

NOTA SOBRE LA REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES PROFESIONALES PARA EL *RECONOCIMIENTO* EN ESPAÑA DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES DE OTROS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNION EUROPEA

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES
Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de Extremadura

Recibido: 07.07.2009 / Aceptado: 21.07.2009

Resumen: La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (LSSPP) reguló el ejercicio en común de una actividad profesional, sobre la base de la cualificación profesional de los socios. Este objetivo es la manifestación de la dualidad entre el aspecto societario y el aspecto profesional de la sociedad profesional. La LSSPP pretende la creación de un nuevo tipo de profesional colegiado, que se suma de este modo a las personas físicas que ejercen la profesión de que se trate y no la regulación de un nuevo tipo societario.

En su redacción originaria, la LSSPP no contiene ninguna referencia a la posibilidad de actuación en España de sociedades profesionales extranjeras, ni siquiera las constituida en otros Estados miembros de la Unión Europea. Este olvido se intenta paliar ahora al añadir una disposición adicional séptima y modificar la disposición final segunda de la LSSPP, conforme a la redacción contenida en el *Proyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*.

Pese a lo bien intencionado de la reforma, la norma proyectada es confusa e innecesaria. Además, es contraria al Derecho comunitario, pues no corresponde al legislador español establecer las condiciones en que una sociedad de un Estado miembro es titular de las libertades de establecimiento y de servicios. Sí corresponde a la legislación del Estado miembro donde se ejerce la profesión la determinación de las condiciones para el ejercicio de la actividad profesional, sea por persona física, sea por persona jurídica, en los términos en que la jurisprudencia del TJCE convalida limitaciones justificadas por el interés general; en este aspecto la norma proyectada es poco clara e insuficiente.

Palabras clave: actividad profesional, práctica usual de una actividad profesional, libertad de establecimiento, libre prestación de servicios, profesiones reguladas, restricciones justificadas por un interés general, sociedades, sociedades profesionales.

Abstract: The 2/2007 Professional Corporation Act, of 15th March (LSSPP) regulated the common practice of professional activity on the basis of the professional qualifications of the members. This objective is the manifestation of the duality existing between the corporation aspect and the professional aspect of professional corporations. The LSSPP Act intends to create a new type of member of a professional corporation, adding, in this way, to the physical persons who develop a particular professional activity and not to the regulation of a new corporation type.

In its original form, the LSSPP Act does not include any reference to the possibility for foreign professional corporations to act in Spain, not even those corporations constituted in other member states of the European Union. This oversight is now being palliated by means of the seventh additional amendment and by modifying the second final provision of the LSSPP Act, according to the content of the *Bill for the Modification of different laws and their adaptation to the law of free access to service activities and their practice*.

Despite the good intentions of the amendment, the norm in project is confusing and unnecessary. Besides, it is contrary to the European Community law, since the Spanish legislator is not qualified to establish the conditions in which a corporation of a member state is entitled to the freedom of establish-

ment and services. However, the legislation of the member state where the profession is practiced is entitled to settle the conditions for the professional activity, whether by means of physical or legal personality, on the terms on which the jurisprudence of the *Court of Justice of the European Communities* validates limitations justified by general interest; in this respect, the norm in project is unclear and insufficient.

Key words: Corporations, Professional Corporations, professional activity, common practice of a professional activity, regulated professions, freedom of establishment, freedom to provide services, regulated professions, restrictions justified by general interest.

Sumario: I. Consideraciones preliminares. II. Líneas generales de la Ley de sociedades profesionales. 1. Lo imperativo y lo dispositivo en la LSSPP. 2. El objeto social de las sociedades profesionales. III. Establecimiento y prestación de servicios en España por sociedades profesionales de otros Estados miembros. 1. Libertad de establecimiento y libertad de prestación de servicios de las sociedades. 2. Ejercicio de actividades profesionales por sociedades de otros Estados miembros. 3. La proyectada reforma de la LSSPP: nueva disposición adicional séptima y reforma de la disposición final segunda.

I. Consideraciones preliminares.

1. Con inusitada frecuencia, cuando el legislador español tiene que regular figuras de nuevo cuño en nuestro ordenamiento jurídico, ignora la complejidad de su entorno, fruto de la coexistencia de una pluralidad de instancias con competencias legislativas. En un contexto marcado por la concurrencia normativa, son muchos los ejemplos en que actúa como si los problemas que tiene que resolver se desenvolvieran en una realidad acotada por los estrechos límites del mercado nacional.

Un exponente de esta forma de proceder lo encontramos en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (LSSPP en lo sucesivo). En todo el articulado de la Ley no se encuentra ni la más leve referencia a la posibilidad de actuación en España de sociedades profesionales extranjeras, ni siquiera las constituida en otros Estados miembros de la Unión Europea.

