

LAS BASES ESTATALES Y LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE LOS FUNCIONARIOS (A PROPÓSITO DE LA STC 3/2013)

MARÍA JOSÉ ALONSO MAS
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: REFERENCIA ESPECIAL A LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE LOS FUNCIONARIOS.—III. LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA Y LAS BASES ESTATALES.—IV. ¿SUPERA LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EL TEST DE PROPORCIONALIDAD?: 1. *La perspectiva del TC*. 2. *La incidencia del Derecho comunitario*: A) Las prescripciones de la Directiva de servicios. B) En especial, la consagración del principio de proporcionalidad en la Carta europea de derechos fundamentales. 3. *Los instrumentos de los colegios profesionales y de las Administraciones públicas en defensa de la correcta praxis profesional*.—V. CONCLUSIÓN: DE NUEVO SOBRE LA ARTICULACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO COMUNITARIO.

RESUMEN

El TC considera contrario a las normas básicas estatales que las CC.AA. eximan de colegiación obligatoria al personal al servicio de las Administraciones públicas, ya que son las bases estatales las que determinan cuándo debe exigirse la colegiación. Sin embargo, exigir la colegiación a dicho personal posiblemente resulte contrario al principio de proporcionalidad; aunque la Directiva de servicios no resulte aplicable al mismo, es indicativa de la tendencia del Derecho comunitario.

Palabras clave: funcionarios públicos; colegios profesionales; normas básicas; Derecho comunitario.

ABSTRACT

Constitutional Court considers that autonomic Communities can't exempt to civil servants to affiliate to professional associations because it's a State function. However, it may be contrary opposite to proportionality principle to require that affiliation to civil servants. Although Bolkestein Directive doesn't regulate this, it may show the Community law trend about these questions.

Key words: civil servants; professional associations; basic State norms; Community Law.

I. INTRODUCCIÓN

La STC 3/2013 ha estimado un recurso de inconstitucionalidad formulado contra el artículo 30.2 de la Ley andaluza 15/2001, por entenderlo contrario a las bases¹. Su doctrina ha sido reiterada en SSTC 46/2013, 50/2013 y 63/2013 —ésta, sobre la Ley andaluza 10/2003, art. 4—; y en la STC 123/2013.

El precepto eximía de colegiación obligatoria a quienes exclusivamente realizaran su actividad para una Administración, como funcionario, laboral o personal estatutario de los servicios de salud². El TC entiende que el precepto es contrario a las normas básicas, ya que éstas no eximen con carácter general de la exigencia de colegiación a todos los que exclusivamente trabajen para la Administración; aunque en relación con algunas profesiones esa excepción sí está prevista en la normativa estatal. En suma, afirma que corresponde al Estado establecer cuándo es obligatoria la colegiación, y por ello le compete también determinar las excepciones; sin que la normativa básica contemple la indicada.

El precepto contenía dos incisos: uno, sobre las funciones propias del personal de las Administraciones. Tal inciso no fue recurrido, al entender

¹ No es la única norma autonómica en este sentido. Por ejemplo, el artículo 9.3 bis de la Ley canaria 10/1990, introducido por Ley 2/2002, establece la exención en relación con los profesionales titulados que presten sus servicios exclusivamente para las Administraciones canarias en el ámbito sanitario. La exención se extiende a las funciones puramente administrativas y a la realización de actividades propias de la correspondiente profesión por cuenta de la Administración; pero estos titulados precisarán la colegiación para el ejercicio privado de su profesión. La STC 123/2013 ha declarado inconstitucional el inciso «ni para la realización de actividades propias de la correspondiente profesión por cuenta de aquéllas». Curiosamente, el artículo 9.3 sólo exime de colegiación obligatoria a los funcionarios cuando el destinatario de sus servicios sea exclusivamente la Administración. El artículo 16.2 de la Ley de Castilla y León 8/1997 efectúa esta misma salvedad, con lo que no hay contradicción con la jurisprudencia constitucional; lo mismo pasa con el artículo 8 de la Ley manchega 10/1999 y con el artículo seis de la Ley murciana 6/1999. La Ley aragonesa 12/1998 modificó el artículo 22.4 de la Ley de colegios profesionales en este punto, para remitirse sin más a la legislación básica estatal. El artículo 30.2 de la Ley vasca 18/1997 exime con carácter general de la obligación de colegiarse al personal al servicio de las Administraciones públicas. El artículo 38.2 de la Ley catalana 7/2006 establece la misma exención; vid. asimismo el artículo 17 de la Ley cántabra 1/2001, modificada por Ley 3/2010, o el artículo 16 de la Ley riojana 4/1999, así como el artículo 17 de la Ley extremeña 11/2002 —declarado inconstitucional por STC 46/2013—. En Galicia, la Ley 1/2010 modificó el artículo tercero de la Ley de colegios profesionales; así que ahora sólo se exige la colegiación del personal sanitario al servicio de las Administraciones públicas, no el de otro tipo de personal. La Ley asturiana 6/2003, artículo 11, se ha declarado inconstitucional por STC 50/2013.

