

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

La profesión, condición civil de la persona

JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE

Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: I. *La profesión, dimensión existencial insoslayable.*—II. *El quehacer de la persona, concreción de su vivir.*—III. *Un componente de plenitud personal.*—IV. *La profesión, ocupación vital socialmente determinante.*—V. *Hacedores del mundo civil.*—VI. *Entre objetividad y subjetividad.*—VII. *Las profesiones, ámbitos objetivos de acción específica.*—VIII. *Las profesiones, espacios de discrecionalidad enmarcados en responsabilidad.*—IX. *La profesión, condición civil de la persona.*—X. *«Intuitus personae».*—XI. *Dialéctica jurídica entre profesión y empresa.*—XII. *Sociedades profesionales.*—XIII. *Hacia la profesionalidad de la persona jurídica.*

I. LA PROFESIÓN, DIMENSIÓN EXISTENCIAL INSOSLAYABLE

Sobremanera vertebradoras de la cultura jurídica actual han venido a ser las directrices centradas en ofrecer puntos de vista sobre la persona. Especialmente al referirse a la persona en su íntima tensión de ser al mismo tiempo todo y parte. Todo, por su radical plenitud; parte, por su ineludible integración en el plexo social, fuera del cual ni realiza sus virtualidades totales ni culmina la ejemplaridad de que potencialmente es capaz. Tensión que con sentido y alcance diversos se da en toda existencia humana, pero que aparece culminante en las vidas más plenarias, que se exigen más y más a sí mismas, por la mayor dificultad que entraña su incorporación al todo social sin abdicar de su individual calidad. Porque, es preciso declararlo, el mantenimiento de algún modo de acción y servicio, siquiera virtual, dentro de lo colectivo y del mundo civil, es presupuesto de

autenticidad personal y punto de partida de todos los desenvolvimientos conducentes a colmar de sentido la propia existencia.

En el seno de esta tensión, observada con criterio jurídico, las profesiones ofrecen especial aptitud conciliatoria. Entrañan componente de armonización y concierto. En su virtud le cabe a la persona encontrar cumplida realización subjetiva mediante su incorporación activa al orden de necesidades, exigencias y planteamientos humanos en su formulación objetiva y social. Por el cauce profesional puede el hombre culminar su plenitud al aprontarla a la sociedad organizada. Sin embargo, desde la Teoría General del Derecho ha sido relativamente poco contemplada la significación de las profesiones como elemento de la condición civil de la persona. Y es sorprendentemente que así suceda, pues se trata de una circunstancia de notoria eficacia configuradora de su vivir.

En un derrotero cultural como el hoy día vigente, en el que los temas referentes a la persona se encuentran en la base de toda especulación filosófica, el jurista precisa detectar y aprehender tales fenómenos en cuanto implicados en su propia área. A lo largo del siglo XIX todo lo personal fue tenido por acientífico, pero el viraje operado en la segunda mitad del XX representa un retorno a la tradición científica europea, de la cual es inseparable el interés por el destino humano, consustancial a sus raíces helénicas, romanas y cristianas. Y en este contexto cultural, las profesiones expresan un dato por demás relevante al ilustrar acerca del cometido que se ha asumido dentro del conjunto social. Es lo que Jaspers, en feliz atisbo, denominó «esclarecimiento de la existencia», orientado hacia una metafísica, porque a través del hacer cotidiano se evidencia y recalca la identidad de la persona. Las profesiones deparan así cauces conducentes hacia las metas de concreción propugnadas y exigidas por la más actual metodología jurídica.

Cuando se inquieren datos acerca de alguien, cuando se pregunta sobre su edad, su domicilio o su nacionalidad, cuando se da noticia del estado civil de la persona, ¿qué significa pedir, asimismo, que la profesión sea puntualizada? Se halla en juego nada menos que el valor jurídico de la ocupación habitual de la persona. En una sociedad fluida e industrial, como al presente acontece, el cometido profesional define a la persona y expresa su ser e individualidad de modo probablemente más significativo y determinante que cualquier otra circunstancia. Ihering decía tratarse de una misión o vocación con la cual el individuo, mediante una determinada forma de actividad, se pone de modo estable a disposición de la sociedad, y ocupa su cargo de servicio social ¹. Una ya bastante lejana juris-

¹ R. VON IHERING, *Der Zweck im Recht*, § 75.

prudencia atinaba al apreciar que el oficio o profesión viene a «situar en la vida» a la persona ². En la realidad última, no es que la persona «tenga» una misión, sino que «es misión»: «necesita la fuerza de estar haciéndose, necesita que le hagan hacerse a sí misma» ³. Está así en juego, ahora más que nunca, una dimensión existencial, jurídica y socialmente ineludible.

El presente ensayo jurídico sobre las profesiones aspiraría a ser una contribución al Derecho de la persona. El problema así planteado no concierne propiamente al Derecho laboral, sino que se sitúa en el juicio de las cuestiones nucleares del orden jurídico general, en mucha relación con la responsabilidad y también con planteamientos actuales de la persona jurídica, como se verá. Determina el oficio o la profesión a la persona al indicar el sentido de su despliegue y al dar una relevante razón acerca de su identidad a través de un componente muy existencial y propio. Identidad que se manifiesta aun a través de cambios, en otro sentido tan importantes como los de estado civil, por ejemplo, y frente a otras diversas vicisitudes de vida, por lo que implica una de las dimensiones de la subsistencia que es propia y expresiva del ser personal. Cobra aquí todo su valor la profunda concepción de la persona como forma de existencia del espíritu subsistente. La persona se manifiesta en su operar; operar que la profesión recoge y subraya en su más acusada habitualidad, por lo que ocasiona una coherencia personal reconocible y diferenciadora.

La vida le es dada al hombre para que él mismo se la haga, o lo que es igual, decía Legaz, la existencia sólo recibe plenitud y sentido en la forma de la personalidad que se ha dado a sí mismo. Si el trabajo, en general, es el fundamento de la vida social, si la solidaridad que a todos nos une es una solidaridad en el trabajo, todas las formas concretas que adopta la vida social refiérense a una forma de trabajo. Si toda vida individual es un hacer, toda vida en común es una cooperación en el trabajo ⁴. Paralelamente a como el estado civil de la persona la determina, sobre todo, en función o por referencia a la familia u a otras situaciones en orden a la capacidad de obrar, la profesión lo hace en relación con las incumbencias de su ocupación. De ahí la necesidad de diferenciar a la profesión respecto del estado civil. Hubo a veces tendencias asimiladoras, mas no son viables, ni cabe confundirlas. Se las reseña por lo común una a continuación de la otra: estado civil, profesión, domicilio, naciona-

² STS de 6 de mayo de 1967.

³ X. ZUBIRI, *Naturaleza, Historia, Dios*, Madrid, 1974, p. 371.

⁴ LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1972, pp. 761 y 762.

lidad, pero se trata de circunstancias personales diferentes, no asimilables, como bien se recalcó ⁵.

Las profesiones afectan a algo tan eminentemente jurídico como es la identidad y determinación de la persona en la vida social. Le trazan un campo de autonomía y responsabilidad genuino, de máximo respeto y competencia. Incluyen un importante aspecto de la autoposesión del propio ser y de los propios actos. De ahí su conexión con la dignidad personal; redundan en cualidad definitiva y explicativa de la individualidad a través de su ocupación socialmente reconocida y estimada ⁶.

II. EL QUEHACER DE LA PERSONA, CONCRECIÓN DE SU VIVIR

Las profesiones ofrecen relieve jurídico singularizador por cuanto el quehacer de la persona redundante en concreción de su vivir. Las actividades propias expresan siempre al ser que las desarrolla. Habría de ser atinado trazar aquí un bosquejo histórico de cómo el reparto de tareas en la vida social acentúa y tiende a mantener la identidad de quienes las asumen.

La cuestión se presenta apasionante ya en el mundo antiguo. Las fuentes literarias griegas y romanas nos dan noticia de ello con ocasión de las migraciones y navegaciones marinerías de cretenses, fenicios, cartagineses y griegos por el Mediterráneo. La asignación de oficios en tierra, a la llegada, en el lugar o asentamiento consiguiente al desembarco, respondía a notable continuidad con los cometidos previamente desarrollados por cada uno a bordo durante la travesía. La nave es muy determinante de puestos y ocupaciones, cualifica destinos y encargos que tienden a mantenerse en la organización urbana de arribada. Resulta así frecuente la evocación de la «nave de la república» como expresiva del buen reparto ciudadano de trabajos y empleos. El orden de la nave vendría a ser expresión del buen orden ciudadano: *Gubernare navem, gubernare rem publicam* ⁷. La participación activa de cada uno en el todo de

⁵ F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, II, p. 77.

⁶ Ofrecen interés las palabras que Cervantes pone en boca de Don Quijote referentes a la identificación que resulta del oficio y profesión. Don Quijote desea saber quiénes son los viandantes con quienes camina, «... y para obligarlos, en breves razones les dijo quién era, y su oficio y profesión, que era de caballero andante...» (2.ª parte, cap. XIX). En otra ocasión, «... en el camino preguntó Don Quijote al primero de qué género y calidad eran sus ejercicios, su profesión y estudios; a lo que él respondió que su profesión era ser humanista; sus ejercicios y estudios componer libros para dar a la estampa, todos de gran provecho y no menos entretenimiento para la república» (2.ª parte, cap. XXII).

⁷ Vid. MOSCHETTI, «Il gubernator navis», *Riv. Dir. Navigazione*, 30, 1964, pp. 172 a 252.

los menesteres colectivos representará así factor decisivo en la progresiva y generalizada urbanización del hombre ⁸.

