

## LOS COLEGIOS PROFESIONALES DEL SIGLO XXI

Por Miguel Herrero de Miñón

El título de mi intervención nos coloca ante un claro ejemplo de lo que un gran economista injustamente olvidado, Wihem Röpcke, llamaba *La época de la incertidumbre*. Porque, primero, instituciones señeras como los Colegios Profesionales son, vienen de un pasado un tanto imperfecto; segundo, atendiendo a la experiencia propia y comparada, nuestra Constitución les otorga una garantía institucional para asegurar su futuro; y, tercero. Sin embargo, son varias y poderosas las amenazas que se ciernen sobre ellos. Examinemos, con la mayor simplicidad y brevedad posible, cada uno de estos tres extremos.

El pasado de la institución colegial no deja de ser imperfecto. En efecto, sabido es que, como reacción al primer liberalismo, en paralelo a la restauración de la organización colegial de las profesiones, en la segunda mitad del siglo XIX, aparecieron otras asociaciones impropiedades denominadas Colegios y que, en el siglo XX, el propio modelo colegial se hipertrofia hasta su deformación, fundamentalmente por tres causas. Primero, durante la dictadura del General Primo de Rivera se crean varios Colegios que la doctrina calificó de “impropios”, por ejemplo el de funcionarios locales, a causa de las veleidades corporativistas de aquel sistema político. Después, bajo el sistema autoritario posterior a la Guerra Civil, se potencia la vía colegial a falta de otras alternativas asociativas y representativas. Por último, ya en democracia, se continúa la tendencia a la creación de Colegios e incluso el intento de hacer obligatoria la adscripción a los mismos con la finalidad de sustantivar profesiones y limitar malthusianamente el ejercicio de las mismas, defraudando así el principio de libertad consagrado en el art. 35 CE. De la colegiación de profesiones tituladas se trató de pasar a la colegiación como sucedáneo de la titulación.

Ello explica y tal es el tercer extremo atrás enunciado, que desde la defensa de la libre competencia, tanto a escala estatal (cf Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de Junio de 1992) como comunitaria (en ello

insistiré después) se haya visto como desconfianza e incluso hostilidad a los Colegios Profesionales, incluso en su versión más clásica.

La Constitución de 1978 columbró tales amenazas e hizo frente a ellas estableciendo en su artículo 36 una garantía institucional de los colegios profesionales y las profesiones tituladas. Este es el segundo de los extremos mencionados.

Dicha garantía institucional es una categoría jurídico-dogmática acuñada por la doctrina alemana tras la Primera Guerra Mundial y recibida en la española hasta ser adoptada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a partir de la Sentencia 32/1981. Según dicha Sentencia, se entiende que la garantía institucional protege “una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”. Y, así concebida, el mismo Tribunal, fundamentalmente en Sentencias 113/1994 (FJ 9) y 179/1994 (FJ 5) aplicó dicha categoría a los Colegios Profesionales tal como aparecen en el artículo 36 CE.

En efecto, según ha puesto de relieve la mas acreditada doctrina española y comparada, la garantía institucional se identifica atendiendo a la concurrencia de dos criterios: primero, su finalidad de protección reforzada y, segundo, la vinculación de la institución así protegida con un valor constitucional, criterios ambos que coinciden en el artículo 36 CE. La finalidad protectora es evidente, al destacar “las peculiaridades propias de los Colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas”. Si no fuera para tutelarlos no habría porque destacarlos y el valor constitucional que explica dicha tutela es, como después mostraré, irradiación de los derechos del consumidor reconocidos en el artículo 51 CE.

Los trabajos constituyentes, útiles a la hora de interpretar la Constitución a tenor del artículo 3 del Código Civil de aplicación a todo el ordenamiento (artículo 13 del Código Civil), avalan lo dicho. En los debates constituyentes habidos en el Senado y protagonizados, principal aunque no exclusivamente, por los Senadores Pedrol Rius y Sainz de Varanda (*Diario de Sesiones del Senado. Comisión nº 41*) quedó claro que lo que el constituyente pretendió fue garantizar la institución, entonces conocida según la Ley de 1974, no tanto para defender los intereses de los colegiados como para garantizar, en interés de los usuarios de sus servicios profesionales, un determinado nivel técnico y deontológico. Si lo primero, el interés de los colegiados, determina la

preocupación inicial del constituyente que , en los primeros borradores, coloca los Colegios junto a los sindicatos y las organizaciones empresariales y profesionales. Lo segundo, la tutela del recto ejercicio de la profesión, predominó en la definitiva formulación del art. 36.