La STS de 17-3-2003 señala que tal exención, prevista en una norma autonómica, sólo se puede referir al personal de la propia Comunidad. Las de Granada de 8-10 y 8-11-2010 recogen este argumento.

² Sobre los colegios profesionales, entre otros, A. FANLO LORAS (1992), *El debate sobre colegios profesionales y cámaras oficiales*, Civitas, Madrid; L. CALVO ROJAS (1998), *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Unión Profesional-Civitas, Madrid; S. DEL SAZ CORDERO (1996), *Los colegios profesionales*, Colegio de Abogados de Madrid-Marcial Pons.

el abogado del Estado que podía tener amparo en el artículo 1.3 de la Ley 2/1974, que, tras aludir a las funciones de los colegios, añade que ello se entiende sin perjuicio de la competencia de la Administración por razón de la relación funcionarial. Pero el inciso declarado inconstitucional eximía de colegiación a ese personal para la realización de actividades propias de su profesión por cuenta de las Administraciones de Andalucía³.

El tema se proyecta sobre todo en el campo del personal sanitario, a muchos de cuyos colectivos se exige la colegiación aun cuando sólo trabajen para los servicios públicos de salud, ya que los directos destinatarios de su actividad son terceros ajenos a la Administración —elemento que, como veremos, es clave para el TC—. No es descartable, sin embargo, que el problema se pueda proyectar sobre otras profesiones⁴. Pensemos en un arquitecto municipal al que se encarga el proyecto para unas instalaciones deportivas de uso público. Aunque el ayuntamiento sea el directo receptor de la prestación, la ejecución del proyecto implica construir un inmueble cuyos usuarios son terceros ajenos a la Administración. Imaginemos que el proyecto tenga defectos que amenacen la seguridad de aquéllos. Desde tal perspectiva, se podría entender que se cumplen los requisitos necesarios, de acuerdo con el TC, para que una ley estatal exija la colegiación de ese profesional cuyas fun-

³ El abogado de la Junta entendía que, en realidad, los dos incisos se referían a lo mismo; si bien formulándose la excepción de forma distinta para funcionarios y personal estatutario, por una parte, y para laborales, por otra. Y como el abogado del Estado admitía la excepción para el ejercicio de las funciones propias del Cuerpo, y ello abarca asimismo aquellas cuyos destinatarios son los usuarios del servicio, el recurso, a su juicio, carecería de objeto. Pero el TC afirma que sí existe controversia, ya que el abogado del Estado hacía radicar el problema justamente en los casos en que se realizaran las funciones con destino a los terceros usuarios del servicio.

⁴ En efecto, la alusión que el TC efectúa al ejercicio libre de la profesión como simple modalidad de ejercicio profesional da pie a esta interpretación. Para la STC 3/2013, la exigencia de colegiación obligatoria no sólo se puede imponer para el ejercicio «libre» de la profesión, sino en todos los casos de «ejercicio profesional» —incluyendo cuando se desarrolle como personal de una Administración—; siempre que existan razones de interés general suficientemente enjundiosas para limitar de tal modo la libertad negativa de asociación. Es decir, el TC está dando pie a la posibilidad de reinterpretar muchos de los actuales estatutos generales —al menos hasta que se apruebe la anunciada Ley de servicios profesionales—, que sujetan a colegiación obligatoria el «ejercicio de la profesión», sin más, cuando el ejercicio de dicha profesión dentro de la Administración se proyecte sobre terceras personas. Y ello aunque la jurisprudencia contencioso-administrativa aboga desde hace tiempo por interpretar restrictivamente los casos en que resulta viable la colegiación obligatoria del personal al servicio de las Administraciones. Por supuesto, la STC 3/2013, en su literalidad, asimismo aboga por una interpretación restrictiva; pero al adoptar una perspectiva puramente competencial y no analizar la normativa estatal a la luz de los principios comunitarios, puede conducir a unas consecuencias ni siquiera pretendidas por el TC.

