profesional se dirige a poner de relieve su capacidad para preservar la integridad de los mandatos legales. Esta es una vieja inquietud de los tradadistas que, a la hora de fijar el ámbito objetivo de una ley que se percibe como imperativa, expresan la necesidad de encontrar soluciones ponderadas, y sin duda es la preocupación que subyace a la STS 18-VII-2012 (RJ 8606/2012)⁸⁰. A tal efecto, trataré primero de demostrar la inmunidad de la tesis defendida en estas páginas frente al argumento u objeción del fraude. Seguidamente subrayaré su coherencia o, si se prefiere, su mayor coherencia en relación a las alternativas disponibles, con las exigencias constitucionales. El razonamiento concluirá con una reflexión sobre los varios tipos de imperatividad que conviven en la Ley de Sociedades Profesionales y sobre el modo en que la teoría de la aportación profesional les da cumplida respuesta.

7.1 • El problema del fraude de ley: ¿dónde está el objeto de la defraudación?

Las primeras consideraciones se dirigen, así pues, a neutralizar y poner en su sitio el argumento del fraude, una de las piezas más persuasivas en el marco de nuestra cultura jurídica. La razón más aparente de las esgrimidas por el Tribunal Supremo para dismantelar en su momento la doctrina de la Dirección General de los Registros es sin duda, como se recordará, la basada en la tolerancia o facilitación del fraude. Si las partes pueden optar libremente entre calificar la sociedad como profesional o como de intermediación, la propia opcionalidad que se les brinda les asegura la posibilidad de susstraerse o burlar *ad libitum* las garantías imperativas establecidas por la Ley de Sociedades Profesionales en beneficio del interés público y de los derechos de clientes y usuarios. Justamente para evitar este

riesgo, el Tribunal Supremo emprende el giro hacia la teoría de la reserva de actividad, que correlaciona la aplicación de las garantías en cuestión a la naturaleza profesional de la actividad (este sería el factor desencadenante de su exigencia). *Prima facie*, por tanto, el argumento del fraude podría hacerse valer igualmente contra la teoría de la aportación profesional en la medida en que excluye del ámbito de aplicación de la ley y de sus garantías específicas a las sociedades cuasiprofesionales que también desarrollan una actividad profesional. Pero solo *prima facie*. Un análisis más atento revela que no es así. Para advertirlo conviene identificar con mayor precisión en qué consisten esas garantías específicas y determinar si efectivamente se evaporan o disipan en nuestra interpretación. Ya adelante que la respuesta es negativa.

La lectura detenida de la STS 18-VII-2012 (RJ 8606/2012) pronto revela que las garantías que tiene en mente el juzgador se reducen básicamente a las contempladas en los arts. 9.2 y 11 LSP, a saber: (i) la responsabilidad disciplinaria del actuante, (ii) la responsabilidad civil personal del mismo y (iii) la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil. Es cierto que una y otra ofrecen a los clientes de servicios profesionales una *protección reforzada* respecto de la que proporciona el derecho común sobre la responsabilidad de los auxiliares en el cumplimiento de los contratos⁸¹ y que, dada la naturaleza de los bienes jurídicos en juego, no puede ser soslayada por una u otra configuración de la organización que presta los servicios. En esto concuerda plenamente con lo que afirma el Tribunal Supremo. En lo que disiento es en lo que presupone, a saber: que para asegurar esa «protección reforzada» resulta ineludible abrazar la teoría de la reserva de actividad. A tal efecto, habrá que recordar que la regla de la responsabilidad disciplinaria (art. 9.2 LSP) o la regla de la responsabilidad civil del actuante (art. 11.2 LSP⁸²) *no son reglas especiales de las sociedades profesionales, sino reglas generales de las profesiones reguladas*. La precisión es relevante, porque, siendo así, las reglas se aplicarán y la

⁸¹ Recuérdese que el acreedor de una prestación contractual carece de acción de responsabilidad contra los auxiliares del cumplimiento; salvo en caso de dolo, sólo puede dirigirse contra su deudor, el principal. La hipótesis de la sustitución del mandatario de los arts. 1721-1722 CC y 261-262 C de C, que contemplan acción directa del *dominus* contra el sustituto, es un supuesto distinto, en el que ahora no es preciso entrar.