Como resulta del concepto atrás expuesto al hilo de la doctrina del Tribunal Constitucional, la garantía institucional no protege un contenido esencial, según es propio de los derechos fundamentales (artículo 53 CE), y así lo ha dicho expresamente el Alto Tribunal (v. gr. STC 386/1993), sino que tutela una imagen social que puede ser innovada por el legislador (SSTC 42/1986 y 330/1994), pero que no puede ser vaciada hasta hacer irreconocible la institución y convertirla en un mero “nombre”. Nadie discute la competencia del legislador sobre los Colegios ex artículo 149.1.18º CE y en ello ha insistido el propio Tribunal Constitucional, pero el ejercicio de dicha competencia debe respetar la garantía establecida en el artículo 36 de la Constitución.

Es claro que la imagen social que los constituyentes tuvieron presente y que adoptaron como punto de referencia para garantizar la institución colegial fue la que resultaba de la entonces vigente Ley de 1974 y así quedó claro en los trabajos constituyentes citados. La garantía que la Constitución otorga no congela esta imagen y el legislador postconstitucional la ha modificado reiteradamente. Pero la garantía en cuestión si exige atender a los rasgos identificatorios, como tales destacados y valorados por el constituyente, así apreciados por la conciencia social y concordes con la práctica comparada que al respecto ofrece nuestro entorno. Tales rasgos eran fundamentalmente tres: Primero, la condición de Corporación de Derecho Público de los Colegios. Esto es, una entidad que, sin perjuicio de una base asociativa, es creada por el poder público para encargarse del desempeño en forma autónoma, de tareas de interés general y que constituye, al margen de la Administración, un sector específico y autónomo, la Administración Corporativa. Tal es el tenor de I STC132/1989 (FJ 6º) literalmente seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Segundo, la exclusividad territorial, perfectamente compatible con la estructura autonómica del Estado posterior a la ley de 1974, si se siguen los criterios marcados por el propio Tribunal Constitucional en Sentencia 201/2013 y por el Consejo de Estado en su reciente dictamen 1080/2014 y se potencia la función de los Consejos Generales correspondientes a cada profesión, Y, tercero, la regulación autónoma del ejercicio de las profesiones tituladas.

¿Cuáles son estas? Para precisar su concepto avancemos por pasos. Primero, ¿Qué debe entenderse por profesión? La RAE la define en su Diccionario como “empleo, facultad u oficio que cada uno tiene y ejerce públicamente”.

Una especie de las profesiones, así entendidas, son las liberales, caracterizadas por los siguientes rasgos. Primero, el profesional liberal es un individuo, no una organización, sin perjuicio de que el individuo, como instrumentos auxiliares, utilice técnicas organizativas. Así, el 80% de los abogados españoles ejercen la profesión en sus despachos individuales y otro tanto puede decirse de los médicos o de los odontólogos en sus consultas. Homologar la consulta del dentista de mi pueblo abulense, Sotillo de La Adrada con la Volkswagen, como, según veremos más adelante han pretendido tribunales y legisladores es, a simple vista, un disparate. Segundo, la profesión liberal se ejerce de forma independiente, remunerada, pero no asalariada, lo cual la diferencia de las relaciones laborales. Tercero, cada profesión liberal es una y ni la diversidad de los clientes a quienes los profesionales prestan sus servicios, ni la especialización de estos, ni la forma en que se prestan, permite fraccionar la profesión como, según señaló el Consejo de Estado, resultaba del anteproyecto de ley de servicios profesionales. El caso de los médicos es paradigmático. A pesar de la superespecialización de la medicina a partir de la ley de 20 de julio de 1955, el Tribunal Supremo en dos Sentencias de los años 1993 y 1994, ha afirmado tajantemente que la profesión titulada de médico “es una y solo una”. Cuarto, las profesiones liberales presta servicios de contenido intelectual a diferencia de las mecánicas o artesanales. Quinto, los servicios que el profesional liberal presta, cualquiera que sea su número, son singulares y no masivos como es lo característico de los actos de comercio y por ello su régimen jurídico no es mercantil sino civil y en ello ha insistido hasta hoy, la jurisprudencia y la doctrina española y comparada. Tal es la imagen típica que la sociedad tiene de las profesiones liberales, decantada a través de un proceso secular. Los médicos españoles, por poner un ejemplo, desde el juramento hipocrático que encabeza su vigente Código de Ética y Deontológica Médica tanto como sus legiones de pacientes tiene conciencia de que el acto médico no es un acto de comercio y quien acude en busca de un asesoramiento jurídico o el diseño de un edificio, lo hace en función del saber y la capacidad creativa que le supone al abogado, notario o arquitecto.