Realmente, puede haber casos de ejercicio «no libre» de la profesión, pero donde tampoco se trabaje para una Administración, sino para el sector privado; y aquí la colegiación obligatoria, cuando se halle justificada en atención a los bienes jurídicos afectados por el ejercicio de la profesión, será totalmente lógica.

La Sala de Málaga, en sentencia de 30-6-2009, parece indicar que antes de la Ley andaluza 15/2001 a los arquitectos funcionarios les era exigible la colegiación.

ciones se ejercen exclusivamente para la Administración. En suma, el carácter abstracto del pronunciamiento —aunque lógico, ya que se estaba resolviendo un recurso de inconstitucionalidad por motivos competenciales— podría reabrir el problema en relación con otros profesionales que exclusivamente trabajen como personal al servicio de las Administraciones, y respecto de los cuales el TS siempre ha sido proclive a no exigir su colegiación⁵.

El fallo del TC, aunque sólo examina la cuestión desde el punto de vista del reparto de competencias, no deja de chocar: aun cuando la Directiva 2006/123 no incluye a quienes trabajan exclusivamente por cuenta ajena —de la Administración, en nuestro caso—, constituye un sinsentido, desde la perspectiva de la proporcionalidad, colocar a este personal bajo el control no sólo de la Administración, sino también del correspondiente colegio. Y esto puede plantear problemas de cara al Derecho de la Unión porque, aun cuando la Directiva 2006/123 no es aplicable a quienes trabajan por cuenta ajena, la Carta europea de derechos fundamentales obliga a aplicar el test de proporcionalidad a cualquier restricción a los derechos contenidos en la misma; entre los que se encuentran el derecho al trabajo y a la libre elección de la profesión, así como la libertad de asociación.

II. LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: REFERENCIA ESPECIAL A LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE LOS FUNCIONARIOS

No es la primera vez que el TC se enfrenta al problema de la colegiación obligatoria de quienes sólo desempeñan sus tareas para una Ad-

⁵ Pueden verse F. J. MONTERO Y CASADO DE AMEZUA (1984), «La colegiación de los funcionarios públicos», *REDA*, 43, págs. 563 y ss., que comenta la STS de 26-3-1981; F. LÓPEZ RAMÓN, «Libre competencia y colegios profesionales», en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coord.) (1996), *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, págs. 278 y ss. Este autor, en todo caso, subraya que la jurisprudencia del TS se refería a profesiones técnicas, muchos de cuyos estatutos generales ya establecen la exención de colegiación de los funcionarios.

La STSJ de Andalucía de 29-11-2010 afirma, invocando las SSTS, Sala Cuarta, de 30-9-2002 y 17-3-2003, que «... es aceptable —en el referenciado marco legal— que una Comunidad Autónoma exima del requisito de la Colegiación obligatoria a los funcionarios de ella dependientes, ya que ello no ha de suponer otra cosa sino que es la propia Administración afectada la que asume las competencias que cumplen los Colegios en orden a garantizar el ejercicio de la profesión conforme a las normas y reglas correspondientes, asegurando tanto la eficacia como las eventuales responsabilidades derivadas de tal ejercicio»; son estos fines, precisamente, al tratarse de profesiones que llevan a cabo la prestación de un servicio público, los perseguidos con el requisito de la colegiación obligatoria, no el dirigido a asegurar el interés de los asociados. Y la del TSJ de Madrid de 14-5-2007 recuerda que los ingenieros de minas que trabajen exclusivamente para el Estado se hallan exentos de la obligación de colegiarse. La de 8-4-2011 del mismo TSJ dice lo mismo en relación con los delineantes.

ministración. Ya antes lo habían hecho otras sentencias, como la 69/1985, la 131/1989, la 194/1998 y la 76/2003, así como todas las que siguen la doctrina de esta última. Hay muchas más sobre la obligatoriedad de la colegiación; pero éstas inciden directamente sobre la colegiación de los funcionarios⁶.