⁸² El precepto reza así: «de las deudas sociales que deriven de los actos profesionales propiamente dichos responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado».

⁸⁰ V., por ejemplo, Vergez, *Comentarios LSP* (nt. 64), pp. 50-51.

garantía protegerá con independencia de que la sociedad se califique de profesional o cuasiprofesional y que se someta o no a la Ley de Sociedades Profesionales.

El carácter general de la *regla de la responsabilidad disciplinaria* o corporativa es tan manifiesto que no requiere ninguna explicación adicional: el profesional actuante está sujeto al régimen sancionador del Colegio por la infracción de la normativa deontológica con independencia de que lo haga como profesional autónomo, como socio profesional o como empleado o trabajador de una sociedad profesional, cuasiprofesional o de otra clase. La función del art. 9.2 LSP es simplemente la de recordar que uno no se sustrae de la responsabilidad disciplinaria por ejercer la profesión —como socio o empleado— dentro de una sociedad profesional, no la de circunscribir dicha responsabilidad a quien lo hace ahí dentro. Sería una aberración pensar otra cosa⁸³.

Algo parecido ha de decirse en relación a la *regla de la responsabilidad civil del actuante*. El carácter general de la regla se funda también en una exigencia universal de la actividad profesional, se justifica por la relevancia social de los bienes jurídicos salvaguardados mediante el ejercicio profesional (salud, justicia, etc.) y técnicamente se fundamenta en —podríamos decir que es la contrapartida necesaria de— el principio de independencia del profesional⁸⁴. El art. 11.2 LSP no es, por así decirlo, una norma constitutiva; es una norma declarativa, que aflora a la superficie un principio subyacente y preexistente. Una buena pista de ello la ofrece ya el propio art. 11.2 LSP, que no limita la responsabilidad del actuante al socio profesional, sino que la extiende a cualquier profesional que trabaje para la firma; la refuerza la DA 2ª LSP al alargar el campo de aplicación de la regla fuera del ámbito estricto de la fenomenología cubierta por la ley⁸⁵; y lo con-

firma plenamente la propia doctrina tradicional del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad de los profesionales, especialmente desarrollada en relación a los médicos empleados en hospitales, privados o públicos. Todo esto es bien sabido. Los comentaristas del art. 11.2 LSP invariablemente recuerdan que, en este punto, la ley no innova; simplemente se «limita plasmar por escrito una práctica de constante observancia», a «legalizar una solución jurisprudencial»⁸⁶.

Los más escépticos deberían admitir en todo caso que, aunque este diagnóstico de la situación no fuese exacto, el art. 11.2 LSP tendría en todo caso que aplicarse por analogía en las sociedades cuasiprofesionales. La identidad de razón entre el caso contemplado y el omitido (art. 4.1 CC) es manifiesta. Otro tanto ha de predicarse probablemente en relación con la *regla de la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil* recogida en el art. 11.3 LSP. La norma, en la medida en que procura protección reforzada a los destinatarios de servicios profesionales, desde cuyo punto de vista parece irrelevante que aquéllos sean prestados por una genuina sociedad profesional o por una sociedad cuasiprofesional, reúne todos los títulos para ser extendida analógicamente⁸⁷.

7.2 • Imperativo de la interpretación conforma a la constitución

Vayamos ahora al segundo de los temas anunciados. La aptitud de la teoría de la aportación profesional para preservar la integridad de los mandatos legales no se advierte solo desde el punto de vista negativo, es decir, mostrando que las garantías de protección reforzada no quedan en absoluto mergadas o puestas en entredicho y que, por consiguiente, el principal argumento invocado para justificar la teoría de reserva de la actividad pierde toda su fuerza aparente. La tesis que se patrocina en estas páginas también se justifica desde el punto de

⁸³ Sobre el tema v. J. L. Tomillo y V. Gozalo, «La condición de socio en la sociedad profesional: *nomen societatis* y responsabilidad disciplinaria», en *Estudios jurídicos en memoria del profesor E. Beltrán*, Valencia 2015, pp. 277-280.