Dentro de las profesiones liberales cabe todavía distinguir una subespecie: las profesiones tituladas cuyo concepto ha perfilado el Tribunal Constitucional como “aquellas para cuyo ejercicio se requiere poseer estudios universitarios acreditados por la obtención del correspondiente título oficial” (STC 111/1993).

Hace muchos años, en un dictamen que alcanzó cierto eco, doctrinal y jurisprudencial, señalé que el concepto de profesión titulada se integra por tres elementos: la configuración social de la profesión como hecho; una titulación formal que capacita para su ejercicio; y el vínculo regulador de las condiciones y contenido de la profesión titulada en cuestión. La configuración social es fruto de su decantación en el tiempo y es de origen consuetudinario, como ha reconocido la jurisprudencia, que viene confirmando la existencia de los usos sociales y jurídicos en este campo. En cuanto al segundo elemento –la titulación- la doctrina ha buscado en los títulos académicos y profesionales a que se refiere el artículo 149.1.30ª CE, el correlato de la titulación mencionada en el artículo 36 de la misma norma fundamental e insistido sobre su diferenciación, pero lo cierto es que con relación a las profesiones liberales el título habilitante no es otro que el académico, tal como ha proclamado reiteradamente el TC (v.gr. SSTC83/1984 y 42/1986), para quien los títulos en cuestión son “títulos académicos”, entendiéndose por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia. Por último, requiere un vínculo que, a lo largo de la historia, ha podido establecerse por normas muy distintas, incluso de carácter consuetudinario, pero que, a partir de la Constitución de 1978, está sometido a reserva de ley formal. ¿Por qué?

En la respuesta a esta cuestión radica la vinculación entre Colegios Profesionales y profesiones tituladas, la razón de su común garantía institucional y las amenazas y esperanzas que el futuro les aguarda. Las profesiones tituladas se regulan por el poder público y el mismo poder crea los Colegios Profesionales por el interés público que incide en el recto ejercicio de tales profesiones mediante el instrumento de máximo rango: la ley formal. Y ello por el relieve público que tiene la calidad de los servicios que prestan, interés público de la deontología que ha de presidir su prestación, desde la honorabilidad del profesional y la diligencia de su atención a quienes recaban sus servicios hasta la proporcionalidad de los honorarios y las normas que regulan su promoción y reciproca competencia.

Pero, más todavía, las profesiones tituladas gestionan bienes públicos de la máxima importancia. Los abogados, tres veces mencionados en nuestro texto constitucional, son colaboradores de la administración de justicia según el título VII de la ley Orgánica del Poder judicial, los notarios garantizan la seguridad jurídica preventiva mediante lo que el TS ha calificado de ejercicio de una fracción de soberanía, los médicos, farmacéuticos y profesionales de la enfermería dispensan la sanidad, los arquitectos e ingenieros de diversos grados son fundamentales para la seguridad física y la preservación del medio ambiente, etc. Esto es, las profesiones tituladas y su organización colegial se enraízan en valores y bienes constitucionales y ello explica la garantía institucional que la Constitución les presta.

Y ello no colisiona con otros preceptos constitucionales, por ejemplo la libertad de asociación del art. 22 CE, porque el Colegio no se basa en la asociación de los colegiados sino que, como Corporación de derecho público su origen está en un acto del legislador; ni con la libertad de elección de profesión y oficio establecida en el art. 35 CE, porque dicha libertad de elección no puede ser limitada, pero el ejercicio de lo así elegido puede ser condicionado. El Tribunal Constitucional resolvió ambas cuestiones en tal sentido (S. 89/1989)

¿De donde proceden, entonces las amenazas? Amenazas tan reales como los *non natos*, pero *nascituri* Anteproyectos de ley de Servicios y Colegios Profesionales y nuevo Código Mercantil elaborado por la Sección 2ª de la Comisión General de Codificación. Y que proceden de lo que me atrevo a llamar “liberalismo rampante”. Es decir el liberalismo que cree en la soberanía, no ya de los consumidores, sino del “se” impersonal del mercado, considerado, y tal es el concepto que da el citado proyecto de Código Mercantil, como “ámbito en el que operan los diversos actores del tráfico”. Pero la Constitución económica española según el texto de 1978 no responde a tal modelo. Si el art. 38 consagra la economía de mercado y del contexto mediano e inmediato de tal precepto se deduce el protagonismo de los agentes económicos, también es cierto que el art. 38 debe interpretarse a la luz de la calificación de Estado Social que el art. 1,1 CE hace del Estado, calificación instrumentada en gran medida mediante los Principios Rectores establecidos en la misma Constitución y en cuyo valor normativo ha insistido la doctrina del Tribunal Constitucional. Y a un Estado Social corresponde una economía social de mercado.