Resulta paradigmática la STC 131/1989, relativa a un médico que exclusivamente trabajaba para un servicio público de salud. Además de otros argumentos, como la libertad negativa de asociación, el recurrente aducía que no tiene sentido que se exima de colegiación obligatoria a los abogados del Estado pero no a los médicos del sistema público de salud⁷. Pero para el TC la diferencia de trato era razonable, ya que los abogados del Estado prestan su servicio dentro y para la Administración; mientras que los médicos de los servicios públicos de salud desarrollan su actividad para los ciudadanos que acuden como pacientes⁸. Es decir, para el TC, la colegiación obligatoria de los médicos que trabajan únicamente para los servicios públicos de salud se justifica en que su trabajo se proyecta sobre terceros, que pueden verse afectados en sus bienes jurídicos esenciales por la actuación del médico; lo que enlaza con las funciones en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios que la Ley 25/2009 confiere, asimismo, a los colegios. La STC 3/2013, aunque —como he anticipado— analiza la Ley recurrida desde la perspectiva del alcance de la legislación básica, implícitamente asume, como planteamiento de fondo, el de la STC 131/1989⁹.

⁶ Hay otra más, la STC 87/1989, en relación con los colegios notariales, a que haré referencia más adelante.

⁷ Sobre la colegiación obligatoria como límite de la libertad negativa de asociación, STC 89/1989. La sentencia, en todo caso, señala que en realidad el artículo 36 CE ni ordena ni prohíbe la colegiación obligatoria.

⁸ «La obligación de colegiación en el presente caso... cumple la finalidad de garantizar así el cumplimiento de las funciones encomendadas a los Colegios Oficiales de Médicos que alcanzan a todos los Licenciados en Medicina que actúan profesionalmente como Médicos, sean de instituciones privadas o públicas, porque, en definitiva, esa circunstancia en nada altera la naturaleza de la actividad que, siempre y en todo caso, se dirige a unos mismos destinatarios. Pues si bien es cierto que aquella implica una restricción de la libertad de asociación... resulta justificada por razón de la tutela del interés general que concurre en el ejercicio de la profesión médica: Disciplina profesional, normas deontológicas, tutela de la buena fe de los terceros..., cuya protección va unida a la de valores y derechos constitucionales, como la salud, la sanidad y la vida e integridad física de los ciudadanos, que están en juego con ocasión del ejercicio de la profesión médica».

⁹ Por supuesto, no se trata de que siempre que el destinatario de la actividad del funcionario sea un tercero será exigible la colegiación, sino que con ese requisito, de acuerdo con el TC, el legislador estatal podrá exigirla.

Para F. LÓPEZ RAMÓN (1996: 260 y ss.), la STC 69/1985 había considerado incompatible la colegiación obligatoria con la condición de funcionario, pero la STC 131/1989 lo transforma en una alternativa para el legislador, aunque modulada por el principio de proporcionalidad. El autor, *op. cit.*, pág. 278, resalta que en el proyecto de 1994 se establecía la regla general de la exención de colegiación obligatoria de los funcionarios.

Para la STC 194/1998, resultaba proporcionado y no contrario a la libertad de asociación exigir la colegiación de los profesores de educación física, considerando la —desde luego remota— conexión de sus funciones con la salud¹⁰; pero dicha sentencia, asimismo, no entendió discriminatorio que la colegiación se exigiera sólo a quienes ejercieran privadamente y no a los profesores de centros públicos, como se establecía en aquel momento.