La caracterización que el trabajo habitual imprime a la persona se acentúa cuando se traduce en asumir no ya las precisiones y urgencias propias, sino las ajenas, que es lo específico de las profesiones. Antecedente memorable lo ofrece al respecto el *officium* romano. *Officium* es el ámbito en que se desarrolla la función del magistrado; pero el término, tan grato a Cicerón, aparece generalizado a diversas actividades a desarrollar en beneficio ajeno... *omnibus officiis tribuendis* ⁹. Resplandece su presencia en los cometidos tutelares, en el *officium pietatis* de los padres para con los hijos hecho patente en la *querella inofficiosi testamenti* en caso de preterición, así como en servicios prestados por razón de amistad o de confianza con el amigo (*officium amicitiae*). El *officium* expresa módulos de hacer diligente, de entrega a un deber asumido en interés de otro ¹⁰; ofrece vertiente moral, pero sin excluir una eventual reclamación jurídica *extra ordinem* ¹¹. La noción de *officium* supuso así recurso fecundo para insertar elemento extrajurídico en las construcciones jurídicas, propicio por ello a doctas investigaciones de metodología jurídica ¹². No es que el *officium* ofrezca una realidad equiparable en un todo a las modernas profesiones, pero traza pautas de interés, sobre todo por la ejemplaridad que imparte el «tomar uno sobre sí los cuidados ajenos», conforme lo encomiara Cicerón ¹³. Los cuidados ajenos tomados sobre sí, habitual y conocidamente, imprimen sesgo diferencial y notorio al transcurrir humano de quien los hace suyos.

No hay un vivir abstracto. Las vidas entrañan a la postre proyección como acontecimiento objetivo. El quehacer, como trayectoria vital, viene a dar razón de la identidad de la persona a través de su actividad decantada como específica. Al elegir una profesión anticipamos el curso del propio vivir, respondemos en buena medida al interrogante de qué queremos ser. Ser médico, agricultor, sol-

⁸ JAEGER, *Paideia*, «Fondo Cultura Económica», 1974, 807 y ss.; especialmente, *Sobre la Medicina antigua*, ibidem, 805 y ss.

⁹ CICERÓN, *De officiis*, 1, 19, 59. Como dice en otro lugar, el *officium* ha de servir al bien o utilidad de aquéllos a quienes ha de asistir: «... est autem non modo eius qui sociis ac civi bus praesit, sed etiam eius qui mutis pecudibus praesit eorum quibus praesit commodis utilitatique servire» (*Epistulae ad Quintum fratrem*, I, 1, 24).

¹⁰ D. 21, 1, 30, 14.

¹¹ D. 50, 13, 1. Vid. DE ROBERTIS, *I rapporto di lavoro nel Diritto Romano*, Milano, 1946, pp. 186 y ss.

¹² Vid. BERNET, *De vi atque usu vocabuli officii*, 1930; CANCELLI, «Saggio sul concetto di officium in Diritto romano», *Riv. it. scienze giur.*, 1958, pp. 351 y ss.; DELL'ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano, 1960, pp. 17 y ss.; D'ORS, *Derecho Privado Romano*, núm. 12; IGLESIAS, *Derecho Romano*, § 8.

¹³ *De Officiis*, 1, 9, 30-32.

dado o artista, desempeñar este o aquel oficio sugiere todo un derrotero de humana circunstancia. El dinamismo social requiere de ciertos haceres calificados que, por lo mismo, plasman en áreas profesionales objetivamente diferenciadas, las cuales, al proyectarse sobre la subjetividad de quienes las desempeñan trasladan a ellos, individualizadamente, la impronta del respectivo cometido.

III. UN COMPONENTE DE PLENITUD PERSONAL

La profesión es uno de los más señalados cauces para trascender de sí misma con que la persona cuenta. En su virtud le cabe profundizar en sí y, a la vez, actualizar servicio y entrega a los demás. Le proporciona mantenida ocasión de ejercitar unitariamente su intimidad y al mismo tiempo su apertura. La cualidad profesional inhiere y conforma a la persona y, especialmente al nivel de nuestro tiempo, es condición intensamente expresiva de su identidad. En calidad de componente de la individualidad, incide sobre el nombre de la persona al que califica con caracterización más precisa e intensa que cualquier otra circunstancia. Con la profesión u oficio la persona se hace un nombre y una incumbencia social, corrobora su identidad mediante la función diferencial del propio trabajo.

El nombre de la persona contiene la más genuina indicación del «quién», al cual designa e introduce en el mundo del lenguaje y de la interrelación; y en la misma línea opera el «qué es» de la profesión. La profesión singulariza a la persona al añadir cualidad a su nombre, al dar razón de su figura de humanidad y al indicar su programa de vida. Le traza una plenitud al reconocerle cometido, aptitudes y responsabilidad. No obedece a un modo de *estar*, ni propiamente a un *tener*, sino que trasluce un *ser* por el que se ha optado y en el cual se ha de realizar el propio y personal destino.

El no tener oficio, el carecer de cometido, siempre trae menoscabo. Está estructurada la vida social sobre la base de la división del trabajo, y el quedar fuera de ese reparto inevitablemente estigmatiza. De ahí la función social y la proyección personalista inherente a toda creación de empleo. Y, de modo entrañable, el desvelo paterno al respecto, que ya antiguas letras y sabidurías propugnaban: «A tu hijo buen nombre y oficio le procures. Poco dexa el padre al hijo si no dexa más que la hazienda, que es cosa sujeta a mil peligros; tenga cuidado de dexarle buen nombre, que es la buena fama que dura más que mil tesoros, tenga cuidado de dexarle oficio en el que pueda en algún tiempo exercitarse con honra y donde quiera que vaya

llevarle consigo sin que le dé pesadumbre»¹⁴. En el tenor del Código Civil, previo a la reforma de 1981, al regular la obligación de darse alimentos, aun en el supuesto de mínimo alcance (art. 143.4.º), se establecía el deber de los padres de costear a los hijos la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio. La obligación de dar alimentos cesa cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria (art. 152.4.º). Actualmente, en relación con la patria potestad y con la tutela, el Código establece el deber de procurar a los hijos y al tutelado «una formación integral».

Efectivamente, el concepto de *formación* ha triunfado en el desarrollo de la cultura contemporánea. Lo analiza con profundidad Gadamer en los sentidos de la palabra *Bildung*, tan rica de aspectos, entre los cuales sobresale el de ascenso desde lo natural a lo espiritual, así como, de modo ineludible, la aptitud para desempeñar el propio trabajo con el tacto preciso para apreciar situaciones y adoptar en ellas adecuado comportamiento¹⁵. En la *formación* de la persona está implicado el oficio o profesión, no sólo como modo de actividad exterior, sino también como disposición interior. Carecer de oficio o de profesión conocida —«sin profesión conocida», en el acuñado giro—, delatará por lo común una identidad deficiente. La profesión es factor de integración personal que encuadra a la persona en la sociedad y en la vida. Por contra, la inhabilitación para la profesión o el oficio será sanción penal impuesta, o que otras sanciones la llevan consigo, con significado de restricción al ejercicio normal de la condición civil. Sin oficio o profesión no queda apenas espacio personal para expandir el ser y la libertad. Hallamos así en las vidas, como tema siempre acuciante, la conjugación entre la persona y su quehacer, la cual ha sido descrita poéticamente como vía necesaria para la tranquilidad interior, por la unidad íntima que proporciona el trabajo¹⁶. A falta de menester propio, declina el concierto de cada uno consigo mismo y con su entorno de servicios y relaciones.

En nuestra jurisprudencia la estimación de la profesión en calidad de componente de la plenitud personal ha transcurrido de forma inequívoca. Primero en vía de resarcimiento civil y luego, ya sobre la base constitucional de los derechos fundamentales, al reconocerse que el prestigio profesional entra como elemento del honor de la persona. El tema es largo y persistente. Una conocida sentencia de 14 de diciembre de 1917 ordenó reparar el daño moral causado a un médico por sus compañeros que, con publicidad, acordaron «aislarle profesionalmente». Se sancionaría el perjuicio a la buena

¹⁴ COVARRUBIAS, *Tesoro de la Lengua Castellana o Española*, según impresión de 1611, voz «Oficio».

¹⁵ GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1971, I, 1.

¹⁶ RILKE, *Briefe aus den Jahren 1906-1907*, 1930, 219, § 253.

fama del comerciante, así como el causado al honor mercantil ¹⁷. Se multiplicarían después las hipótesis y los razonamientos en supuestos prácticos de mucho particularismo ¹⁸. Y, en fin, el Tribunal Constitucional declarará que «el trabajo representa el sector más importante y significativo en el quehacer de un ser humano para su realización personal y aprecio de los demás, con influencia en el bienestar propio y de la familia, con predominio de los aspectos ético y deontológico incluso sobre la capacitación técnica», concediendo en consecuencia amparo al honor profesional de un arquitecto ¹⁹. Se ha dado así lugar a sucesivos pronunciamientos en el sentido de que el derecho al honor incluye la reputación profesional ²⁰.

Constitucionalmente se reconoce que «todos tienen derecho a la educación», la cual «tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana», y también «a la libre elección de profesión u oficio» (arts. 27 y 35 CE). El ejercicio de la profesión es ocasión especialmente propicia a la vivencia de derechos fundamentales. La profesión se traduce en una posición jurídica personal en cuya estructura el honor, la intimidad y la propia imagen encuentran inseparable requerimiento. El honor, como concepción social con la que el profesional necesita contar; la intimidad, por ser inseparable del hacer profesional el asumir e impartir confidencialidades; la imagen, toda vez que el modo de aparecer ante quienes han de recibir sus servicios precisa ser fiel reflejo de la realidad. La *posición* jurídica del profesional se traduce en consecuencia en una condición personal jurídicamente relevante. Relevante de modo específico ante la responsabilidad, ante la contratación, ante la identificación personal, ante la legitimación para específicas incumbencias, e incluso ante las urgencias de la vida social, que pueden reclamar de él, ocasionalmente, una acción inmediata. Es así el oficio o profesión componente de intensa cualidad personalizadora.

IV. LA PROFESIÓN, OCUPACIÓN VITAL SOCIALMENTE DETERMINANTE

Si se me pidiera una definición de la profesión, probablemente habría de decir que es *ocupación vital socialmente determinante*. Es, por lo pronto, ocupación, ocupación habitual; dedicación al ejer-

¹⁷ TS, 1.ª, SS de 31 de marzo de 1930 y 25 de abril de 1945.

¹⁸ TS, 1.ª, de 22 de octubre de 1987, 19 de junio de 1989, 11 de febrero de 1992 y 19 de mayo de 1994.

¹⁹ TC 223/1992, de 14 de diciembre.