2. Este olvido se intenta paliar ahora con la adición de una disposición adicional séptima y la modificación de la disposición final segunda de la LSSPP, conforme a la redacción contenida en el *Proyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*¹. Este Proyecto de Ley, conocida como *Ley omnibus*, trae causa del mandato contenido en la Disposición Final Quinta del *Proyecto de Ley sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio*², conocida como *Ley paraguas*. Los dos textos responden a las exigencias que impone la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, *relativa a los servicios en el mercado interior*. Aunque su objetivo es más ambicioso, pues se extienden los principios regulatorios de la Directiva de servicios a sectores no afectados por la Directiva con la finalidad de mejorar la competitividad, aumentar la eficiencia y la transparencia simplificando el marco regulador

Antes de analizar esta nueva disposición, así como otras reformas que se establecen en el mismo Proyecto de Ley, conviene que nos detengamos en señalar cuáles son los aspectos configuradores de la LSSPP³.

II. Líneas generales de la Ley de sociedades profesionales.

3. Según expresa su Exposición de Motivos, la Ley de Sociedades Profesionales «tiene por objeto posibilitar la aparición de una nueva clase de profesional colegiado, que es la propia sociedad pro-

¹ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, nº 30-1, IX Legislatura, de 19 de junio de 2009

² BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, nº 23-1, IX Legislatura, de 3 de abril de 2009

³ Cfr., para los antecedentes, A. CAMPINS VARGAS, *La sociedad profesional*, Madrid, Civitas, 2000; M. LACH, *Formen Freiberuflicher Zusammenarbeit. Der Konflikt zwischen Gesellschaftsrecht, Standes- und Zusammenarbeit*, Munich, 1970.

fesional». Conforme establece el artículo 1.1, las sociedades que deberán constituirse como sociedades profesionales son aquéllas que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional⁴. A su vez, para que se entienda que hay ejercicio en común de dicha actividad profesional es necesario que los actos propios de la misma, es decir de la actividad profesional, 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 cliente⁵

4. Debemos tener presente que el objeto de la regulación de la LSSP son las *sociedades profesionales stricto sensu*, las que ejercen ellas mismas la actividad profesional de que se trate *Esto es, sociedades externas para el ejercicio de las actividades profesionales a las que se imputa tal ejercicio realizado por su cuenta y bajo su razón o denominación social. En definitiva, la sociedad profesional objeto de esta Ley es aquélla que se constituye en centro subjetivo de imputación del negocio jurídico que se establece con el cliente o usuario, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, y, además, los actos propios de la actividad profesional de que se trate son ejecutados o desarrollados directamente bajo la razón o denominación social. Seguidamente, se reconoce la posibilidad de existencia de otras sociedades que quedan excluidas del ámbito de dicha Ley, como son las sociedades de medios, que tienen por objeto compartir infraestructura y distribuir sus costes; las sociedades de comunicación de ganancias; y las sociedades de intermediación, que sirven de canalización o comunicación entre el cliente, con quien mantienen la titularidad de la relación jurídica, y el profesional persona física que, vinculado a la sociedad por cualquier título (socio, asalariado, etc.), desarrolla efectivamente la actividad profesional* (E. de M. Ley 2/2007)⁶.

5. No se incluyen, por tanto, en el ámbito de aplicación de la aquellas sociedades que se limiten a ser *sociedades de profesionales o entre profesionales*, sin perjuicio de la posible aplicación a éstas del régimen especial de responsabilidad, como consecuencia de la subsunción de las mismas en el supuesto normativo del apartado 1 de la disposición adicional segunda de dicha Ley.

6. Presupuesto de la aplicación de la LSSPP es el ejercicio de determinadas actividades profesionales, que en la terminología de la Directiva de Servicios y de la *Ley Paraguas*, podrían corresponderse con las denominadas profesiones reguladas, si bien en la definición de éstas no se incluye el requisito de obligada colegiación. La identificación de cuáles sean estas actividades profesionales se realiza en el artículo 1.1, párrafo segundo LSSPP: *aquéllas 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*. Se impone, por tanto, un doble requisito: exigencia de titulación universitaria oficial e inscripción en un Colegio profesional. Podemos afirmar, en principio, que se trata de actividades para cuyo acceso se exige un previo y elevado nivel de cualificación técnica (titulación universitaria) y cuyo ejercicio ha de respetar estándares y elementos deontológicos marcados por la singularidad de la relación de confianza con los clientes o destinatarios de esos servicios profesionales⁷, que se traducen en especiales exigencias de responsabilidad, cuyo control corresponde a las corporaciones que tienen encomendada la ordenación y disciplina de dicha actividad de interés público (inscripción colegial)⁸.