⁸⁴ Así se constataba en la memoria que acompañó al borrador de Anteproyecto de Ley aprobado por la Comisión General de Codificación): v. Paz-Ares y Campins, *Sociedades profesionales* [nt. 17], pp. 63-64. No hace falta recordar que el principio de independencia profesional se aplica asimismo a los profesionales que trabajan por cuenta ajena en régimen laboral (v. art. 6.2 I RD 1331/2006).

⁸⁵ El primer inciso del apartado 1 de dicha DA 2ª LSP es claro: «El régimen de responsabilidad establecido en el artículo 11 será igualmente aplicable a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional con arreglo a esta Ley».

⁸⁶ Ofrece referencias M. C. Crespo Mora, «Comentario art. 11» en R. García Pérez y K. J. Albiez Dohrmann (dirs.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor 2013, pp. 555-556.

⁸⁷ Se ha discutido sobre la efectividad de un precepto que ni concreta los términos del contrato ni establece sanción alguna para su incumplimiento (v., por ej., Crespo Mora, *Comentarios LSP* [nt. 86], p. 585). Aun cuando el precepto es ciertamente mejorable, no puede afirmarse que le falta sanción. Los administradores de la sociedad serán responsables directamente frente al cliente perjudicado por la infracción de una obligación establecida en su beneficio (art. 241 LSC).

vista positivo. Como comprobamos en su momento, la teoría de la reserva de actividad del Tribunal Supremo conduce a establecer a una restricción exorbitante o desproporcionada del derecho fundamental a la libertad de empresa dada la existencia de otras medidas alternativas menos gravosas para conseguir resultados prácticamente equivalentes (v. *supra* 4.2 b), entre las cuales destaca de manera prominente *la regla expresa de la responsabilidad del actuante* a que acaba de hacerse referencia y *la regla implícita de la independencia* del profesional en el ejercicio de su actividad. Pues bien, estando así las cosas, apenas hace falta añadir que la teoría de la aportación profesional se ve avalada ulteriormente —más que avalada, reclamada— por imperativo del canon de la *interpretación conforme a la constitución*, a tenor del cual, existiendo varias interpretaciones posibles de un texto legal, debe darse prioridad la que concuerda mejor o maximiza el respecto de los principios constitucionales⁸⁸.

La invocación del imperativo de la interpretación conforme vale lógicamente para preterir la teoría de la reserva de actividad, no para salvar otros problemas de constitucionalidad que eventualmente podrían detectarse en algunos mandatos de la ley y, particularmente en las drásticas sanciones previstas en la DT 1^a.3 LSP: «Transcurrido el plazo de dieciocho meses desde la entrada en vigor de la presente Ley sin que haya tenido lugar la adaptación y su presentación en el Registro Mercantil, la sociedad quedará disuelta de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador Mercantil los asientos correspondientes a la sociedad disuelta», cuya compatibilidad con la Constitución es harto dudosa bajo la óptica de las garantías derivadas del *derecho a la justicia efectiva*, que exige garantizar la audiencia de las partes en un procedimiento registral como es el de cancelación de oficio que les afectan tan gravemente (art. 24 CE) y del *derecho de asociación*, que condiciona la disolución o suspen-

sión de una asociación o sociedad a la existencia de una resolución judicial motivada (art. 22.4 CE). No es cuestión de entrar en esta cuestión ahora, ya lo están haciendo otros⁸⁹. Solamente observo que, desde el punto de vista práctico, el acogimiento de la teoría de la aportación profesional, si bien no elimina el problema, reduce su dimensión real a casos absolutamente marginales.