²⁰ TS, 1.ª, de 12 de mayo de 1995, 15 de diciembre de 1997 y 27 de enero de 1998.

cicio o creación de ciertos valores, en sentido profundo, dotado incluso de mayor amplitud y panorama que el estricto trabajo, pues potencialmente incluye actividades y actitudes que rebasan del cometido laboral. Pero, además, se trata de una ocupación *vital*, perteneciente al orden existencial, con señalada intensificación del respectivo vivir. La profesión hace que la persona tenga una vida urgida. Por eso vertebra a la existencia, es forma de vida a la que confiere trayectoria y actividad cotidiana. La profesión es socialmente determinante porque, si bien se refiere a la persona en toda su entidad, e implica a todo su ser, recae sólo sobre cierto y concreto sector o aspecto de la actividad humana objetivamente considerada. Aquí se encuentra quizá su más intensa tensión caracterizadora en orden a configurar jurídica y existencialmente a la persona: incidir sobre un cierto valor o concreto quehacer objetivo, pero ser total respecto del sujeto.

De esa forma, el *condicionamiento* de metodología jurídica que halla en la estructura de las profesiones consiste en la configuración que un área del orden objetivo imprime, virtualmente, sobre la generalidad de lo subjetivo personal.

No puede el hombre dedicarse al cultivo de todos los valores y cometidos, y el que elige como profesión viene a informar todo su vivir. No se trata de mera especialización, la cual responde a un alcance más restringido, centrado en la idea de excluir lo general; la profesión trae *determinación al todo de la personalidad, pero precisamente por su aplicación a un concreto cometido* o rama de actividad socialmente discernible. Si la sociedad como tal ha de atender al cúmulo total de exigencias colectivas, individualmente a la persona le incumbe sólo un cierto orden concreto de necesidades comunes. Ahora bien, esa parcela que personalmente desarrolla y cultiva para servicio y bien de todos, la habrá de atender con absorción para él virtualmente plenaria y, por lo mismo, determinante.

Es un gran tema de metodología jurídica y de sentido humano el enlace de la profesión con la persona, del atributo con el sujeto. Cada persona es en sí irrepetible e infungible, no es objeto sino sujeto; pero, por otro lado, las profesiones expresan campos objetivos de actividad, son objeto creado y modificable por la norma jurídica. Así es como en el acoplamiento de la profesión a la persona surgen contrastes de tanto matiz entre lo objetivo y lo subjetivo. El tino jurídico está en que ha de permanecer, en múltiples aspectos, la infungibilidad de la persona, pero aplicada a un ámbito que es típico. Es algo en cierto modo parecido al lenguaje; las palabras están en el diccionario objetivamente, pero las dice alguien, y ese decir es del todo suyo.

Por otra parte, la condición profesional incluye la exigencia de que, además de habitual, se trate de un ejercicio notorio, público;

público en el sentido del poder ser conocido por cualquiera. El verbo latino *profiteor*, del que deriva la palabra profesión, encerraba el sentido de declarar o decir públicamente. *Profiteri nomina* significó en las fuentes literarias del mundo romano hacerse inscribir entre los candidatos que habían de ser conocidos por el público, o al cual ofrecían el propio trabajo (*profiteri operam suam*). Una ocupación estrictamente particular no ofrece relieve como oficio o profesión. La dedicación profesional ha de poder ser conocida en el medio social donde se ejerce. De otra manera vendría a ser mera afición, acaso desvelo personal, pero no en rigor profesión, pues ésta redundaría en el ofrecimiento abierto de una disponibilidad comprometida con el curso del menester colectivo. La profesión vincula a un hacer concreto orientado hacia el bien o la utilidad común, lo cual concuerda en el fondo con el sentido último de todo trabajo, según lo enseña la filosofía tradicional ²¹. Y, una vez asumida, la cualidad profesional no se revoca, pues entra a configurar a la persona perdurablemente, de forma que le comunica por lo común incluso una mentalidad propia. Así ha podido señalarse que la jubilación no borra a la persona su condición profesional ²².

V. HACEDORES DEL MUNDO CIVIL

El que abraza una profesión —explicaba Ihering—, proclama por lo mismo públicamente que se halla apto y dispuesto a realizar todos los servicios que aquélla permite; pone sus servicios a disposición del público, y concede a todos el derecho a reclamarlos. Ha dado a la sociedad una garantía, y de ella debe responder ²³. La *profesionalidad* es así modo de cumplir el cometido asumido. Es paradigma de una actitud, de sensibilidad por los propios deberes, de diligencia, conocimiento y adecuación a las pautas informantes del respectivo menester, al *ars officii*, así como de emancipación respecto de todo politicismo en torno a ese hacer. La profesionalidad, como dedicación habitual, informó a la figura del comerciante trazada por el Código de Comercio; según la jurisprudencia penal, implica ejercicio habitual y público, es actividad diferencial, requiere una cierta duración y supone un saber o pericia. La impericia profesional es falta de aptitud para el desempeño del propio menester, incompetencia o descuido inexcusable en quien hace del mismo

²¹ AQUINATE, *In Sent. 4 d*, 26, 1, 2.

²² SSTs, 1.ª, de 19 de mayo de 1986 y 7 de noviembre de 1997. Referentes a la condición de profesional de la agricultura.

²³ IHERING, *loc. cit.*, § 76.

su modo de vida; se la ha de tomar como *culpa* por cuanto, como dijo el jurista, se aceptó el oficio como si bien se lo conociera ²⁴.

Enlaza la profesionalidad con el buen orden de la *razón práctica* que da hechura a las actividades y servicios; no, pues, en rigor, con la mera *razón teórica*; no con una racionalidad abstracta, sino con la praxis razonable mediante la cual se estructura la vida social. Implícense activamente los profesionales y las profesiones como hacedores del mundo civil, con protagonismo activo, de continuo sometido a conceptualización, muy configurador. La profesión coloca a la persona en el mundo civil con investidura propia y autónoma. La idea «mundo civil» entronca en la cultura europea con las nociones de *humana civilitas* y de *umana civilitate* impartidas por Dante y luego por Vico, que tanto sentido imprimieron al hacer de cada uno en función del flujo del comercio social de requerimientos y necesidades, mediante el principio de confianza: *cuique in arte sua credendum est*.

Quienes desempeñan su oficio o profesión con arreglo a exigencia y estilo participan efectivamente de la cualidad de hacedores del mundo civil, como artífices que son de actividades específicas, de tareas creativas y relacionales. Los oficios y profesiones dispensan servicios, proveen a urgencias y, desde dentro de ese mundo, delimitan menesteres y atienden necesidades. Imparten confianza al hacerse cargo los profesionales de cuestiones que los demás de por sí difícilmente afrontarían, sin que, en cambio, una vez aceptada la encomienda, puedan ellos excusarse. El viejo principio *difficultas non tollit obligationem* les mantiene en una imputabilidad, la cual viene en descargo y esperanza de buen resultado para el cliente. Se habló ya hace tiempo de *sendas* de servicio y desvelo humanitario ²⁵; pero el transcurrir postrero ha acentuado el rigor obligacional inherente a los cometidos profesionales los cuales se traducen en exigibles diligencias, no ya humanitarias, sino de orden jurídico muy específico. Se genera en su virtud un tupido intercambio de prestaciones y servicios que entraman relaciones concretas y dan lugar a deberes implícitos. El principio de confianza, con la diligencia esperada y el riesgo asumido, actualmente inseparables del hacer profesional, ofrecen así intensa eficacia articuladora de vida social.

Hacer mundo civil mediante asumidas responsabilidades específicas, he ahí, probablemente, la vertiente jurídica formal que expresa la *razón última* de las profesiones. Hace ya años, en una importante contribución, sugería Hans Jonas que los paradigmas más cumplidos de responsabilidad son los que ofrecen las figuras de los

²⁴ *Digesto*, 19, 2, 9, 5.

²⁵ POUND, *New Paths of the Law*, 1950, pp. 26 y ss.

padres de familia y de los cargos públicos o políticos ²⁶. Pero me parece ineludible añadir el de las profesiones. En el mundo moderno la vinculación de la persona a la responsabilidad encuentra planteamiento de intensa vivencia en el hacer profesional cotidianamente desarrollado. El «prestador de servicios profesionales» ostenta una *condición jurídica* muy señalada para con la marcha de las cosas que entran en su respectivo ámbito, de la cual derivan responsabilidades y encuadramientos que lo cualifican ahora muy especialmente.

La expansión del tráfico y el intercambio de bienes y servicios traza posiciones jurídicas en otro tiempo sin apenas relieve. Se implanta hoy con gran vigencia la contraposición entre *consumidores y profesionales*. En tanto a los consumidores se les ha de proporcionar protección y seguridad como destinatarios últimos de los productos y de las actividades, los profesionales están llamados a redoblar cautelas y asumir responsabilidades. En la jurisprudencia europea resulta patente el contrastar el principio de protección a favor de los consumidores ²⁷, con el principio de responsabilidad que afecta personalmente a los profesionales ²⁸. Y en ese reparto dual de posiciones jurídicas, también las empresas y los empresarios quedan normativamente presentes e incluidos en explícita y genérica consideración de profesionales ²⁹. La profesionalidad no será ya sólo actitud y modo de hacer, sino condición jurídica caracterizadora, en la cultura europea actual sobremanera determinante.

Se advertirá, en consecuencia, que la condición de profesional en cuanto tal excluye la consideración de consumidor ³⁰. Se puntualizará que los despachos profesionales no tienen consideración de domicilios ³¹. La vida profesional y la vida doméstica quedan así como en disyuntiva expresiva de contrapuestas posiciones jurídicas. La antigua distinción expresada mediante los genitivos locativos *miliciae* y *domus* parece como si renovara actualidad y enseñanza acerca del distinto trato y consideración que la persona debe esperar según se encuentre en su domicilio u hogar o inmersa en su cualificada incum-

²⁶ Hans JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt, 1979, III, 4.

²⁷ TJCE, 5.ª, S de 14 de mayo de 1998: *Verein für Konsumenteninformation v. Österreichische Kreditversicherungs AG*.