Y la STC 76/2003, primera de una larga serie, estima el amparo formulado por un funcionario de Administración local con habilitación nacional —«estatal», desde la Ley 7/2007— contra una sentencia que le había obligado al pago de cuotas colegiales. El TC afirma que la exigencia de colegiación de los habilitados era contraria a la libertad negativa de asociación. Así, afirma que es la ley la llamada, en su caso, a exigir la colegiación; si bien, lógicamente, el rango normativo no es exigible a las normas preconstitucionales, como era el caso. Pero razona, asimismo, desde la perspectiva sustantiva; así, trae a colación la STC 89/1989, para la cual la colegiación no se puede imponer en aras de los fines colegiales vinculados a los intereses comunes de los colegiados, sino sólo en atención a los fines de interés general encomendados por el legislador a los colegios —evitar el intrusismo, control de la deontología,

¹⁰ La sentencia resulta criticable —M. CARLÓN RUIZ (2010b), «El impacto de la directiva de servicios en la institución colegial a la luz del art. 36 CE», *REDC*, 90, pág. 92, la califica como «sorprendente»— atendiendo el elevado grado de imprecisión y abstracción con que formula los fines públicos que habrían requerido esa colegiación obligatoria: «una mera lectura del elenco de funciones asignadas a los Colegios Profesionales de Profesores y Licenciados de Educación Física por el art. 3 de los Estatutos evidencia que la adscripción forzosa se configura en este supuesto como un instrumento necesario para que el Colegio asuma la responsabilidad de velar sobre las actividades desarrolladas en ámbitos educativos privados o referidos al ejercicio libre de la profesión por los Profesores de Educación Física, para que aquéllas se realicen sin merma de la garantía de los derechos de los ciudadanos en cuanto destinatarios de tales actividades.

Por último, también desde la perspectiva de la actividad profesional desarrollada puede justificarse la legitimidad de la adscripción obligatoria... La propia CE contiene un mandato a los poderes públicos para que fomenten “la educación física y el deporte”... ambas actividades aparecen, por otra parte, estrechamente vinculadas con la salud... no sólo son un medio para su mantenimiento, sino que permite evitar las repercusiones negativas que sobre la misma puede tener un ejercicio no adecuado de las diversas actividades físicas y deportivas, especialmente en aquellos deportes cuyo ejercicio conlleva un riesgo muchas veces no pequeño. Sin que pueda, por otra parte, desconocerse la importancia y valoración cada vez mayor de estas actividades, a las que los poderes públicos vienen respondiendo con el establecimiento de nuevas exigencias de cualificación para los profesionales dedicados a las mismas y, de modo especial, para quienes tienen como función la de docentes de esta materia en los centros de enseñanza. Debe, además, tenerse en cuenta que los destinatarios de tales actividades son, en una buena parte de los casos, menores de edad, y ello redundando en unas mayores exigencias de preparación y responsabilidad para quienes asumen dicha docencia. Razones que en el presente caso legitiman la norma que impone dicha colegiación obligatoria para el ejercicio de la profesión». Obviamente, la protección constitucional del deporte es insuficiente para justificar la colegiación obligatoria, ni desde el punto de vista de la adecuación ni desde el punto de vista de la necesidad.

etc.—. Y, además, insisten ambas, la colegiación obligatoria deberá en cada caso superar el test de proporcionalidad, ya que comporta una restricción a un derecho fundamental¹¹. Y así, invocando la STC 194/1998, añade que la colegiación obligatoria debe buscar la tutela de los destinatarios de los servicios, lo que enlaza con la STC 131/1989.

Así, para la STC 76/2003, no está justificada la colegiación obligatoria de los funcionarios con habilitación estatal, ya que los destinatarios de sus servicios son las entidades locales en que trabajan¹². Estamos ante un colegio formado sólo por funcionarios, y no de los que ejercen privadamente funciones públicas. En suma, era desproporcionado e innecesario exigir la colegiación: basta el control de la entidad local, del Estado y de las CC.AA. sobre este personal. Las funciones de los colegios de funcionarios con habilitación estatal no poseen suficiente relevancia pública para justificar la colegiación obligatoria¹³.

Las ideas de la sentencia ya se habían avanzado en la STC 69/1985, relativa a un letrado de la Junta de Andalucía. En este caso, el problema estribaba en que el antiguo Tribunal Central de Trabajo había declarado firme una sentencia perjudicial para la Junta porque el recurso de suplicación iba firmado por su letrado, que no estaba colegiado. La sentencia afirmó que

«la relación funcional que vincula, en supuestos como el de autos, a quienes defienden como Letrados a estos entes, viene a privar de la razón de ser del sometimiento a una organización colegial justificada en los demás casos,

¹¹ «El legislador, al hacer uso de la habilitación que le confiere el art. 36 CE, deberá hacerlo de forma tal que restrinja lo menos posible y de modo justificado, tanto el derecho de asociación (art. 22) como el libre ejercicio profesional y de oficio (art. 35) y que al decidir, en cada caso concreto, la creación de un colegio profesional haya de tener en cuenta que, al afectar la existencia de éste a los derechos fundamentales mencionados, sólo será constitucionalmente lícita cuando esté justificado por la necesidad de un interés público (FJ 4, con cita de las SSTC 89/1989, de 11-5, FJ 5; 35/1993, de 8-2; y 74/1994, de 14-3)».