7.3 • Imperatividad mínima e imperatividad hipotética

El último capítulo o escalón de nuestra argumentación introduce la reflexión sobre los diversos tipos o clases de imperatividad que conviven en la ley.

a) Acabamos de hacer referencia al nivel más importante de imperatividad que necesita ser preservada. En él se ubica la que podríamos denominar *imperatividad general* —básicamente la reglas de la responsabilidad disciplinaria y civil del profesional actuante, la regla del seguro obligatorio de responsabilidad civil y la regla implícita de la independencia en la prestación de la actividad profesional—, así llamada porque no se aplica *ratione personae* (es decir, previa comprobación de que estamos ante una sociedad profesional propiamente dicha), sino *ratione materiae*, por el hecho mismo de que la actividad realizada sea profesional y con independencia de la organización dentro de la cual se realice (sea una compañía de seguros de salud o asistencia jurídica, una ingeniería, una sociedad que explota un hospital o una sociedad profesional en sentido estricto). Hemos comprobado que la teoría de la aportación profesional no pone en cuestión esta imperatividad general.

b) Junto a ella se sitúa la *imperatividad especial*, esta sí asociada necesariamente a la existencia de una sociedad profesional *stricto sensu*, cuyo contenido se integra básicamente por la regla de exclusividad del objeto profesional (art. 2 LSP), la regla de prohibición de la multidisciplinariedad incompatible (art. 3 LSP), la regla de la mayoría o preeminencia de los

⁸⁸ En los casos especiales en que la reserva de la actividad se considere necesaria para el desarrollo de una determinada actividad, corresponde a la ley determinarlo específicamente. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la actividad de auditoría externa, que sólo puede prestarse por sociedades profesionales en sentido estricto (v. art. 10.4 LA). Dicha actividad, por tanto, le está vedada a una sociedad cuasiprofesional, formada por socios no profesionales. Esto no ocurre, sin embargo, con otras actividades aunque sean de relevante interés público, como es la actividad médica. Nadie puede discutir que sociedades cuasiprofesionales como *Clínica Baviera*, *Clínicas Vitaldent* o el *Grupo Hospitalario Quirón*, que son propiedad de sociedades de capital riesgo y no de médicos, puedan prestarla. De hecho, la mayoría de los hospitales privados no son sociedades profesionales en sentido estricto.

⁸⁹ V., recientemente, J. Alfaro, «La inconstitucionalidad del párrafo 3 de la Disposición Transitoria 1^a de la Ley de Sociedades Profesionales», entrada en el blog *Derecho Mercantil* del 6-VII-2017 y «Más sobre la inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria 1^a párrafo tres de la Ley de Sociedades Profesionales», entrada en el mismo blog de 12-VII-2017; A. Campins Vargas, «De nuevo sobre la inconstitucionalidad de la disolución de pleno derecho de una supuesta sociedad profesional por aplicación de la DT 1^a de la Ley 2/2007», entrada en el repetido blog de 29-XII-2017.

socios profesionales (art. 4 LSP) y la regla de colegiación obligatoria de la sociedad profesional (art. 8 LSP). En su momento pusimos de manifiesto que la improcedencia de la teoría de la autonomía de la voluntad provenía precisamente de la opcionalidad que brinda para sortear la aplicación de dichas reglas en sociedades genuinamente profesionales. Basta con que sus socios convengan en denominarlas sociedades de intermediación. Pues bien, lo que ahora importa subrayar es que una objeción de esta clase —la objeción de la trivialidad— no puede dirigirse en cambio contra nuestra reconstrucción, puesto que no trivializa, antes bien, respeta el *mínimo de imperatividad* que conforman tales reglas (v. *supra* 4.1 c). La teoría de la aportación profesional parte de la premisa de que cuando realmente —es decir, materialmente— la sociedad es una *comunidad de trabajo para el ejercicio de la profesión*, las reglas en cuestión no pueden soslayarse, con independencia de su mayor o menor justificación.

El aplicador del derecho tendrá que estar atento. Habrá de evitar que variaciones calculadas en la realización del supuesto de hecho conduzcan a defraudar los mandatos imperativos. La sustancia tiene prioridad sobre la forma, el funcionamiento de hecho sobre la configuración estatutaria. Y así una sociedad no deja de ser profesional porque sus socios se abstengan de formalizar en los estatutos su obligación de aportar o prestar su actividad profesional como dispone el art. 17.2 LSP si realmente ese es su compromiso implícito o es lo que *de facto* realizan o cumplen⁹⁰; o porque la mayoría de capital haya sido cedido a uno o varios socios capitalistas cuando pueda verificarse —como se ha anticipado en su momento— que el grueso de los rendimientos de la firma proviene del trabajo aportado por los socios profesionales, lo cual evidencia la defraudación del art. 4 LSP; o porque en sus estatutos se haya consignado un objeto social no profesional cuando de hecho este es profesional y la organización responde al repetido modelo de la «comunidad de trabajo»; etc. El mismo razonamiento procede a la inversa. La circunstancia de que una sociedad profesional esté formalmente bien constituida con arreglo a la ley contemplando por ejemplo un objeto profesional

exclusivo, no impide que si en la práctica desarrolla otras actividades pueda verificarse el incumplimiento del art. 2 LSP y la imposición de la sanción que corresponda⁹¹.