7. La LSSPP pretende, de un lado, garantizar la seguridad jurídica de las sociedades profesionales, al establecer para las mismas una disciplina legal de las relaciones jurídico- societarias hasta ahora

⁴ M. LACH, *Formen Freiberuflicher Zusammenarbeit. Der Konflikt zwischen Gesellschaftsrecht, Standes- und Zusammenarbeit*, Munich, 1970.

⁵ Vid. P. Yanes Yanes: *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, *passim*.

⁶ RDGRN 21 diciembre 2007; cfr. F. REDONDO TRIGO, "Las sociedades profesionales y su objeto social en la resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 2007", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 84, 707, 2008, pp. 1396-1421

⁷ Una perspectiva clásica e imprescindible en A. LAMBOLEY, *La société civile professionnelle, un Nouveau statut de la profession libérale*, París, 1974.

⁸ RR.DGRN 1 marzo 2008 y 28 enero 2009.

inexistente⁹. Junto a ello, la Ley pretende también asegurar un adecuado régimen de responsabilidad en garantía de los clientes o usuarios de los servicios profesionales prestados por la sociedad. Este doble objetivo es la manifestación de la dualidad entre el aspecto societario y el aspecto profesional de la sociedad profesional¹⁰. Expresamente se recoge en la E. de M. LSSPP que “*se establece una disciplina general de las sociedades profesionales que facilite el desarrollo de esta franja dinámica de nuestro sistema social y económico y con tan acusada incidencia en los derechos de sus clientes(...) En definitiva, esta nueva ley de Sociedades Profesionales se constituye en una norma de garantías: garantía de seguridad jurídica para las sociedades profesionales, a las que se facilita un régimen peculiar hasta ahora inexistente, y garantía para los clientes o usuarios de los servicios profesionales prestados de forma colectiva, que ven ampliada la esfera de sujetos responsables*”.

1. Lo imperativo y lo dispositivo en la LSSPP.

8. Certidumbre sobre el régimen jurídico de las sociedades profesionales y transparencia de las mismas también respecto de la forma social, son pues lo objetivos declarados de la Ley. Para alcanzarlos, contiene un conjunto de disposiciones imperativas, aplicables cualquiera que sea el tipo societario al que se acoja la sociedad profesional, y un conjunto de normas dispositivas¹¹.

9. Son normas de *ius cogens* las relativas a los siguientes extremos:

1º) La exclusividad del objeto social y otros relacionados con el ejercicio de la actividad profesional tanto por la sociedad como por los socios (arts. 2, 3-al que el *Proyecto de Ley Ómnibus* da una nueva redacción-, 5 y 9);

2º) La composición subjetiva de la sociedad y de sus órganos (art. 4, al que el *Proyecto de Ley Ómnibus* da una nueva redacción);

3º) Formalización del contrato (art. 7);

4º) Inscripción en el Registro Mercantil y colegiación de la propia sociedad (art. 8);

5º) Régimen de responsabilidad de la sociedad y de los profesionales actuantes (art. 9 y 11); y

6º) Régimen de determinadas mayorías para la adopción de algunos acuerdos (arts. 10.2, i.f. y 14.3).

10. Las normas de naturaleza dispositiva ordenan determinadas relaciones jurídico societarias y ofrecen un modelo al que los socios podrán acogerse o podrán modificar conforme a su voluntad (no obstante, en algunos de estas normas parte de su contenido que es de carácter imperativo). Se trata de las normas relativas a las siguientes materias:

1º) Régimen general de participación en beneficios e imputación de pérdidas (art. 10);

2º) Intransmisibilidad de la condición de socio profesional (art. 12);

3º) Régimen de separación y exclusión de socios profesionales (arts. 13 y 14); y

4º) valoración de la cuota de liquidación del socio saliente (art. 16), ejercicio del derecho de suscripción preferente, retribución de prestaciones accesorias y determinados supuestos de reducción del capital social (art. 17).

2. El objeto social de las sociedades profesionales.

11. La *ratio* de la ley es la regulación del ejercicio en común de una actividad profesional sobre la base de la cualificación profesional de los socios, más que el ejercicio de una actividad económica genéricamente considerada a través de un conjunto de bienes. La exclusividad del objeto social viene exi-

⁹ J.C. PAZ ARES, “Las sociedades profesionales: Una introducción”. *La Ley*, 2005, 5. pp-1030-1035; ID., “Las sociedades profesionales (principios y bases de la regulación proyectada). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 75, 653, 1999, pp. 1257-1275.

¹⁰ R.C.O. Matthews, “The economics of professional ethics: should the professions be more like business?”, *The Economic Journal*, pp. 1991, pp. 737-759; M. YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad civil de las sociedades profesionales y de sus miembros”, *Revista de responsabilidad civil y seguros*, 71, 2009, pp. 7-34.