²⁸ TJCE, 3.ª, S de 27 de octubre de 1998: *Réunion européenne SA y otros v. Spliethoff's Bevrachtingskatoor BV, Capitaine commandant le navire «Albasgrach V002»*. La profesión no determina lugar, sino persona.

²⁹ Cfr. Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril. Transposición española en Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

³⁰ TJCE, S de 14 de marzo de 1991. TS, 1.ª, S de 17 de marzo de 1998. De modo concluyente, los «Principios Unidroit», Preámbulo.

³¹ STS, 2.ª, S de 6 de julio de 1995. Sobre ventas a domicilio, Propuesta de Directiva CE 96/C. 307/09.

bencia profesional o empresarial, en la dinámica y en el flujo del tráfico, inconciliable con la mera pasividad receptora. El consumidor es, en definitiva, un adquirente, que como tal ha de recibir seguridad y protección; el profesional y el empresario son operadores del tráfico, enmarcados en concepciones y responsabilidades más y más reconocidas y puntualizadas, pero también de más específica presencia informante del entramado social. El profesional viene así concertado a impartir servicios, diligencias y certidumbres, a crear recetas configuraciones, a vivir en responsabilidad.

VI. ENTRE OBJETIVIDAD Y SUBJETIVIDAD

El despliegue funcional de las profesiones bascula entre objetividad y subjetividad. Las profesiones son, antes de nada, una realidad objetiva discernible; están en la organización social como «puestos» o «trabajos» a ofrecer y proveer, en calidad de menesteres consolidados y previstos para atender a necesidades específicas, reconocidas como virtualmente comunes; consisten en haceres definidos, jurídicamente previstos y regulados. Después, una vez asumida por quien la desempeña, la profesión adviene en *vida* de la persona, en condición civil suya, existencial y determinante.

En la realidad objetiva, las profesiones se estructuran como *tipos* diferenciales de acción, en el riguroso sentido de ámbitos o esquemas de actividad social, desde luego más propicios a la descripción que a las definiciones, como bien explicó Engisch. Los conceptos se definen, los *tipos* se describen, sugería³². Por cuanto son dedicaciones previstas al servicio de urgencias y requerimientos que pueden afectar a cualquiera, las profesiones ofrecen señalada consideración de *bien social* a los efectos de un encuadramiento jurídico³³, y también a los de su protección por el orden penal con una objetividad puntualizada a través de los consiguientes contornos *típicos*. En cambio, en el aspecto subjetivo, se hace patente la pertenencia de la profesión al mundo existencial de la persona. Hay, sin duda, una concomitancia entre las dos vertientes, la *típica* y la *existencial*, pero también hay una distinción que no se debe olvidar, pues, si no, se ocasionarían desenfoces de apreciación y de método jurídico como a veces ocurre en el orden práctico. Son dos *campos* de razonamiento diferentes, necesitados, por consiguiente, de

³² Karl ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1968, VIII A, 4.

³³ Vid. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, pp. 207 a 213.

matiz y distinción, de diversa metodología, como hubo de recalcar S. E. Toulmin³⁴.

Los dos aspectos, el objetivo y el subjetivo, se han de tener en cuenta y se deben ponderar en todo momento. Cabe adoptar puntos de vista predominantemente objetivos o subjetivos, pero lo que no cabe es desconocer esa doble consideración tanto en estructura como en función.

El punto de vista objetivo suele ser el más inmediato y predominante en Estados Unidos. Está, en efecto, arraigada la idea de profesión expresada por Roscoe Pound, como cuerpo de personas que dan respuesta a cierta área de actividad o atención social, «como arte docta y como servicio público»³⁵. Las colecciones de casos mantienen en punto a responsabilidad profesional marcada orientación hacia la objetividad del cometido y a los respectivos códigos de conducta –*Model Rules of Professional Conduct*– específicos del área, más que a la consideración como circunstancia personal³⁶. Bastante de lo mismo ocurre en la tradición alemana³⁷. En cambio en el mundo latino es más inmediata la perspectiva subjetiva, como ejercicio y cualificación personal³⁸.

Son, pues, dos indisociables aspectos que se requieren y se configuran mutuamente. En la conjugación, y en la distinción prudencial, de uno y otro se encuentra la riqueza metodológica que la dinámica de las profesiones ofrece hoy como realidad jurídica viva. El orden lógico está en partir de la vertiente objetiva para alcanzar la subjetiva.

VII. LAS PROFESIONES, ÁMBITOS OBJETIVOS DE ACCIÓN ESPECÍFICA

Las profesiones implican, objetivamente, ámbitos de acción al servicio de la sociedad, que se encuentran reconocidos y delineados

³⁴ S. E. TOULMIN, *The uses of Argument*, Cambridge, 1958, p. 14: «It will be convenient to introduce a technical term: let us accordingly talk of a *field* of arguments. Two arguments will be said to belong to the same field when the data and conclusions in each of the two arguments are, respectively, of the same logical type: they will be said to come from different fields when the backing of the conclusions in each of the two arguments are not of the same logical type».

³⁵ ROSCOE POUND, *Jurisprudence*, IV, 1960, pp. 348 y ss.

³⁶ PIRSIG-KIRWIN, *Professional responsibility. Cases and materials*, West Publishing Co., 1976, pp. 593 y ss.; G. HAZARD-W. HODES, *Lawyering: a Handbook on the Model Rules of Professional Conduct*, New York-Washington, 1985, pp. 26 y ss.

³⁷ IHERING, *loc. cit.*, § 77.

³⁸ ARE, «Interesse alla qualificazione e tutela della personalità», *Riv. Dir. Commerciale*, 1965, I, pp. 81 a 136; SAVATIER, «Contribution à une étude de la profession», *Études Hamel*, Paris, 1961, pp. 3 a 17; TUNC, «Ébauche du droit des contrats professionnels», *Études Ripert*, pp. 158 y ss.; HUSSON, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Paris, 1974, pp. 273 a 329; LEGA, *La libera professione*, Milano, 1950, pp. 17 y ss.; B. CAVALLO, *Lo status professionale*, Milano, 1967, I, pp. 61 y ss.

en sus perfiles, con notoriedad y relevancia diferenciales. La persona elige para sí una profesión, pero lo hace sobre la base de que esa profesión existe y es conocida objetivamente. Antes de venir subjetivamente asumidas, las profesiones constituyen cometidos dotados de vigencia social y jurídica que la convicción común distingue con la suficiente claridad. La sociedad organizada ha de proveer a necesidades que en su seno surgen y se experimentan como potencialmente comunes a cualquiera. Las profesiones son así actividades de respuesta implantadas frente a requerimientos consolidados socialmente como de atención específica, que, por lo mismo, advienen diferenciados y a los cuales, consecuentemente, el orden jurídico dota de concreción.

Acontece, en el curso histórico, el fenómeno de las llamadas nuevas profesiones, tan patente en la vida social del presente. El nivel de las épocas hace necesarios trabajos y servicios antes no echados en falta. También sucede a contrario, ocupaciones antaño muy estimadas vienen a quedar más tarde sin apenas sentido. Ése es el transcurrir de la cultura, el cual transforma los planteamientos de la vida social; abroga empleos quizá seculares y requiere, en cambio, otros nuevos, algunos de los cuales plasman como atenciones o como dedicaciones que la vida colectiva necesita prevenir y proveer. Ihering hacía notar que en su siglo XIX la práctica del arte musical garantizaba a los artistas una existencia, lo cual no había ocurrido en el XIV, cuando tenían que mendigar por castillos y palacios; tal es —recalcaba— el flujo de *pulsaciones de la necesidad social*, a las cuales se acomoda la organización y el reparto de las diferentes ramas profesionales³⁹. Responden las mismas a bases objetivas de continuo renovadas, ello ahora más que nunca en virtud de las descripciones de puestos y cometidos, sobremanera precisas, que implanta la técnica moderna.

El ámbito de cada profesión consiste así en un área de acción específica. Su contenido y perímetro delimitador suele venir materialmente determinado por razones y factores de diverso orden. Cuentan, desde luego, las tradiciones, la costumbre y los usos, que suelen mantener larga presencia; pero se imponen en definitiva los nuevos menesteres y planteamientos.

Acontecen variaciones de módulos e interrelaciones profesionales. Desde luego ha quedado de algún modo pretérita la idea de una suficiencia isolativa, colmada de entidad individual plenaria. Adviene inexcusable en múltiples cometidos la articulación de tareas y dedicaciones, la conjugación de especializaciones. La univer-

³⁹ IHERING, *Der Zweck im Recht*, §§ 75 y 79.

salización de los saberes, de las comunicaciones y de los recursos diluye protagonismos y adscripciones personales inflexibles, pero en cambio sugiere y estimula horizontes. El significado de la informática en las actividades del presente es tan relevante que ha llegado a implicar sustanciales ampliaciones de campos y de presencias, pues la intercomunicación proporcionada por *Internet* declina fronteras de experiencias y de exclusividades. Casos recientes de la jurisprudencia norteamericana, sobre todo en punto a intromisiones y competencia comercial, así lo evidencian con indudable interés acerca de cómo se abren paso nuevos planteamientos y realidades ⁴⁰.

VIII. ESPACIOS DE DISCRECIONALIDAD ENMARCADOS EN RESPONSABILIDAD

¿Cómo describir formalmente el espacio *objetivo* inherente a una profesión? Me parece que se trata de ámbitos de competencia técnica enmarcados en responsabilidad. Por los años veinte escribió don José Ortega y Gasset la conocida «meditación del marco». Viven los cuadros alojados en los marcos, decía; la asociación de marco y cuadro no es accidental, el uno necesita del otro. Un cuadro sin marco parece desparramarse y deshacerse en la atmósfera. Viceversa, el marco postula constantemente un cuadro para su interior, hasta el punto de que cuando le falta tiende a convertir en cuadro cuanto se ve a su través ⁴¹. Bastante de lo mismo ocurre entre el ámbito de la actividad profesional y la correspondiente responsabilidad. Describiría yo a las profesiones como espacios de discrecionalidad técnica enmarcados en responsabilidad. En el interior del entorno prevalece el saber y experiencia, la iniciativa, la confianza depositada en el profesional. Pero siempre está la delimitación que circunscribe al hacer profesional con líneas de responsabilidad, tanto frente a las conductas intromisorias que puedan advenir desde afuera, como, asimismo, respecto a las extralimitaciones y negligencias ocasionadas desde dentro del propio ámbito.