c) Hechas las precisiones y advertencias anteriores, no parece que el *mínimo de imperatividad* resulte en absoluto exigente o de doloroso cumplimiento. La experiencia enseña por un lado que sus prescripciones se adaptan a las expectativas normativas de las partes y por otro que las fuerzas del mercado presionan para observarlas al objeto de solucionar los problemas de *cat-herding* (dificultad de retener y dirigir a personas con elevado capital humano) y *calidad opaca* (asimetría de información entre el prestador de servicios profesionales y el cliente) endémicos en esta clase de organizaciones intensivas en conocimiento y sin apenas necesidad de capital físico⁹². Y esto me lleva a afirmar que la disciplina de la Ley de Sociedades Profesionales, más que obedecer a un modelo de imperatividad categórica, responde a un modelo de *imperatividad hipotética*. Con ello quiero significar que sus normas, en buena medida al menos, no traducen o reflejan tanto una imperatividad fuerte o de primer grado (que conduce a establecer restricciones a cualquier sociedad que tenga un objeto profesional, como presuponía la teoría de la reserva de actividad) como a una imperatividad débil o de segundo grado (que conduce a limitar las restricciones a aquellas sociedades que pretendan ser reconocidas en el tráfico como profesionales y aprovecharse de sus ventajas). La imperatividad hipotética se presenta así como un *onus* o carga en el sentido que tiene esta expresión en el derecho de obligaciones: un sacrificio para obtener un beneficio. Los socios se sentirán inclinados a constituirse como una sociedad profesional para poder inscribirse en el colegio profesional que corresponda y poder actuar en el mercado como tal, con el sello de calidad que a ello pueda reconocerse⁹³; o para poder servirse del *enforcement* corpo-

⁹⁰ Las posibilidades son diversas. Imagínese la más simple: los socios, en lugar de asumir las correspondientes prestaciones accesorias, acuerdan suscribir todos ellos un pacto parasocial de contenido equivalente a favor de la sociedad o concertar con la sociedad un contrato de trabajo o un arrendamiento de servicios para «aportarle» su actividad profesional.

⁹¹ Huelga recordar que, desde el punto de vista del derecho de sociedades y del derecho en general, en caso de discordancia entre el objeto estatutario y el objeto de hecho, prevalece siempre este último (v., por todos, Sáenz García de Albizu, *Objeto social en la sociedad anónima* [nt. 79], pp. 317 ss.).

⁹² La presión natural de las fuerzas del mercado para cumplir las reglas que nuestra ley considera imperativas (objeto social exclusivo, propiedad de la firma por los socios profesionales, etc.) analizada y constatada brillantemente en el papel de A. Von Nordenflycht, «What is a Professional Service Firm? Toward a Theory and Taxonomy of Knowledge —Intensive Firms», *Academy of Management Review* 35 (2010), pp. 155 ss.

⁹³ De la sociedad profesional como «marchamo de calidad» habló ya en su momento Campins, Rds 33 (2009), p. 156.

rativo de las normas deontológicas interna o externamente; o para poder lograr que el visado o el poder para pleitos sea expedido a favor de la propia sociedad y no de un concreto profesional (art. 9.3 LSP); o para poder decidir el reparto de beneficios en función de la productividad de los socios evaluada por un órgano de la sociedad (art. 10 LSP) sin tener que sufrir las limitaciones impuestas por el derecho general (v., por ej., art. 1690 II CC); o para poder gozar de la más absoluta libertad a la hora de fijar el cálculo de la cuota de liquidación (art. 16 LSP); o para poder excluir —tratándose de una sociedad de capitales— el derecho de suscripción preferente sin emitir a valor real con el fin de planificar la carrera profesional de los asociados (art. 17 b) y c) LSP); etc.