¹¹ RR. DGRN 5 marzo 2009 y 6 marzo 2009.

gido por el art. 2 de la LSSPP: *Las sociedades profesionales únicamente podrán tener por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales...* Esta exigencia se fundamenta en la necesidad de impedir la *comercialización* de las profesiones y el incumplimiento de las normas deontológicas propias de la profesión de que se trate. Esta disposición prohíbe que junto a las actividades profesionales de que se trate se incluya en el objeto social otras actividades no profesionales. Así, por ejemplo, una sociedad de abogados no puede incluir en su objeto social la comercialización de materias primas. Al margen de la exageración, la prohibición debe entenderse sus justos términos. Por ello, se considera que dicha regla legal no excluye la posibilidad de que la sociedad profesional realice también determinadas actividades que, sin ser de ejercicio profesional en sentido estricto, pueden considerarse conexas a las profesionales que constituyan el objeto exclusivo de dicha sociedad. En tal sentido se suele hacer referencia, como ejemplo, a actividades de mediación, gestión, asesoramiento, consulta o información. Siguiendo con nuestro ejemplo, la sociedad de abogados podría editar libros con los aspectos más destacados de los casos defendidos o colaborar en el desarrollo de programas informáticos dirigidos al ejercicio de la abogacía. La exclusividad de lo objeto, en consecuencia es compatible con la realización de actividades accesorias que tengan clara conexión con el núcleo propio del objeto profesional exclusivo de la sociedad de que se trate, de modo que éste no quede desvirtuado por aquellas actividades conexas. Por el contrario, será incompatible con actividades que no pueden ser admitidas conforme a dicho criterio¹².

12. Por otra parte, determina el mismo artículo 2 de la LSSPP, que las sociedades profesionales podrán desarrollar las actividades propias de su objeto exclusivo «...bien directamente, bien a través de la participación en otras sociedades profesionales. En este caso, la participación de la sociedad tendrá la consideración de socio profesional en la sociedad participada, a los efectos de los requisitos del artículo 4, así como a los efectos de las reglas que, en materia de responsabilidad, se establecen en los artículos 5, 9 y 11 de la Ley, que serán exigibles a la sociedad matriz».

13. Según el art. 3 de la LSSPP: *Las sociedades profesionales podrán ejercer varias actividades profesionales, siempre que su desempeño no se haya declarado incompatible por norma de rango legal o reglamentario.* El Proyecto de Ley Ómnibus, acertadamente suprime la posibilidad de establecer incompatibilidades para las sociedades profesionales con normas de rango reglamentario. En este caso, la sociedad habrá de tener la composición subjetiva exigida por el art. 4. El mismo criterio ha de aplicarse respecto de la aplicación de las normas de la LSSPP a relativas a funcionamiento, colegiación, régimen de imputación y responsabilidad, etc.¹³

14. A los efectos que aquí interesan, la comprensión de las disposiciones sobre la exclusividad del objeto social debe hacerse desde la reglamentación de las actividades profesionales, por lo que su alcance más allá de lo estrictamente societario llega hasta las sociedades de otros Estados miembros, sin que ello suponga imponerle una restricción injustificada, pues deberá constreñirse al exacto perímetro de la actuación profesional.

III. Establecimiento y prestación de servicios en España por sociedades profesionales de otros Estados miembros.

15. Diversos son los problemas que plantea el establecimiento y la prestación de servicios de las sociedades profesionales de otros Estados miembros de la UE. Por un lado, la posibilidad de que sociedades constituidas en Estados miembros de la UE, que desempeñen en tales Estados actividades profesionales, puedan ostentar la condición de socio profesional de una sociedad profesional española y representar las tres cuartas partes del capital y de los derechos de voto que el art. 4.2 de la LSSPP, reserva a los socios profesionales. Por otro, la posibilidad de su actuación en España, sea mediante estable-

¹² RR. DGRN 1 marzo 2008, 17 enero 2009 y 28 enero 2009. Cfr. F. REDONDO TRIGO, "Las sociedades profesionales y su objeto social en la resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 2007", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 84, 707, 2008, pp. 1396-1421.

¹³ RDGRN 17 enero 2009.

cimiento o mediante prestación de servicios. En uno y otro caso, en la solución que se dé habrán de ponderarse acertadamente los límites a la equivalencia de las condiciones exigidas por los distintos Estados miembros para el ejercicio de actividades profesionales¹⁴.

1. Libertad de establecimiento y libertad de prestación de servicios de las sociedades.

16. El art. 48 TCE establece: *Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central y centro de actividad principal se encuentren dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.*

Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo.