El servicio que las profesiones entrañan no puede menos de sustentarse en una aptitud reconocida a los profesionales. La habilitación para el oficio profesional descansa en ciertos saberes, estudios y experiencias, en maestrías y pericias que se consideran concurrentes en las personas a las cuales se atribuye el respectivo ejercicio. Se les

⁴⁰ Así, *Cubby Inc. v. Compu Serve Inc.*, 776 F. Supp. 135 (S. D. N. Y., 1991). *MTV Networks v. Curry*, 867 F. Supp. 202 (S. D. N. Y., 1994). *Tasini v. New York Times*, núm. 93 Civ. 8678 (S. D. N. Y., 1993).

⁴¹ *El espectador*, III y IV, C. Austral, 113.

reconoce una competencia para desempeñar su cometido en el ámbito de que se trate. Los ámbitos profesionales son campos de acción entregados a la competencia del profesional. Esa competencia consiste, en buena medida, en una discrecionalidad técnica y prudencial, informada por diligencia y justo sentido de los medios y de los fines, acerca de qué hacer y cómo hacer. Pues, sobre la base de la preparación que les viene reconocida, se les ha de dejar elegir la actuación a su juicio más acertada, más eficaz y acomodada al caso o asunto concreto al que han de proveer. Una considerable libertad de elección de instrumentos y caminos, de tratamientos y soluciones, de técnicas y estrategias es, profesionalmente, inexcusable.

Son inseparables y concomitantes el ejercicio profesional y ese margen de discrecionalidad técnica. No se trata de una potestad formal, sino de la opción a *determinar* lo más razonable concierne al caso. No hay profesión sin autonomía reconocida y sin aptitud de discernimiento en el orden técnico. Ello hace que la condición personal de profesional no decaiga aun cuando incorpore su trabajo a una empresa o a una persona jurídica, pues, siquiera haya entonces dependencia funcional, habrá de persistir la connatural discrecionalidad de cometido y de técnica que tiene y mantiene. En la profesión hay así, inseparable, una estimativa en libertad que es su atmósfera, su estructura y su impulso. Sin esa discrecionalidad, que redunde en afán de excederse y de diligencia, en honda intención de cumplir, de superarse y superar, no serían las profesiones cauce de buen servicio, ni de estímulo, ni de realización personal colmada, ni de «estima de sí». Pero esa discrecionalidad no puede menos de tener unos confines precisos, un marco que la rodee y la destaque, articulado mediante específicas responsabilidades.

La responsabilidad es así moldura que da perfiles, unidad y coherencia al hacer profesional. Sin responsabilidad se diluiría falta de encaje social, desdibujado y genérico, sin perímetro nítido. El ejercicio legítimo de un oficio o cargo, dentro de su ámbito, así como los actos que están incluidos en su órbita, tradúcese por eso en una *causa de justificación*; pues la responsabilidad no ha de ahogar, ni inhibir, el avance perfectivo que técnicamente les es propio y las profesiones requieren. Ahora bien, tampoco ha de faltar la perspectiva de unos linderos. El cometido profesional incluye eventuales ponderaciones de técnicas y de límites, de prudencias, de la *communis opinio doctorum* y del valor de los nuevos conocimientos. Se mueve en un espacio cuyo reconocimiento y respeto pertenece al orden jurídico constitucional, que hace de la materia expresa reserva de Ley (art. 36 CE). Pero en torno a esos espacios se hallan ineludibles líneas y pautas de la responsabilidad.

Frente a la intromisión de extraños, los ámbitos profesionales tienen terminante salvaguardia en el delito de intrusismo, el cual ha suscitado una jurisprudencia interesante ⁴²; ha requerido matizaciones muy precisas en la reforma de 1995, patentes ahora en el artículo 403 del Código Penal ⁴³. Los confines que la norma penal sanciona necesitarán, frecuentemente, puntualizaciones administrativas y técnicas, ser integrados con lo dispuesto en normas extrapenales ⁴⁴, pero constituyen linderos típicos y sugieren uno de los supuestos acaso más aleccionadores de la moderna doctrina de la imputación objetiva ⁴⁵. El título habilitante de la profesión es así presupuesto de cualquier ejercicio de «actos profesionales». También lo es, para las profesiones colegiadas, la incorporación al correspondiente Colegio Profesional. Los Colegios Profesionales son corporaciones sectoriales que se constituyen para defender los intereses privados de sus miembros y atienden asimismo finalidades de interés público ⁴⁶. La calificación de una profesión como colegiada, con la consiguiente incorporación obligatoria, requiere, desde el punto de vista constitucional, la existencia de intereses generales que puedan verse afectados o, dicho de otro modo, la necesaria consecución de fines públicos constitucionalmente relevantes ⁴⁷.

Desde dentro del respectivo ámbito, opera la responsabilidad propiamente profesional, la cual circunscribe y modula a la respectiva competencia. Ésta viene así vertebrada por las pautas del *ars officii* y de saberes, de la diligencia debida y la obligación de informar al cliente, de poner a contribución cuantos medios propios del respectivo campo conduzcan hacia el resultado buscado. La responsabilidad *profesional* o *del profesional* es así capítulo sobremanera específico del moderno Derecho de daños.

Cada *campo* profesional implica una acción específica; y en modo alguno se lo podrá referir sólo a los modos y niveles de una prudencia genérica. El profesional es, por principio, poseedor de unos conocimientos de acceso restringido; de ahí los contrastes entre la diligencia a él exigible y la que es usual y propia de un «cuidadoso padre de familia» ⁴⁸. Al efecto específico de su competencia,

⁴² Cfr., entre otras, Sentencia 111/1993 TC, de 25 de marzo; SSTS, 2.ª, de 28 de octubre, 20 de septiembre de 1993 y 22 de noviembre de 1994.

⁴³ Vid. CHOCLAN MONTALVO, *El delito de intrusismo*, Barcelona, 1998, pp. 147 y ss.

⁴⁴ TS, 2.ª, de 29 de enero de 1990.

⁴⁵ Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Cuadernos Civitas, 1996.

⁴⁶ STC 29/1988, S de 18 de febrero. Vid. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Madrid, 1998, pp. 826 y ss.

⁴⁷ STC 194/1998, de 1 de octubre.

⁴⁸ Vid. Ferrán BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, «Publicaciones del Real Colegio de España», Bolonia, 1987, pp. 125 a 135.

al profesional no se lo ha de mensurar en dirección a la figura de un «diligente padre de familia», pues precisamente es un buen padre de familia quien acude al profesional en busca de respuesta a una necesidad que está del todo fuera de sus alcances. Por eso, el punto de vista que da enfoque predominante, que da panorama y congruencia a la responsabilidad profesional, se encuentra en el discernimiento que ha de hacer el profesional en torno al caso o quehacer, aprontando la solución más razonable. En ese concepto, de discrecionalidad y competencia técnica, la actuación del profesional no es susceptible de ser sustituida. De ese modo, no será misión de los juzgadores interferir *a posteriori* con otros criterios técnicos los que profesionalmente se emplearon, sino, en su caso, delatar y enjuiciar, con el informe de expertos, eventuales negligencias o acaso ignorancias ⁴⁹.

IX. LA PROFESIÓN, CONDICIÓN CIVIL DE LA PERSONA

Subjetivamente, una vez elegida y ejercida, la profesión imprime faz propia a la persona. Sobre la base diferencial objetiva entre unas y otras áreas de especial cometido, la profesión o el oficio trae una impronta a la subjetividad, una impronta muy personalizadora y caracterizadora. Trasciende como *condición jurídica* expresiva del respectivo modo de ser y de realización personal. Todo ser alcanza plenitud a través de su específico obrar, conforme lo enseña una filosofía permanente. Desde luego el existir es anterior a todo hacer, pero en el mundo de la persona hay una propia realización que va más allá de la existencia fáctica, mediante ella los humanos llegan a tener una identidad personal más intensa, más colmada y real, precisamente en razón de lo que hacen como peculiarmente suyo ⁵⁰. En la profesión hallamos oferta y disponibilidad de servicio hacia los demás y, a la recíproca, los demás consideran y ponderan en el profesional la *condición* personal en virtud de la cual le buscan y se confían.

Pertenece a la esencia de la profesión el recalcar el carácter personal del correspondiente hacer. La prestación a título de profesional pone en ejercicio e implica a la específica cualidad personal. Se otorga así a ésta una relevancia decisiva a modo de motivo condi-

⁴⁹ Cfr. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, pp. 470 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1987, en especial capítulo XII.

⁵⁰ *Aquinas*: «operatio est actus secundus operantis», 1, II, 70, 1; «actus secundus est perfectior quam actus primus», C. G. I, 45.

cionante o causa concreta principal del negocio jurídico ⁵¹; redundará la misma, en su caso, en el error sustancial sobre la persona, y en puntualizar singularizadamente quién está llamado a cumplir y quién, efectivamente, puede cumplir. «En las obligaciones de hacer —señala el artículo 1161 CC— el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación». La condición del profesional adviene operativa y presente en el correspondiente hacer al que cualifica con rasgos de matiz personalísimo; y también con una consideración que ha de serle respetada ⁵².

La condición profesional lleva implícita la presunción de unos conocimientos, de forma que hace variar las previsiones referentes a las posiciones jurídicas de las personas. Así, en la compraventa, el vendedor está obligado a responder de los defectos ocultos que tuviera la cosa vendida, pero no lo estará si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente reconocerlos (art. 1484 CC); y, en cuanto a la venta de animales, si el profesor, por ignorancia o mala fe, dejara de descubrirlos o manifestarlos, será responsable de daños y perjuicios (art. 1495 CC); así, en fin, la presunción de gratuidad del mandato cesa cuando el mandatario se dedique habitualmente a gestiones como la encomendada (Fuero Nuevo de Navarra, Ley 558). El equilibrio contractual no puede menos de tomar en consideración la circunstancia profesional, por la desigualdad de información que supone.