¹² «En este caso es el propio poder público quien procede, al menos de manera principal, a la ordenación del ejercicio de la función pública de los Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración local con habilitación de carácter nacional y a velar por el correcto desempeño de la misma, de modo ha de incardinarse en los supuestos en los que es la propia Administración... la que asume directamente la tutela de los intereses públicos concurrentes en el ejercicio de la profesión y la garantía de que éste, que constituye un servicio al común, se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio (STC 194/1998, de 1-10, FFJJ. 3 y 4)».

¹³ Esa referencia a los fines y funciones de los colegios como elemento del test de proporcionalidad ya había aparecido, asimismo, para las cámaras de comercio en STC 179/1994. Sin embargo, la STC 107/1996 afirmó que la Ley 3/1993 había concretado suficientemente esos fines de interés general para justificar la adscripción obligatoria, finalmente eliminada por Ley 13/2010. Pueden verse V. ESCUÍN PALOP (1995), «Reflexiones acerca de la eficacia de la sentencia del Tribunal Constitucional de 16-6-94, sobre las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación», *Revista General de Derecho*, 609, págs. 6507-6548; E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1996), «Las cámaras de comercio, industria y navegación ante el Derecho», *RAP*, 139, págs. 153 y ss.

con lo que, en definitiva, interpretando en tal sentido la normativa a todo ello atinente, es permisible dar en este aspecto a la defensa de las CC.AA. un tratamiento parejo a la del Estado».

Lógicamente, los servicios del letrado tenían como único destinatario a la Junta, pero no deja de ser significativo el párrafo transcrito¹⁴.

En suma, para el TC, la colegiación obligatoria de los funcionarios, como restricción de la libertad negativa de asociación, sólo será viable cuando resulte necesaria y adecuada, esto es, proporcionada; y ello se vincula por el TC al hecho de que la actividad de esos funcionarios tenga por destinatarios sólo a la Administración o, más bien, a particulares. Sólo en este caso *podrá estar* justificada dicha colegiación obligatoria, según el TC. Pero, a mi juicio, esto no significa que siempre esté justificada la colegiación obligatoria cuando los destinatarios de la actividad del funcionario sean particulares, sino que habrá que verificar además si esa obligatoriedad resulta imprescindible para los intereses generales a que se vincula. Y, más allá de ello, habrá que verificar si realmente en estos casos puede existir esa justificación.

III. LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA Y LAS BASES ESTATALES

La STC 3/2013, como he anticipado, declara inconstitucional la Ley andaluza 15/2001 en cuanto eximía con carácter general de colegiación obligatoria a los funcionarios y personal estatutario que no trabajaran, además, en el sector privado. El TC efectúa un análisis formal: afirma que la Ley andaluza era contraria a las bases, y de ahí su inconstitucionalidad.

La STC 20/1988¹⁵ había afirmado que a los colegios se aplica el artículo 149-1-18 CE, pero sólo cuando desarrollen las funciones de interés general encomendadas por el legislador. Es decir, en tanto los colegios se limiten a desarrollar tareas de interés puramente corporativo de sus miembros, no se sujetarán a las bases; pero sí cuando desarrollen fun-

¹⁴ En cualquier caso, J. GARCÍA MURCIA (1991), «Derecho de sindicación y colegios profesionales en la jurisprudencia constitucional», *REDC*, 31, pág. 189, relativiza la importancia de esta sentencia desde el momento en que ya en 1943 los abogados del Estado habían quedado exentos de colegiación obligatoria.