El art. 48 TCE permite a una sociedad que instale su domicilio estatutario en un Estado miembro y que disponga de su explotación principal y/o sede de dirección en España, sin que se vea obligada, por mandato del art. 5 LSA, ni a constituirse con arreglo a la Ley española ni a fijar su domicilio estatutario en España. En el caso de las sociedades capitalistas, no son aplicable ni el art. 5.2 LSA y ni el art. 6.2 LSRL. Lo mismo vale para las restantes formas societarias que carecen de norma específica para la atribución de la nacionalidad española a la sociedad y que siguen el principio *constitución-domicilio*, genéricamente deducible del art. 28 CC. Estos preceptos son inaplicables porque implican un *obstáculo no justificado* a la libertad de establecimiento de las personas jurídicas en la UE, prohibido por el art. 46 TCE.

17. El TJCE confirma el alcance del art. 48 TCE y la consiguiente *eurodepuración* (A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) de las normas de conflicto de los Estados Miembros que determinan la ley aplicable a las sociedades. La tetralogía societaria del TJCE es de extraordinaria nitidez. Así, la STJCE 9 marzo 1999, *Centros Ltd vs. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, la STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, la STJUE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*: y la STJUE 12 septiembre 2006, *Cadbury Schweppes plc.*, establecen que la libertad de establecimiento de sociedades en la UE sólo tiene el límite del “fraude” o “abuso de Derecho” cuando se comprueba que la sociedad o sucursal establecida en otro país no existe realmente o se ha llevado un montaje en cuya virtud se le imputan actividades económicas o cifras de negocios falsas.

18. Dado que el Derecho de sociedades de los Estados Miembros regula distintos tipos societarios es posible que un Estado Miembro regule un tipo concreto de sociedad que no exista en otro Estado Miembro. En tal caso, se plantea la cuestión de si la sociedad creada en un Estado Miembro puede sobrevivir “como tal”, con los caracteres y efectos previstos en la Ley de ese Estado si se traslada u opera en otro Estado Miembro o si, por el contrario, debe transformarse a cualquier tipo societario de los expresamente contemplados en ese otro Estado.

19. Frente a quienes sostienen que es necesaria esa transformación, cabe recordar que se impone a la sociedad creada en otro Estado miembro un proceso de “nacionalización” inaceptable a la luz del Derecho comunitario por varias razones. En primer lugar, porque desnaturaliza a la sociedad, ya que se pierden algunos de los efectos atribuidos por la Ley con arreglo a la cual se constituyó; en segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, porque atribuye a la sociedad efectos legales diferentes de Estado miembro a Estado miembro. Imponer a una sociedad legalmente constituida en un Estado miembro, a “reconvertirse” a un tipo societario contemplado en el Derecho del Estado miembro de destino supone un coste enorme y un obstáculo contrario a las libertades comunitarias de las que son titulares las sociedades. La sociedad beneficiaria de las libertades comunitarias de establecimiento y prestación de servicios no puede ser obligada a cambiar de tipo social cuando ejercita una actividad transfronteriza. La forzada transformación, por tanto, vulnera la esencia misma de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios.

¹⁴ Por todos, vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”, *Revista de derecho de Sociedades*, 28,1, 2007, pp. 59-100.

20. En consecuencia, la única solución conforme al Derecho comunitario consiste en que, en principio, la sociedad legalmente constituida en un Estado Miembro debe poder operar en los demás Estados Miembros mediante el tipo societario originario de la sociedad en el Estado Miembro de origen. Esta solución evita que una misma sociedad de capital deba asumir tipos societarios distintos en cada Estado miembro. Esta segunda tesis ha sido expresamente apoyada por el TJCE: se reconoce la sociedad tal y como se creó en el Estado Miembro de origen¹⁵.

21. No obstante, las notables diferencias que median entre el régimen jurídico de las sociedades constituidas en los diversos Estados miembros, plantea dificultades en torno a la protección de socios y de terceros que contratan con ellas. Con el fin de intentar salvar las diferencias entre las legislaciones que regulan los tipos societarios de los distintos Estado miembros, el art. 44, apartado 2, letra g) del TCE, prevé la posibilidad de que el Consejo de la Unión Europea adopte directivas para coordinar, *en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 48, para proteger los intereses de socios y terceros*. Conforme a esta habilitación se han adoptado varias Directivas que armonizan el Derecho de sociedades de los Estados miembros. A los efectos que aquí nos interesan, estas directivas se han centrado en los elementos clave del sustrato económico de las sociedades, sin atender al elemento personal, en el que se incluiría la cualificación profesional de los socios.