Es tan patente la *condición* operativa en el profesional que, en algunos aspectos, llega a entenebrecer a la correspondiente vinculación contractual. Sucede como si allí viniera a disolverse, o no fuera pertinente, la negociación previa, usual en el ordinario modo de contratar. Así se explica que su relación con el cliente se haya podido incluir, en ocasiones, entre las denominadas «relaciones contractuales fácticas», o por «conducta social típica», o como «contrato de responsabilidad». Con todo, casi siempre se evidenciarán ciertos «modos concluyentes» por ambas partes hacia el nexo contractual; y también, por el lado del profesional, en calidad de justa causa para actuar y, asimismo, para retener lo cobrado. Como causa habilitante para intervenir, aun a falta de requerimiento formal, ante la urgencia, o cuando lo contrario pudiera significar denegación de auxilio ⁵³; y, como *justa causa* para retener, en los términos del

⁵¹ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pp. 102 y 103.

⁵² Cfr. TS, 3.ª, Secc. 7.ª, S de 24 de abril de 1998.

⁵³ Vid. JESTAZ, *L'urgence et les principes clasiques du droit civil*, París, 1968, pp. 94 y 95.

artículo 1901 del Código Civil, al probarse que el servicio se prestó no por liberalidad sino en el normal ejercicio del correspondiente trabajo. Este artículo 1901 transcurre relativamente poco aplicado, pero es de mucha significación. La actuación profesional puede encontrar en él positivo encaje como *iusta causa perceptionis*. En definitiva, la relación contractual se hará presente, por lo común, a través de los elementos, acaso difusos o diluidos, pero inconfundibles, del arrendamiento de servicios.

Lo que en ningún caso cabrá desconocer es la relación de confianza que la profesión incluye y pone en ejercicio. La condición profesional es, connaturalmente, receptora de confianza, la cual dará configuración a sus obligaciones con el cliente. La condición profesional suscita contextos jurídicamente informados por la confianza. Desde luego ha de haber confianza referida al estricto hacer, al *facere* técnico, depositada en el profesional; pero, ineludiblemente, estará implicada, además, una confianza de orden moral, inseparable de aquélla. No cabe, en el orden práctico, escindir ambas vertientes en el ejercicio de la actividad profesional, pues existencialmente se implican en un mismo *porqué* causal y determinante. Así ocurre que el secreto profesional, como bien se ha dicho, abarca al todo de esos aspectos, que no son, ni pueden ser, autónomos ⁵⁴.

X. «INTUITUS PERSONAE»

El profesional recibe confianza y debe corresponder desplegando fidelidad. En ese contexto ha de situarse el secreto profesional. Con razón hacía notar De Cupis que el profesional está llamado a la confidencialidad de acoger secretos, pues la prestación de sus servicios requiere puntual información referente al caso ⁵⁵. Entra así en consideración la intimidad de las personas cuyo respeto y atención es presupuesto necesario de la posición profesional y elemento típico de ella, cual lo evidencia el artículo 199 del Código Penal y resulta consustancial con el sentido del menester y de los contenidos abarcados. Las personas, en su infungible ser y dignidad, en su circunstanciada ocasión, estarán contempladas en la respuesta que el profesional ha de impartir a la necesidad, urgencia o actividad que le ha sido encomendada. Componentes de confianza y de fidelidad dan así tónica a la relación de servicios profesionales. No ciertamente mediante subordinación, como es propio de la relación

⁵⁴ Cfr. TS, 3.ª, Secc. 6.ª, S de 17 de febrero de 1998.

⁵⁵ DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1959, I, pp. 343 y ss.

laboral del contrato de trabajo, sino en el plano horizontal de respetos, deberes y lealtades.

Al expresar una *condición* tan específica y caracterizadora de la persona, la profesión enlaza con el significado del *intuitus personae*. Los múltiples aspectos que el *intuitus personae* sugiere ofrecen consideraciones de mucho interés como tema de método jurídico. Me parece importante al respecto el logrado estudio de Rumpf ⁵⁶, de fecha un tanto pretérita pero quizá doctrinalmente no superado. Explora con docta construcción la atracción jurídica determinante que emana de la personalidad humana. En el Código Civil hallamos previsiones dirigidas a mantener como inherentes a la persona los bienes y útiles de trabajo que vengan adscritos a su actividad profesional. Así, en el artículo 1346.8, se nos dice que son privativos de cada uno de los cónyuges, y no gananciales, los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, con la advertencia de que esos bienes no perderán su condición de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes, si bien en este caso la sociedad conyugal será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho. También se previene, respecto de la liquidación de la sociedad de gananciales, la preferencia de cada cónyuge, para que se incluya en su respectivo haber el local donde hubiere venido ejerciendo su profesión (art. 1406.3.º). La consideración de la finalidad profesional se traduce así en adscribir cosas y derechos a la titularidad privativa.

En la jurisprudencia se pondera expresamente el *intuitus personae* que preside las relaciones contractuales del orden jurídico profesional, con encarecimiento de que redunde en deber de fidelidad y en exigencias de una «ejecución óptima» ⁵⁷.

Ahora bien, los interrogantes que la profesión suscita en calidad de *condición* de la persona cobran últimamente proyecciones en cierto modo nuevas. Así, es muy actual —en el frecuente caso de que la actividad de un profesional se inserte en la de una empresa o persona jurídica—, el cuestionar acerca de si se desvanece o perdura entonces el *intuitus personae*. Y, por otra parte, es ahora incitante la reflexión en torno a si el *intuitus personae* profesional, en cuanto que es propio de la persona física, impide que una sociedad civil o mercantil pueda adoptar como objeto social el campo de actividades objetivas conocidamente propias de una determinada profesión.

⁵⁶ RUMPF, «Wirtschaftrechtliche Vertrauensgeschäfte», *Archiv für civ. Praxis*, año 1921, pp. 1 y ss.

⁵⁷ Cfr. SSTS, 1.ª, de 30 de marzo y 11 de mayo de 1993, 9 de febrero de 1996 y 28 de enero y 25 de marzo de 1998.

Son éstas unas temáticas de muy vivo interés doctrinal, y también de mucho alcance práctico. Pero, antes de aludir a ellas, es conveniente hacer referencia a los contrastes funcionales que median entre las nociones de profesión y empresa.

XI. DIALÉCTICA JURÍDICA ENTRE PROFESIÓN Y EMPRESA

La dialéctica jurídica entre profesión y empresa está lejos de encontrarse doctrinalmente apaciguada. Disposiciones referentes al régimen tributario, y señaladamente al IVA, producen frecuentes acercamientos entre una y otra. Sin embargo en modo alguno cabe identificarlas. La diferencia más concluyente está en que la empresa puede ser y es objeto de transmisión y de negocios jurídicos, y no así la profesión al sustentarse en una condición jurídica personal. Además, está el diverso sesgo de las actividades: en la profesión, al menos de modo común, se despliega una actividad de medio, mientras la empresa se estructura hacia actividades de resultado.

Entre la profesión y la empresa acontecen indudables cercanías. Tanto el profesional como la empresa son *operadores del tráfico*, y es bien sabido que el profesional como tal no tiene la consideración jurídica de consumidor⁵⁸, y que le son aplicables, como a la empresa, las cautelas y previsiones establecidas contra eventuales cláusulas abusivas que impusieran⁵⁹. También ocurre que el lenguaje es propicio a ciertas aproximaciones, como cuando se habla de la empresa del profesional⁶⁰. En la profesión, paralelamente a la empresa, hay una peculiar tensión entre objetividad y subjetividad, pero, en principio, de dirección contraria. Pues mientras la profesión tiene previa configuración objetiva, que pasa a vivencia subjetiva al ser practicada, la empresa, al revés, es primero idea subjetiva del empresario, que ha de plasmar luego en actividad y realización objetiva. En suma, la profesión y la empresa son realidades diversas.

La profesión tiene y mantiene su inherencia en la persona. Por contraste, la empresa como tal no es sujeto sino objeto de derecho. Ocurre, ciertamente, que la conjunción empresarial de recursos y actividades en orden al logro del destino informante genera unos dinamismos endógenos, desde luego extraños a la pasividad de las cosas aisladas, que, en alguna medida, son proclives a insinuar suge-

⁵⁸ TJCE, S de 19 de enero de 1993. TS, 1.ª, S de 17 de marzo de 1998.

⁵⁹ Cfr. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. TS, Sala 1.ª, S de 28 de noviembre de 1997.

⁶⁰ SANTORO-PASSARELLI, «Professioni Intellettuali», *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, 23-28.

rencia hacia una titularidad que los unifique, pero sin alcanzar por eso estricta subjetividad o personalidad. En la profesión, el determinante jurídico está en la persona; en cambio, en la empresa se encuentra en el impulso organizador inducido de los elementos y factores productivos, en cuanto orientado a poner en el mercado de bienes y servicios. Precisamente por tener la organización significado jurídicamente relevante en la empresa, y no así en la profesión los instrumentos de trabajo, se dijo en memorable estudio que el profesional lleva a cabo una *obra del todo suya*; lo cual no acontece al empresario ni al funcionario, pues éstos han de reconocer el decisivo papel que en su hacer corresponde respectivamente a la dinámica de la empresa o a la Administración pública ⁶¹. El tratarse de una obra del todo suya justifica el derecho a participar en beneficios ulteriores ⁶².

En consonancia con esa diferente estructura, en el orden funcional la diversidad se hace patente en la índole de las responsabilidades que se derivan. Mientras en la actividad profesional la responsabilidad habrá de fundarse en la negligencia de las actuaciones, en la empresa prevalece la objetividad de los resultados y de los efectos causados. Los criterios doctrinales y jurisprudenciales son claros y terminantes, con orientación respectiva, hacia la responsabilidad por culpa, o hacia las agravadas estimaciones del riesgo objetivo de la empresa y de los eventos acaecidos en el desarrollo de las correspondientes actividades.