Dicho modelo económico supone que el orden de la libre competencia se inserta en ordenes más amplios determinados por principios e instituciones políticos y éticos que procuran el valor superior de justicia afirmado en el art. 1,1 CE sin inhibir la libertad, antes bien haciéndola eficaz porque al margen de las instituciones son inciertas las estipulaciones y sin los valores que fundamentan la confianza, el mercado se convierte en rastro que no es precisamente el más eficaz de los sistemas económicos. Así lo subraya en nuestros días la más solvente doctrina económica al ponderar el valor de las instituciones como factores determinantes de la estabilidad y el desarrollo.

Eso es lo que da pleno sentido a la afirmación del Tribunal Constitucional en las Sentencias 18/1984 y 20/1984 según las cuales “es propio del Estado Social de Derecho la existencia de entes de carácter social no estatal que cumplen funciones de relevancia constitucional o de interés general”. Este es el caso de los Colegios que al disciplinar las profesiones tituladas, su competencia, capacidad y deontología, contribuyen a lo que, con razón, se ha llamado “la moral del mercado”. En un tiempo en el se pondera tanto, incluso excesivamente, la autorregulación, sería lógico valorar positivamente las instituciones de autorregulación profesional como son los Colegios

Sin embargo, pese a la claridad de nuestra constitución económica y de su autorizada interpretación jurisprudencial, el liberalismo rampante pretende encontrar un instrumento en la normativa de la Unión Europea sobre la libre competencia y tal fue la razón invocada por el legislador al elaborar las leyes paraguas y ómnibus a la hora de incorporar la Directiva 2006/123 con un “enfoque ambicioso”, esto es, con una “aplicación extensiva de los principios y reglas” de la misma Directiva, como señaló con reticencia el Consejo de Estado en su dictamen 779/2009. Lo mismo se ha hecho con ocasión del anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales y del proyecto de Código Mercantil que considera empresas comerciales todas las profesiones liberales 001-2-1,b.

Creo que, a este respecto proceden las siguientes tres puntualizaciones.

Primero, es evidente la tendencia internacional a liberalizar y unificar los mercados, incluidos los de servicios. Tal fue el propósito del GATT desde su fundación en 1947 y, mas concretamente desde la Ronda Uruguay que lleva al acuerdo del GATS en 1989. Esta tendencia es aun mayor en el seno de las

Comunidades, hoy Unión Europea, en su construcción de un Mercado Único en el que los servicios profesionales son otras tantas empresas, a partir de la STJ de 22 de Abril de 1991 (Höfner Macroton). Desde el Informe Monti y el proyecto Bolkstein a la Directiva de Servicios de del 2006/123tal es el tenor de la actitud comunitaria hacia los servicios profesionales y ello tiene un eco creciente en la normativa española sobre la materia y en lo que aun es más significativo sobre la doctrina jurídico-política española, la más euroentusiasta y acrítica de toda la Unión.

Segundo, tal entusiasmo no se corresponde ni a la verdadera naturaleza de la posición europea ni al derecho comparado de los restantes países de la Unión. EL sistema de fuentes de producción del ordenamiento comunitario es un tanto asistemático y ciertamente impropio de la condición de comunidad de derecho con que la Unión se auto califica. Existe, junto al derecho primario un derecho derivado cuyos actos típicos obligatorios son el reglamento, la directiva y la decisión y actos normativos atípicos introducidos por la práctica y numerosos actos típicos no obligatorios como los Dictámenes y las Recomendaciones y múltiples actos atípicos de difícil clasificación, calificables de *soft law* comunitaria que, aun sin tener fuerza vinculante, no carecen de efectos jurídicos. Pues bien, ninguna de esas normas exige la extinción o desnaturalización de los Colegios profesionales, tal como han quedado caracterizados más atrás. Otra cosa es el chau-chau de los informes y comités técnicos sin autoridad normativa alguna, fruto del hiperactivismo del funcionariado eurocrático.