22. Al respecto, el art. 43.2 TCE dispone: *La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo. 2º art. 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales*. El art. 43 TCE, en relación con el art. 48, antes reproducido, contiene un dato esencial para la resolución de las cuestiones que plantea la actividad en España de sociedades profesionales constituidas en otros Estados miembros de la UE: la equiparación de las personas jurídicas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo (Capítulo II del Título III, que lleva por rúbrica “libertad de establecimiento”), a las personas físicas nacionales de los Estados miembros, y la consiguiente aplicación a aquéllas de las condiciones fijadas por el Estado de establecimiento en lo que concierne al acceso a la actividad.

2. Ejercicio de actividades profesionales por sociedades de otros Estados miembros.

23. Reiteradamente hemos subrayado que la LSSPP pretende la creación de un nuevo tipo de profesional colegiado, que se suma de este modo a las personas físicas que ejercen la profesión de que se trate y no la regulación de un nuevo tipo societario. En la LSSPP existe una clara línea divisoria entre la forma societaria que se adopte para el ejercicio de una profesión y los requerimientos que se le imponen a la sociedad por razón del ejercicio de una actividad profesional.

24. El derecho a la libertad de establecimiento implica que si la sociedad ha sido constituida con arreglo a las leyes que regulan el tipo societario de que se trate de cualquiera de los Estados miembros, no puede negarse a la sociedad correspondiente personalidad jurídica ni imponerle restricciones diferentes a las que se impongan a las sociedades constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico del Estado en cuyo territorio se ejerce la actividad. La constitución conforme al Derecho de un Estado miembro tiene alcance conflictual y, sin necesidad de transitar por el obsoleto expediente del reconocimiento, hace a la sociedad beneficiaria de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios. Ahora bien, en los ámbitos de las respectivas libertades comunitarias fundamentales, sí podrá imponerse el cumplimiento de la normativa interna del Estado de ejercicio de la actividad, fruto de la potestad del Estado para requerirles el cumplimiento de las normas que garantizan el adecuado ejercicio colectivo de la profesión, siempre que ello no implique discriminación respecto a las sociedades nacionales ni obstáculos a las libertades comunitaria.

¹⁵ STJCE 9 marzo 1999, *Centros* FJ 26 *in fine*, STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering* FJ 93, 95, 57, 58, 59 y FJ 81.

25. Así se deduce de la interpretación que dada a los arts. 43 y 48 por el TJCE. Entre otras, la *STJCE sala 3ª de 30 de marzo de 2006 señala que “el interés general en proteger a los destinatarios de los servicios de que se trata contra un perjuicio que podrían sufrir a consecuencia de servicios proporcionados por personas que no tienen la cualificación profesional o moral necesaria puede justificar una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios”*¹⁶ (STJCE de 25 de julio de 1991, Ságer, C76/90,); la *STJCE*, sala 5ª, de 17 de octubre de 2002, afirma: “*No obstante, conforme a reiterada jurisprudencia, cuando tales medidas se aplican a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida, pueden estar justificadas si responden a razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo*”¹⁷.

En suma, la jurisprudencia del TJCE admite el establecimiento por los Estados miembros de restricciones a la libertad de ejercicio de actividades profesionales siempre que se justifiquen en razones de interés general, sean adecuadas y no vayan más allá de lo necesario para conseguir el objetivo propuesto.

26. Una vez examinada la remisión a la legislación del Estado de establecimiento en lo que concierne al establecimiento de condiciones para el ejercicio de la actividad profesional, sea por persona física, sea por persona jurídica, y la convalidación que de estas limitaciones hace el TJCE, procede examinar los diferentes supuestos.

27. Una sociedad titular de la libertad de establecimiento comunitaria la remisión a la legislación del Estado de establecimiento en lo que concierne al establecimiento de condiciones para el ejercicio de la actividad profesional, sea por persona física, sea por persona jurídica, y la convalidación que de estas limitaciones hace el TJCE puede ejercer como sociedad profesional en España siempre que según la Ley del Estado miembro con arreglo a la cual se ha constituido, pueda desarrollar actividades profesionales similares a las desarrollan en España las sociedades profesionales a tenor de la LSSPP.

28. Pues bien, esa compatibilidad se traduce en el reconocimiento en España de la condición de socio profesional a las sociedades que en su Estado de origen puedan acceder al ejercicio colectivo de la profesión de que se trate. Ahora bien, han de cumplirse los siguientes requisitos:

1º) Debe tratarse de una sociedad que con arreglo al Derecho interno del Estado de origen esté habilitada en él para el ejercicio de la actividad profesional en cuestión, extremo que habrá de acreditar ante el Notario que autorice la escritura pública de constitución de la sociedad profesional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 7 LSSPP. No cumpliéndose este requisito, el Registrador denegará la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad profesional de la que forme parte como socio una sociedad comunitaria. Así lo imponen los arts. 7 y 8.1 LSSPP¹⁸. Las sociedades de otros Estados miembros pueden participar como socios profesionales en los términos del art. 4.1 LSSPP si ello no es incompatible con lo establecido en su *lex societatis* extranjera.