8 • CONSIDERACIÓN FINAL SOBRE LAS «OTRAS» SOCIEDADES PROFESIONALES

El objetivo principal del estudio ha sido limitar el ámbito de aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales. Se trataba de acotarlo a aquella fracción de la fenomenología que responde al patrón de la «comunidad de trabajo», en función del cual definimos el concepto de sociedad profesional. El resultado es excluir de su ámbito de aplicación ese amplio espectro de la realidad que hemos agrupado bajo la denominación de sociedades cuasiprofesionales, frecuentemente caracterizadas por ser intensivas en capital físico (hospitales, clínicas, ingenierías, biotecnológicas, etc.). La cuestión que quiero suscitar en esta reflexión final persigue el objetivo contrario. No se trata ahora de limitar, sino de ampliar o extender el campo de aplicación de la ley para dar cabida dentro de ella a otras sociedades profesionales que obedecen también al patrón de «comunidad de trabajo» (alta intensividad de capital humano y baja intensividad de capital físico), pero que no obstante han sido olvidadas o ignoradas por el legislador. Las «otras» sociedades profesionales son aquellas que están fuera del art. 1.1 II LSP porque el ejercicio de la actividad a que se dedican no precisa de titulación oficial y/o inscripción en el correspondiente colegio.

El interés de la cuestión se suscita a propósito, casi a renglón seguido, de la cavilación sobre la impera-

tividad hipotética y consiste en dilucidar si las «otras» sociedades profesionales pueden hacer uso o aprovecharse de esas ventajas reputacionales y de flexibilidad que también brinda la ley. La fenomenología que tengo en mente es muy variada (agencias de publicidad, bancos de inversión, firmas de cazatalentos, etc.), pero puede ilustrarse paradigmáticamente con el caso de las sociedades de consultoría en sus distintas variantes ¿Hay algún problema en que puedan constituirse y presentarse al público como sociedades profesionales, como SLPs o SAPs? ¿Vemos algún inconveniente en que apelen a la aplicación de normas sustantivas de la Ley de Sociedades Profesionales, tales como aquellas que otorgan a los socios, aunque el tipo elegido sea una anónima o una limitada, la facultad de separarse *ad nutum* (art. 13 LSP), declaran la intransmisibilidad *inter vivos* o *mortis causa* de sus participaciones (arts. 12 y 15 LSP) o posibilitan la exclusión del socio por justa causa (art. 14 LSP)? ¿Existe algún motivo para que no puedan valerse de la flexibilidad que confiere la ley para regular la cuota de liquidación (art. 16 LSP), la exclusión del derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital destinados a promover la promoción de sus profesionales a socios (art. 17.1 a) y b) LSP) o la participación en los resultados conforme a criterios de productividad? No es cometido de este trabajo dilucidar los interrogantes planteados con un mínimo de detalle, probablemente de escaso interés en la práctica. No obstante, no oculto mi inclinación a darles una respuesta afirmativa, sea por aplicación directa de la ley, por aplicación analógica o incluso por aplicación de las normas generales del derecho de sociedades de capital, debidamente interpretadas —extramuros del paradigma institucional reinante— a la luz de las «aclaraciones» contenidas en la Ley de Sociedades Profesionales⁹⁴.

⁹⁴ En realidad pienso que muchas de las normas de la Ley de Sociedades Profesionales que se presentan como normas especiales, incluso a veces como excepciones de la Ley de Sociedades de Capitales, no son más que previsiones que podrían formularse estatutariamente por las partes en el derecho común de sociedades al amparo del principio de la autonomía de la voluntad (v. C. Paz-Ares, «Las sociedades profesionales (Principios y bases de la regulación proyectada)», RCDI 653 (1999), pp. 1257 ss.).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCOVER GARAU, G., «Sociedades profesionales y sociedades de intermediación», *Revista de Derecho de Sociedades* 32 (2009), pp. 174 ss.

ALEXY, R., *La institucionalización de la justicia*, trad. esp., Comares, Granada 2005.