Aplicando una famosa terminología filosófica, cabría distinguir entre dos formas de discursividad: el lenguaje y el charloteo, hacia el que esta avocado el famoso *soft llaw*, revelador de la volatilidad de la normativa europea en la materia. Baste señalar que la reciente nombrada Comisión ya ha anunciado la revisión de la polémica directiva de servicios del 2006, que tan decisiva pareció en su día, y ello ha llevado, según reciente declaraciones del Ministro Guindos, a la congelación del proyecto de ley sobre servicios profesionales cuyo envío urgente a las Cortes se decía inminente no hace mucho meses.

La consecuencia es que, según la información proporcionada por los servicios de la misma Unión Europea, la ofensiva anticolegial no parece haber tenido éxito en Francia, Bélgica o Alemania. En algún caso, como en Malta, la reforma ha consistido en hacer obligatoria para los abogados la inscripción en la respectiva cámara. Y la presión de la Troika amenaza la institución colegial

en Irlanda, Portugal y Grecia al hilo de la denominada “condicionalidad específica de la política económica”. ¿Hacia donde se orienta esa política? Los proyectos italianos y las reformas holandesas son ilustrativos. Con el pretexto de combatir el blanqueo y el fraude se crean instituciones estatales que asumen la supervisión y gobierno de las instituciones colegiales. Tal era el tenor del non nato proyecto español de ley sobre servicios profesionales del pasado año. La liberalización anunciada se transforma en estatificación de las profesiones. La independencia de la abogacía reiteradamente proclamada por las NNUU como principio básico y fundamental de Estado de derecho, queda así en entredicho. Aunque, en realidad, la práctica no va mucho más allá de declaraciones y proyectos, lo cual no contribuye a la seguridad jurídica proclamada en el art. 9,3 CE y que el TUE, y ello es significativo, ni siquiera menciona.

Tercero, en España, caso único en Europa, la imagen social de la institución colegial antes expuesta, es objeto de una garantía institucional establecida expresamente en la Constitución con el alcance antes dicho, Ahora bien, es sabido que, desde el caso Costa/ENEL de 1964, la jurisprudencia del TJ ha afirmado la primacía del derecho comunitario sobre el interno, incluso según la Sentencia *Handelgesellschaft* de 1970, sobre las normas de derecho constitucional. Las jurisdicciones constitucionales de los principales Estados miembros han rechazado dicha tesis aceptando la primacía sobre el derecho interno infraconstitucional, pero no sobre las normas constitucionales. Rodríguez Iglesias, sobre cuyo europeísmo no cabe dudar, y yo mismo hemos analizado el proceso a lo largo de una evolución iniciada por el Tribunal Constitucional alemán en 1974 con el caso *Solange I* y culminada por el mismo Tribunal en la Sentencia del 209 sobre el Tratado de Lisboa. El Conseil Constitutionnel francés, los Tribunales constitucionales italiano, polaco, checo húngaro y rumano, por una u otra línea argumental han seguido expresamente la misma actitud.

Ante tal resistencia, el Tratado Constitucional del 2004 intentó introducir expresamente el principio de primacía en el derecho primario de la Unión (art 1,6). Pero el intento fracasó junto con el proyecto de Constitución Europea. Se trató de nuevo de llevarlo al Tratado de Lisboa del 2006, donde solo figura en una Declaración, la nº 17, que no forma parte del propio Tratado, según resulta de su artículo 51, y que se limita a copiar un Dictamen emitido por el Servicio jurídico del Consejo. Un dictamen de un órgano técnico de apoyo que no es de los contemplados en el artículo 288 TFUE que, a tenor de dicho mismo artículo,

tampoco sería vinculante. Pretender que un instrumento semejante pudiera culminar lo que con razón se ha calificado de revolución jurídica, la constitucionalización de la primacía supraconstitucional del derecho de la Unión, incluso del derivado, carece de proporción. Por eso no es de extraña que el Tribunal Constitucional alemán, en la citada Sentencia Lisboa del 2009 (párrafo 351), haya rechazado expresamente la primacía así formulada, respecto de la cual sobran razones para que España se encuentre desvinculada. Es de lamentar que el Tribunal español, en la Decisión 1/2004, abandonase la firme posición en pro de la primacía de la Constitución adoptada en su Decisión 1/1992. A la vista del derecho comparado se muestra, una vez mas, que, como decía Clarín, es propio de los españoles estar a la moda; pero no a la última, sino a la penúltima.

En todo caso es claro que sobran razones y argumentos para oponerse a la erosión de los Colegios Profesionales, garantizados en el artículo 36 CE, como indeclinable exigencia de la Unión Europea-.