El interrogante interpretativo puede surgir, acuciante, como ya se ha insinuado, en el caso de que el profesional como tal se integre en el servicio de una empresa. ¿Se borrarán entonces su cualificada condición de tal, para pasar a la genérica de trabajador de la entidad, en orden a las responsabilidades frente a terceros? En la jurisprudencia han sido resueltas cuestiones muy expresivas acerca de si el oficio o profesión perdura como tal, como nexo civil o mercantil con la empresa o si, por el contrario, es absorbido, indiferenciado, en el cúmulo de relaciones laborales de la misma. Me parece muy indicativo un supuesto en donde el criterio diferencial acaba centrándose en si venía o no exigida para la correspondiente tarea la obtención de un «título administrativo habilitante» ⁶³. El título tiene valor perso-

⁶¹ RITTER, *Unternehmen und freier Beruf*, Tübingen, 1962, p. 22, donde explica: «... Das alles duldet der Begriff des freien Berufes nicht, weil er voraussetzt, das Berufsträger, der Mensch, der den betreffenden Beruf gewährt hat, selbst die ihm übertragenen und von ihm übernommenen Aufgaben erfüllt».

⁶² Vid. Propuesta de Directiva CE 98/C125/10, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

⁶³ TS, 4.ª, S de 2 de noviembre de 1995. En el caso de un transportista con vehículo propio que prestaba servicios a la empresa, se ponderó que «en los transportes públicos o privados realizados con vehículo cuyo peso supere las dos toneladas será necesaria la obtención del correspondiente título administrativo habilitante». Sobre la actividad del

nalmente singularizador, confiere legitimación para desempeñar la actividad propia del contexto objetivo al cual se refiere, pero, al mismo tiempo, cualifica a la persona subjetivamente y mantiene, persistente en ella, la correspondiente conceptualización. No cabe olvidar aquí la proximidad de significados entre *título* y *concepto* vivida en otro sector jurídico tan relevante como es la posesión⁶⁴. El título profesional es título de legitimación e, inseparablemente, expresivo de una conceptualización, de una *condición* personal.

La profesión, vale la pena reiterarlo, redundante en cualidad personal inherente. De ahí que se haya matizado la responsabilidad civil respectiva de la persona jurídica y la de sus profesionales en frecuentes decisiones jurisprudenciales, sin desconocer, por lo común, la *condición* que a estos últimos corresponde; otra cosa es que los terceros consideren de mayor conveniencia demandar a aquélla. Se mantienen así invocables, pero distintas, las responsabilidades del profesional y las de la entidad; aquéllas como fundadas en culpa o negligencia, éstas orientadas hacia una imputabilidad objetiva, de forma que el menoscabo o el daño inducen de por sí a presumir culpa⁶⁵. Mas, por otra parte, es verosímil que las conductas profesionales individuales hayan podido quedar, acaso, más o menos despersonalizadas, o diluidas en el conjunto y, en consecuencia, resulten referibles en el orden práctico a la entidad como tal. La obligación que impone el artículo 1902 CC es así exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino también, según el 1903 CC, por los de aquellas personas de quienes se debe responder, entre las cuales están quienes vienen incorporados profesionalmente al servicio de la correspondiente actividad empresarial o societaria. Pero también se aclara que la responsabilidad impuesta por este último precepto viene a configurarse no ya como subsidiaria, sino como directa⁶⁶. Criterios que, por lo demás, hallamos igualmente asumidos en la jurisprudencia comparada⁶⁷.

En consecuencia, el seguro de responsabilidad civil ha venido a ser previsión de muy razonable presencia de todos estos órdenes de actividad, especialmente al tratarse de corporaciones, agrupaciones o sociedades profesionales.

servicio de transporte y su exclusión del ámbito laboral, STC 227/1998, de 26 de noviembre; contiene consideración de actividad de resultado y no de medio.

⁶⁴ Vid. A. M. MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972, 89.

⁶⁵ SSTS, Sala 1.ª, de 22 de abril de 1997, 12 de junio de 1997 y 27 de noviembre de 1997.

⁶⁶ SSTS, 1.ª, 22 de junio de 1988, 6 de marzo de 1995, 19 de julio de 1996, 12 de mayo de 1997 y 31 de marzo de 1998.

⁶⁷ J. P. LE GALL, «Liability for Persons Under Supervision», *International Encyclopedia of Corporate Law*, XI, Torts (1983), ch 3.

XII. SOCIEDADES PROFESIONALES

En otro sentido, el *intuitus personae* inherente a la profesión viene puesto a prueba con ocasión del candente tema de las sociedades profesionales. Es aquí especialmente necesario mantener en perspectiva el contrapunto de los aspectos objetivo y subjetivo de las profesiones. La cuestión surge ya en las «sociedades de profesionales», o sea de medios e instrumentos de trabajo, pero se delata propiamente en las «sociedades profesionales», esto es, de objeto profesional ⁶⁸. El problema resultó por demás interesante en Francia al prepararse la Ley 90/1258, de 31 de diciembre, referente a las «sociedades de ejercicio liberal», con estructura de anónimas, limitadas o comanditarias por acciones. El punto clave de discusión fue la «despersonalización» de las profesiones que eventualmente pudiera seguirse. Se había preparado el clima favorable a la nueva normativa a través de la llamada «sociedad consorcial» de profesionales. Adalid del asunto había sido el ilustre abogado Lyon-Caen, quien años antes mantuvo al respecto diversas sugerencias persuasivas ⁶⁹.

El temor principal a conjurar consistió en que la atribución del carácter de profesional liberal a una sociedad pudiera venir a desdibujar la dimensión humana y personalista tradicional de las profesiones. Pero hubo de prevalecer la protección que, según se pensaba, la vía societaria traería al profesional en orden a la defensa de sus intereses, a la conceptualización respectiva de los asociados, a la ampliación de recursos y a su organización y presencia efectiva. Sector favorable a la admisión de esas sociedades hubo de ser el de los arquitectos, que por ese camino buscaban defenderse frente a los grandes grupos inmobiliarios. En el proyecto legal se articulaba la responsabilidad de forma que, a más de mantener la de cada asociado por sus propios actos profesionales, se añadía la solidaria de la sociedad. Se especificó que esas sociedades no realizarán por sí «actos propios» de una determinada profesión, sino a través de alguno de sus miembros que cuenten con la cualificación profesional necesaria al efecto. El texto resultante fue de mucho pormenor, sugerente ⁷⁰.

⁶⁸ Vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios*, I-2, pp. 238 y ss.; M. ALBALADEJO GARCÍA, «La distinción entre comunidad y sociedad», *Actualidad Civil*, 1995, pp. 97 y ss.; CAPILLA RONCERO, *Com. Edersa*, XXI-1, pp. 155 y ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, *Com. Edersa*, XX-2, pp. 32 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., cap. VIII; DELGADO GÓMEZ, *Las sociedades profesionales*, Academia Sevillana del Notariado, 1995, pp. 351 y ss.

⁶⁹ LYON-CAEN, *L'exercice en société des professions libérales en Droit français*, París, 1975.

⁷⁰ Vid. MEZQUITA DEL CACHO, *Las sociedades de profesionales*, Academia Sevillana del Notariado, VII, pp. 343 a 418.

Con relación a España se ha dicho con buen tino que la sociedad civil es el tipo natural para las sociedades de ejercicio profesional, con la posibilidad de acogerse al artículo 1670 del Código Civil a fin de adoptar una mera forma estructural mercantil. Recálcense la permisión que el 1678 CC hace respecto del ejercicio de una profesión o arte ⁷¹. Desde luego se ha de decir que la responsabilidad del profesional en modo alguno declina frente a terceros por el hecho de integrarse en una sociedad de objeto y fines profesionales. Se mantiene, sin duda, operante el *intuitus personae* respectivo en tanto efectivamente actúe un concreto profesional, siendo razonable, por otra parte, la adición de la responsabilidad de la sociedad. En nuestra jurisprudencia hallamos bastantes supuestos en donde la condición de profesional entra en ponderación y contraste frente a la estructura jurídica de una sociedad ⁷².

Interesante es el caso de una «entidad médico colegial» constituida como sociedad anónima, en la cual, según los estatutos, los accionistas habían de ser licenciados en medicina y colegiados en la propia provincia, con incompatibilidad de prestar servicios en otra organización de servicio sanitario privado. Se añadía la cautela de que, si ese extremo se conculcara por algún socio, el consejo de administración podría declarar la nulidad de los títulos de sus acciones y, tras reembolsar al desposeído, sacar a subasta los correspondientes duplicados. Suscitada la cuestión, recabaron varios accionistas, médicos, la nulidad de esa previsión estatutaria. La Audiencia admitió la «validez de la prestación accesoria de no hacer», pero declaró nulo el acuerdo societario de anular las acciones, por cuanto los estatutos no prevén las consecuencias de tal anulación, sin que se pueda privar al socio de su derecho. No se dio lugar al recurso de casación planteado ⁷³.

Las sociedades civiles o mercantiles de asistencia médica cobran de día en día más extensión y presencia en el sector de los servicios. Su estructura ha traído nitidez ejemplificadora acerca de la necesi-

⁷¹ PAZ ARES, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, II, en artículo 1678, IV.

⁷² *Vid.*, entre otras, STS, 1.ª, de 23 de enero de 1990. En STS, 1.ª, de 3 de octubre de 1995, se desestima la demanda interpuesta por agentes de la propiedad inmobiliaria que recaban la nulidad de una sociedad por cuanto su objeto social coincide con las funciones específicas de esos profesionales. Se resuelve que el «concepto funciones propias de los agentes de la propiedad inmobiliaria no equivale a exclusividad», y se sugiere «la necesidad de fijar la atención legislativa en las sociedades que responden de la realización de actividades profesionales». La STS, 1.ª, de 5 de julio de 1996, se refiere a una sociedad de ingeniería. La RDGRN de 10 de noviembre de 1993 señala que «la asignación legal de objeto exclusivo para unas sociedades especiales no va acompañada de una reserva del mismo a su favor».

⁷³ STS, 1.ª, de 16 de marzo de 1995.

ria distinción entre los *actos societarios*, u orgánicos, de la persona jurídica como tal, respecto de los *actos profesionales* de los médicos –socios o especialistas incorporados– que contribuyen a la realización del objeto social precisamente mediante su condición profesional. Son éstos unos contrastes ineludibles. El *objeto social* es propio de la persona jurídica y se implanta en la objetividad del tráfico de bienes y servicios; en cambio, el efectivo ejercicio de la profesión emana de la *condición* subjetiva, obedece a la discrecionalidad técnica y a la responsabilidad correspondientes a un hacer personal.