2º) En todo caso, las personas físicas que actúan en nombre o por cuenta de la sociedad deben cumplir los requisitos de habilitación e inscripción en el registro del colegio profesional correspondiente.

29. La compatibilidad de la regulación de la LSSPP y su aplicación a las sociedades comunitarias, con el art. 48 TCE en relación con el art. 43 TCE ha de canalizarse a través de los dos postulados que se han sentado en las consideraciones precedentes: por un lado, el necesario reconocimiento a una sociedad validamente constituida en un Estado comunitario de plena personalidad jurídica, sin posibilidad de imponerle requerimientos o exigencias adicionales y de otro, la cualificación exigida a los socios profesionales que se justifica por la necesidad de evitar “vaciar” de profesionales la sociedad a cambio de su capitalización por socios profesionales.

¹⁶ Rec. p. 1-4221, apartados 15 a 17

¹⁷ Vid. SSTJCE de 31 marzo 1993, *Kraus*, C-19/92, Rec. p. 1-1663, apartado 32; *Gebhard*, apartado 37; de 9 marzo 1999, *Centros*, C-212/97, Rec. p. 1-1459, apartado 34; *Pfeiffer*, apartado 19; de 4 julio 2000, *Haim*, C-424/97, Rec. p. 1-5123, apartado 57; *Mac Quen y otros*, apartado 26, y *Comisión/Italia*, apartado 23; en idéntico sentido, STJCE sala 2ª de 21 abril 2005.

¹⁸ Una visión sesgada y errónea por desvirtuada en atención a criterios que no se corresponden con los objetivos de la LSSPP en L. FERNÁNDEZ DEL POZO, “Forma y publicidad de las sociedades profesionales”, en A. HERNÁNDEZ MORENO (Ed.), *Derecho de sociedades (Congreso UNIJÉS 2007)*, Barcelona, Bosch, 2007, pp. 17-56.

30. Los límites al ejercicio colectivo de la profesión se establecen en la LSSPP. De éstas presentan singular interés los relativos a la composición determinados en el artículo 4, al que el *Proyecto de Ley Ómnibus* da una nueva redacción. Conforme a la regulación vigente, es preciso que las tres cuartas partes del capital y los derechos de voto, o las tres cuartas partes del patrimonio social y del número de socios en las sociedades no capitalistas pertenezcan a socios profesionales (art. 4.2), entendiéndose por tales, en este caso, las personas físicas que ostenten la habilitación necesaria según las normas españolas para ejercer la profesión que corresponda (art. 4.3 y 4). La reforma que se proyecta consiste, en lo esencial, en una reducción del porcentaje exigido, que se reduce de las tres cuartas partes a la mitad más uno.

La imposición de estas limitaciones se justifica en el interés público que subyace en la disciplina y control del ejercicio de actividades profesionales.

31. Pero, ello no impide, en absoluto, que la sociedad que, constituida al amparo de la legislación de un Estado miembro, aunque no esté específicamente habilitada para el ejercicio de actividades profesionales en el Estado de origen, pueda ejercer en España actividades profesionales. Por un lado, puede acogerse al régimen diseñado por la LSSPP participando como socio no profesional en el capital de una sociedad profesional constituida de conformidad con las prescripciones de la misma. En concreto, el art. 1.2 permite la participación en una cuarta parte del capital y de los derechos de voto en las sociedades capitalistas o una cuarta parte del patrimonio social y del número de socios en las sociedades no capitalistas. Por otro lado, puede constituirse como sociedad profesional siempre que cumpla los requerimientos de tenencia de capital en manos de socios profesionales que impone la LSSPP.

32. Deben recordarse varios datos que avalan las dos anteriores conclusiones. En primer lugar, el art. 48 TCE indica que las sociedades gozan de la *libertad de establecimiento –y de la libertad de prestación de servicios–* en cualquier Estado comunitario siempre que verifiquen dos requisitos:

1º) La sociedad debe haber sido *constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro*;

2º) La sociedad debe tener su sede social, administración central o centro de actividad principal en un país comunitario.

Ningún otro requisito se exige. Por ejemplo: no se requiere que la sociedad ejerza alguna actividad económica en el Estado miembro donde tiene su domicilio estatutario¹⁹.

3. La proyectada reforma de la LSSPP: nueva disposición adicional séptima y reforma de la disposición final segunda.

33. Como indicábamos al principio, en el *Proyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* se añade a la LSSPP una nueva Disposición Adicional con el siguiente tenor:

Serán reconocidas en España como sociedades profesionales las constituidas como tales de conformidad con la legislación de un Estado miembro de la Unión Europea y cuya sede social, administración central y centro de actividad principal se encuentre en el territorio de un Estado miembro, siempre que hayan cumplido los requisitos previstos, en su caso, en dicho país comunitario para actuar como sociedades profesionales.