ALFARO, J., «La inconstitucionalidad del párrafo 3 de la Disposición Transitoria 1ª de la Ley de Sociedades Profesionales», entrada en el blog *Derecho Mercantil* del 6-VII-2017.

ALFARO, J., «Más sobre la inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria 1ª párrafo tres de la Ley de Sociedades Profesionales», entrada en el blog *Derecho Mercantil* del 12-VII-2017.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «La disolución de oficio de la DT 1ª de la Ley de Sociedades Profesionales: una propuesta de interpretación», entrada en el blog *Notarios y Registradores* (22-V-2017).

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Kafka en el Registro: la disolución de oficio de las sociedades profesionales», entrada en el blog *Hay Derecho* (8-V-2017).

ATIENZA, M., *Introducción al derecho*, Barcanova, Barcelona 1985, pp. 23-29

CAMPINS VARGAS, A., «De nuevo sobre la inconstitucionalidad de la disolución de pleno derecho de una supuesta sociedad profesional por aplicación de la DT 1ª de la Ley 2/2007», entrada en el blog *Derecho Mercantil* del 29-XII-2017.

CAMPINS VARGAS, A., «Consideraciones en torno a la delimitación del ámbito de aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales. A propósito de algunas interpretaciones recientes», *Revista de Derecho de Sociedades* 33 (2009), pp. 141 ss.

CAMPINS VARGAS, A., *Las sociedades profesionales*, Civitas, Madrid 2000.

CAPILLA RONCERO, F., «Sociedades de profesionales: cuestiones sobre su admisibilidad» en K. J. Albiez Dohrmann, J. L. Pérez-Serrabona y B. Moreno Quesada (coords.), *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Universidad de Granada 1993, pp. 222 y ss.

CASTAÑER CODINA, J., *Comentario de la Ley de Sociedades Profesionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2007.

CRESPO MORA, M. C., «Comentario art. 11» en R. García Pérez y K. J. Albiez Dohrmann (dirs.),

Comentarios a la ley de Sociedades Profesionales, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor 2013, pp. 555 y ss.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid 1967.

DODEK, A. M., «Regulating Law Firms in Canada», *The Canadian Bar Review* 90 (2011), pp. 395 y ss.

EMBID IRUJO, J. M., «Exclusividad y ejercicio indirecto del objeto social en la Ley de Sociedades Profesionales», en *Estudios homenaje al Profesor V. Cuñat Edo*, Universidad de Valencia, 2010, pp. 1064 ss.

EMPSON, L., «Surviving and Thriving in a Changing World: The Special Nature of Partnership» en L. Empson (ed.), *Managing the Modern Law Firm: New Challenges and New Perspectives*, Oxford University Press 2009, pp. 27 ss.

EMPSON, L. y CHAPMAN, C., «Partnership versus corporation: Implications of alternative forms of governance in professional service firms» en R. Greenwood y R. Suddaby (eds.), *Research in the sociology of organizations: Professional service organizations.*, Elsevier JAI Press. Oxford 2006, pp. 100 ss.

ENGISCH, K., *Einführung in das juristische Denken*, Verlag Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1977.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, E., «Sociedades profesionales como forma de ejercicio de las profesiones sanitarias: una aproximación conceptual» en J. Tomillo y J. Cayón (dirs.), *Derecho y salud como realidades interactivas*, Aranzadi, Cizur Menor 2015, pp. 579 ss.

GILSON, R. J. y MNOOKIN, R. H., «Sharing among the human capitalists: An economic inquiry into the corporate law firm and how partners split profits», *Stanford Law Review*, 37 (1985), pp. 13 ss.

GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, vol. 1, Madrid 1976.

LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed esp. (traducción de M. Rguez. Molinero), Ariel Barcelona 1980.

LARENZ, K. y CANARIS, C. W., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., Springer Verlag, Berlin 1995.

MENDONCA, D., *Las claves del derecho*, Gedisa, Barcelona 2000.

MIQUEL SILVESTRE, J. A., «La Ley de Sociedades Profesionales», *La Ley* 6992 (18-VII-2008). [referencia La Ley 38639/2008].