Expresiva de este orden de problemas resulta la hipótesis de una sociedad de responsabilidad limitada, «cuyo objeto era el propio de la actividad profesional de los arquitectos». Se resolvió que «el carácter estrictamente personal de la actividad profesional impide que ésta pueda ser atribuida a un ente abstracto creado a tal efecto en lugar de al profesional al que la ley confiere tal actuación»⁷⁴. El Colegio de Arquitectos de Madrid habrá dictado normas acerca del ejercicio profesional societario; y hay que reconocer que una cosa es que el objeto social de una sociedad se exprese por referencia a las actividades usuales de esa profesión, y otra que ello suponga asumir por parte de la entidad la condición –subjetiva– de arquitecto. De ahí que las precisiones del lenguaje hayan de ser rigurosas.

En la *sociedad profesional*, lo que en principio está en juego no es que la persona jurídica como tal vaya a actuar de arquitecto, de médico o abogado, sino que el *objeto* de la misma se determina por relación al espacio de actividades que constituyen el área de una profesión. Presupuesto para encontrar la perspectiva adecuada de la cuestión es distinguir los sentidos objetivo y subjetivo de las profesiones; y, también, reconocer que el objeto de una sociedad es noción siempre en línea institucional con la objetividad propia del tráfico, con la cual puede guardar precisa consonancia⁷⁵.

El problema en estos casos podría estar en cómo describir el objeto social de forma que no se le venga a tomar como condición subjetiva. Por eso puede ser cautela razonable indicar expresamente lo que, por otra parte, es obvio, que los «actos profesionales» los habrán de realizar los profesionales al efecto legitimados. Efectivamente hay que pugnar con la «tiranía de las palabras», *The Tyranny of Words*, decía Chase con razón. Pero las palabras han de interpelar a los respectivos ámbitos y nociones. Está en juego de esta forma un aspecto de mucho alcance para la metodología. Coordinar lo subjetivo con lo objetivo en la estructura del orden

⁷⁴ RDGRN de 23 de abril de 1993. En el mismo sentido, RDGRN de 26 de junio de 1995, respecto de la actividad de asesoramiento jurídico.

⁷⁵ Vid. Enrico ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, cap. VI.

jurídico siempre acarreó, y acarrea, matizaciones muy precisas que necesitan armonizarse; se conjugan, por lo común, en la idea de posición jurídica ⁷⁶. En efecto, la posición jurídica del profesional, caracterizada por el discernimiento técnico que le corresponde como actividad personal, no se ha de confundir y es armonizable con la posición de la sociedad profesional, la determinación de la cual está en función del tráfico objetivo de bienes y servicios. Cuestión distinta es cómo insertar la actividad de la persona física en el fin propio de la persona jurídica, susceptible de matiz y de muy variada concreción ⁷⁷; entran ahí el arrendamiento de servicios, la relación societaria como tal, así como otros cauces de creciente actualidad centrados en torno al negocio jurídico de autorización.

La entidad de la sociedad profesional, precisamente por lo concluyente de su objeto social, despliega un contexto especificado y especificante que, lejos de evocar menoscabo o contradicción con la cualidad profesional de quienes llevarán a cabo los efectivos «actos profesionales», coadyuva por lo común a incrementar su concepción, a ofrecer sugerencia de respectiva especialización de cada uno, a complementariedad de cometidos, de relaciones y garantías. Todo lo cual ha creado orientación jurídica general favorable a las sociedades profesionales como lo evidencia la Directiva 98/5/CE, de 16 de febrero, referente a la abogacía, que contempla el «ejercicio en grupo», confiriéndole expreso relieve, susceptible de plasmar en gama abierta de formas jurídicas. Al profesional solitario puede llegar a resultarle difícil mantener presencia y ejercicio en un mundo dinámico sustentado ahora en tan vastas interrelaciones funcionales de recursos y de información. De ahí que los desenvolvimientos del Derecho Comparado traigan notable expansión hacia diversas formas de sociedades profesionales, y que no se las quiera interpretar en mengua del respectivo *intuitus personae*.

XIII. HACIA LA PROFESIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Ciertamente la evolución de las cosas no tiende ya a poner en cuestión a la sociedad profesional, sino que, a la inversa, paradójicamente, son las sociedades, y en general la persona jurídica, quienes necesitan ahora alcanzar y ofrecer configuración profesional. Se

⁷⁶ Vid. D'ORS, «Aspectos objetivos y subjetivos del *ius*», *Nuevos papeles del oficio universitario*, Madrid, 1980, pp. 280 a 312.

⁷⁷ Vid. K. ENGISCH, *ob. cit.*, VII, I, 1.

hace ello sobremanera patente en la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, relativa a condiciones generales y cláusulas contractuales abusivas, e igualmente en la Ley 7/1998, de 13 de abril, que la transpone a nuestro orden jurídico, en cuyo contexto reciben condición de profesionales cuantas personas *físicas o jurídicas* actúen en el marco de actividades relacionadas o contrastables frente al mundo de los consumidores. De ese modo, el despliegue de cualquier designio empresarial, e incluso objetivos de las fundaciones o asociaciones, quedan virtualmente abarcados en esa concepción, toda vez que necesitan tener presencia en el tráfico. Se imprime así a quien asuma cualquier quehacer dinámico de actividades, fines, servicios o atenciones, la impronta de una profesionalidad.

Significativa de esa impronta es, sin duda, la generalizada implantación de específicas normas de comportamiento y buen hacer señaladas para los administradores y ejecutivos de empresas, sociedades y servicios organizados ⁷⁸. Así ocurre que la consolidación de los grupos de sociedades podría venir delatada precisamente a través de hacerse patente una profesionalidad común y unificadora ⁷⁹. Por otra parte, el riesgo de la empresa social encuentra frecuente concepción precisamente como «riesgo profesional» del correspondiente sector del tráfico ⁸⁰.

Acontece, en suma, que cualquier manifestación del «operar teleológico» actual tiende a revestirse de profesionalidad. Entre los ámbitos de las profesiones y los campos de acción de las personas jurídicas cabe así establecer crecientes concomitancias. Como trasfondo de continuidad entre aquéllos y éstos están las respectivas actividades, que, en el orden práctico, se solapan muchas veces unas a otras, lo cual ya hace tiempo pudo hacerse notar certeramente ⁸¹. Es ésa una realidad que ha encontrado explicaciones de teoría jurídica y aplicaciones cada vez más cargadas de sentido. La persona jurídica está llamada a hacer lo que no puede hacer la persona física.

El ser de la persona jurídica responde a complementariedad de acción respecto de la persona física. La personalidad moral tiene indudable realidad, siquiera sea una realidad accidental, a diferencia de la que es propia de la persona física, la cual es de orden sustancial. Algunas profesiones han requerido convertirse en sociedades. Pero las sociedades precisan más y más adoptar una

⁷⁸ M. OLIVENCIA, «Reglas de conducta de los consejeros y funcionamiento de los Consejos de Administración», conferencia en la *Academia Matritense del Notariado*, 5 de marzo de 1998.

⁷⁹ Vid. Peter UMER, «Die Gesamthandsgesellschaft ein noch immer unbekanntes Wesen?», *Archiv für die civilistische Praxis*, 1998, pp. 113 a 152.

⁸⁰ Cfr. TS, 1.ª, S de 9 de febrero de 1998.

⁸¹ ZANELLI, *ob. cit.*, cap. VII.

ejecutividad profesional. La responsabilidad cada vez más perfilada de los administradores es índice muy expresivo de la profesionalidad que ha de asumir la persona jurídica. Tal es, desde luego, el derrotero que se anuncia ya como ineludible a toda persona jurídica, de modo peculiarmente urgente a las grandes sociedades anónimas⁸².

Hace ya bastante tiempo un recordado colega, Alfonso de Cossío, publicó un sugerente trabajo acerca de la persona jurídica en donde distinguía entre personalidad hacia afuera y personalidad hacia adentro; hacía notar que, aún después de constituida, le queda pendiente obtener su autonomía interior⁸³. Y es verdad que el interrogante que acucia ahora a la persona jurídica no está propiamente en cómo nace a la vida del Derecho, sino bastante más en cómo culmina su estructura real. Después de tener una existencia jurídica formal, ha de labrarse una configuración propia, sustancialista y vertebradora. Y ahí está y urge el gran propósito de adquirir y ganar una profesionalidad conocida, urgencia en muchos aspectos paralela a lo que ocurre con la ocupación de la persona física. La profesionalidad en uno y otro caso se ha de implantar desde dentro, como identidad caracterizadora, como actitud y disposición.

Es hoy muy de considerar el loable esfuerzo de muchas fundaciones y asociaciones por consolidar líneas de acción que les traigan una fisonomía concreta y propia. Háblase así de «cultura de la entidad», de la empresa, del grupo, de la casa. Me parece que esa modeladora fisonomía interna y externa se compendia y consiste en llegar a una profesionalidad discernible que mantenga e incremente modos y estilos. La jurisprudencia⁸⁴ proclama el derecho al honor de las personas jurídicas, y ese honor no es sino honor profesional. La profesionalidad de la persona jurídica es así un gran hecho actual de la teoría general del Derecho. Los modos y estilos de la profesionalidad encarecen nivel y cautelas, conocimiento del área y del cometido, innovación y crecientes saberes; requieren atención al pormenor cotidiano y, al mismo tiempo, horizontes. Implican estar en la realidad y adelantarse a la ocasión. Exigen desvelo y servicio, coherencias, afinados sentidos de responsabilidad.

⁸² Vid. J. GIRÓN TENA, «Problemas y reformas de las grandes sociedades anónimas», *La Ley*, 17 de enero de 1989.

⁸³ Alfonso DE COSSÍO, «Hacia un nuevo concepto de persona jurídica», *ADC*, MCMLIV, pp. 623 a 654.

⁸⁴ TS, 1.ª, SS de 9 de diciembre de 1993, 2 de julio de 1996 y 11 de febrero de 1995.