La prestación de servicios o el establecimiento en España de las sociedades antes referidas se ajustará a lo previsto en la normativa que regula el reconocimiento de cualificaciones profesionales y, en su caso, en la normativa de las corporaciones profesionales sobre establecimiento o ejercicio de profesionales comunitarios.

34. A la vista de cuánto hemos señalado respecto a las sociedades como titulares de las libertades comunitarias de establecimiento y de servicios, la primera observación que hemos de hacer es que la norma proyectada además de innecesaria es contraria al Derecho comunitario, pues no corresponde al legislador

¹⁹ STJCE 9 marzo 1999, *Centros*; STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*; STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*

español establecer las condiciones para ello. Máxime si lo hace de manera confusa. Centrados en el primer apartado, cuando se impone a la sociedad *que hayan cumplido los requisitos previstos, en su caso, en dicho país comunitario para actuar como sociedades profesionales*, surgen de inmediato varias dudas. La primera ¿qué requisitos son los contemplados?; la segunda puesto que Estado de constitución y Estado de la sede social, administración central o centro de actividad principal pueden ser diferentes ¿cual será el *dicho país comunitario* que puede prever el cumplimiento de requisitos para actuar como sociedades profesionales? A nuestro juicio, no cabe más interpretación que la de la remisión a la ley del Estado de constitución.

35. Las deficiencias de la disposición que analizamos provienen de la confusión entre los aspectos societarios y los aspectos relativos al ejercicio en común de una actividad profesional sobre la base de la cualificación profesional de los socios.

36. Respecto de los aspectos societarios, el legislador español no tiene ningún margen de actuación. Además, resulta cuestionable que si la propia LSSPP reiteradamente señala que no regula ningún nuevo tipo de sociedad, por vía de una Disposición Adicional venga a regularse, de manera embrollada una cuestión de tan amplio alcance como la relativa a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios. Lo que se hace además, con un expediente decimonónico como es el reconocimiento, pues lo que esta en causa es determinar si la sociedad constituida en un Estado miembro será aceptada como tal en el mercado español de los servicios. Ello, valga la reiteración, lo regula el Derecho comunitario. Por tanto, a nuestro entender, tal y como está redactado el primer apartado de la disposición proyectada, sería deseable que en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley se suprimiera para evitar incurrir en una violación del Derecho comunitario.

37. En cuanto a las cuestiones que plantea el ejercicio en común de una actividad profesional, el Proyecto de Ley viene a establecer tres condiciones que merecen análisis singularizado.

El primero de ellos, con la matización señalada para la deficiente dicción del precepto, implica que la sociedad debe cumplir los requisitos previstos en la Ley del Estado donde se constituyó comunitario para actuar como sociedades profesionales. Exigencia que, como hemos señalado, sólo podrá ser impuesta a los efectos de establecimiento en España o de participación como socio profesional de una sociedad profesional española. Por lo que al primer aspecto se refiere, valga recordar que no se impondrá la transformación en uno de los tipos societarios españoles, pues para las sociedades profesionales rigen sin matices los principios analizados en relación con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios de las personas jurídicas.

38. Los otros dos requisitos se refieren al cumplimiento de la normativa sobre el reconocimiento de cualificaciones profesionales y de la normativa de las corporaciones profesionales sobre establecimiento o ejercicio de los profesionales comunitarios. Como ya hemos señalado, corresponde a la legislación del Estado miembro donde se ejerce la profesión determinar las condiciones para el ejercicio de la actividad profesional, sea por persona física, sea por persona jurídica, en los términos en que la jurisprudencia del TJCE convalida estas limitaciones justificadas por el interés general. En este punto, la redacción del apartado 2º de la proyectada disposición resulta poco clara y confusa. También sería deseable que durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, armonizando lo previsto con los principios del *Proyecto de Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, la redacción proyectada mejorase para ceñirse a establecer claramente cuales son las limitaciones derivadas de la regulación de actividades profesionales.

39. Por último, el *Proyecto de Ley Ómnibus* modifica la Disposición Final Segunda de la LSSP con la inclusión de un nuevo apartado que supone la habilitación normativa al Consejo de Ministros para dictar las disposiciones reglamentarias para adaptar la normativa sobre establecimiento o ejercicio de profesionales comunitarios a la naturaleza societaria del prestador de servicios. En consonancia con las limitaciones que el derecho comunitario impone a los Estados miembros en orden a garantizar la efectividad de las libertades comunitarias fundamentales, esta habilitación sólo puede extenderse a los aspectos estrictamente regulatorios de la actividad profesional.