MONTOYA MELGAR, A., «Sociedades profesionales de abogados y contrato de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo* 183 (2016), pp. 15 ss.

ORTEGA REINOSO, G., «El abogado y las sociedades de servicios jurídicos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 688 (2005), pp. 541 y ss.

ORTEGA REINOSO, G., «Un comentario a la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* 109 (2008), p. 137.

PARRAS MARTÍN, A., «Delimitación del objeto social en las sociedades profesionales», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 91 (2013), p. 440.

PAZ-ARES, C., «La denuncia *ad nutum* de los contratos de duración indeterminada: entre el derecho dispositivo y el derecho imperativo», en *Liber Amicorum J. L. Iglesias*, Civitas, Madrid 2014, pp. 837 ss., esp. 860-861

PAZ-ARES, C., «Comentario art. 1665» en C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, vol. II, pp. 1301 ss.

PAZ-ARES, C., «Comentario art. 1678» en C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, vol. II, pp. 1403 ss.

PAZ-ARES, C., «La agrupación de interés económico y las sociedades profesionales» en R. Uría y A. Menéndez (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª ed., Civitas, Madrid 2006, vol. I, pp. 791 ss.

PAZ-ARES, C., «Las sociedades profesionales (Principios y Bases de la regulación proyectada)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 653 (1999), pp. 1257 y ss.

PAZ-ARES, C., «Las sociedades profesionales. Una introducción», *La Ley* 5 (2005), pp. 1030 y ss.

PAZ-ARES, C. y ALFARO, J., «Comentario art. 38» en M. E. Casas y M. Rguez. Piñero (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Kluwer, Madrid 2008, pp. 953 y 997.

PAZ-ARES, C. y CAMPINS VARGAS, A., *Las sociedades profesionales (Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales y Memoria justificativa)*, Madrid 2004 (no publicado, en el archivo de los autores).

PÉREZ MILLÁN, D., «En torno al objeto de las sociedades profesionales. Comentario a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el

Notariado, de 21 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 389), de 1 de marzo de 2008 (RJ 2008, 2794) y de 28 de enero de 2009», en *Revista de Derecho de Sociedades* 32 (2009), p. 189 y ss.

RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, trad. esp., Fondo de Cultura Económica, México-Madrid 1979.

REDONDO TRIGO, F., «Las sociedades profesionales y su objeto social en la RDGRN de 21 de diciembre de 2007», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 707 (2008), pp. 1396 ss.

ROJO, E., «Las sociedades profesionales: los abogados y los procuradores», *Registradores de España* 83 (2018), p. 83.

SAÉNZ GARCÍA DE ALBIZU, J., *El objeto social en la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1990.

SANTINI, G., *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Il Mulino, Bologna 1988.

STREUER, O., *Der statutarische Unternehmensgegenstand*, E. Schmidt Verlag, Berlin 2001.

TOMILLO, J. L. y GOZALO, V., «La condición de socio en la sociedad profesional: *nomen societatis* y responsabilidad disciplinaria», en *Estudios jurídicos en memoria del profesor E. Beltrán*, Valencia 2015, pp. 245 ss.

VÁZQUEZ ALBERT, D., «¿Sociedades profesionales controladas por no profesionales?», *Diario La Ley* 5517 (5-IV-2002), p. 16.

VÁZQUEZ ALBERT, D., «La polémica de las sociedades de intermediación», *Observatorio Iuris* (junio 2008), disponible en la web.

VEGA J. A., «Capítulo I. Principios configuradores» en *Sociedades Profesionales de Capital*, 1ª ed., Navarra, Aranzadi Thomson Reuters 2009, pp. 49 ss.

VERGEZ, M., «Art. 1. Definición de las sociedades profesionales», en R. García Pérez y K. J. Albiez Dohrmann (dirs.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor 2013, pp. 45 ss.

VON NORDENFLYCHT, A., «What is a Professional Service Firm? Toward a Theory and Taxonomy of Knowledge —Intensive Firms», *Academy of Management Review*, 35 (2010), pp. 155 ss.

WIEDEMAN, H., *Gesellschaftsrecht*, vol. I, C. H. Beck Verlag, München 1980.

YANES YANES, P., *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.