¹⁵ Sobre el alcance de las normas básicas sobre los colegios, G. FERNÁNDEZ FARRERES, «La distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA. El contenido posible de la ley básica estatal reguladora de las peculiaridades del régimen jurídico de los colegios profesionales», en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1996: 125 y ss.).

ciones de interés general que trascienden el interés de aquéllos¹⁶. Y la STC 330/1994 afirma en tal sentido que la determinación de los casos en que es exigible la colegiación entra dentro de la competencia estatal; notemos que esa obligatoriedad es indispensable para el correcto ejercicio de las funciones de control conferidas a los colegios¹⁷.

Partiendo de esta idea, hace ya años, FERNÁNDEZ FARRERES¹⁸, refi-

¹⁶ Para esa sentencia, los colegios se crean «para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero que también atienden a finalidades de interés público, en razón de las cuales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho público cuyo origen, organización y funciones no dependen sólo de la voluntad de los asociados, sino también, y en primer término, de las determinaciones obligatorias del propio legislador». La STC 87/1989 añade: «si bien es cierto que el carácter de Corporaciones Públicas que la Ley reconoce a los Colegios... no oscurece la naturaleza privada de sus fines y cometidos principales, también lo es que la dimensión pública de los entes colegiales les equipara a las Administraciones Públicas de carácter territorial, si bien tal equiparación quede limitada a los solos aspectos organizativos y competenciales en los que se concreta y singulariza la dimensión pública de los Colegios». Y para la STC 76/1983 corresponde al Estado «fijar los principios y reglas básicas a que han de ajustar su organización y competencias las Corporaciones de Derecho público representativas de intereses profesionales».

El tema conecta con la transitoria primera de la Ley 30/1992; tal como indica L. MARTÍN REBOLLO, «Régimen jurídico de los colegios», en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1996: 189 y ss.), la transitoria viene a decir que, hasta que su legislación específica fuera completada, la Ley 30/1992 se aplicaría a los colegios cuando ejercieran funciones públicas; esto es, en tanto actuaran como verdaderas Administraciones y sólo en esa medida. Dentro de esas funciones públicas, el autor incluye el control de las condiciones de ingreso, la organización del turno de oficio de los abogados o los turnos de las farmacias, entre otros.

¹⁷ De ahí la paradoja, como ha hecho notar M. CARLÓN RUIZ (2010a), «El impacto de la transposición de la directiva de servicios en el régimen de los colegios profesionales», *RAP*, 183, págs. 117 y ss., de que la STC 330/1994, a su vez, hubiera entendido viables los colegios de adscripción voluntaria, posibilidad hoy asumida en la Ley 25/2009—FERNÁNDEZ FARRERES (1996: 147) señala que la idea ya se había apuntado en la STC 131/1989—. Para la autora (2010b: 87 y ss.), el TC malinterpreta la jurisprudencia del TEDH ya que, a su juicio, de la jurisprudencia de éste se deduce que la obligatoriedad de la colegiación—que sería inherente a la noción de colegio—queda extramuros del derecho de asociación y, por lo tanto, ni afecta ni limita este derecho—SSTEDH *M. A. contra España*, de 1990; *Albert Le Compte*, de 1983; *Le Compte, Van Leuven y otro*, de 1981—. A su juicio, la afirmación de TC de que la colegiación obligatoria limita el derecho de asociación es lo que exige acudir al principio de proporcionalidad. Así, entiende que el problema no debería ser cuándo está justificada o no la colegiación obligatoria, sino cuándo se justifica la existencia misma de un colegio.

Es, en efecto, dudoso que los colegios de adscripción voluntaria puedan cumplir las funciones de las corporaciones de Derecho público, y es dudosamente correcto colocarles esta etiqueta. Para A. FANLO LORAS, «Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial», en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1996: 73), no está justificada la existencia de lo que llama «falsos colegios», donde no habría interés público suficiente—interés que, como indica el autor, debe plasmarse en la protección de los terceros; sin que baste, *op. cit.*, pág. 119, el control fiscal sobre los colegiados o la colaboración de la Administración—; ni tampoco desnaturalizar la institución colegial. Para este autor, *op. cit.*, págs. 74 y ss., de los debates constituyentes se desprende que se pretendía que todos los colegios fueran de adscripción obligatoria. Una crítica a la jurisprudencia constitucional sobre «la colegiación voluntaria», en págs. 85 y ss.

¹⁸ G. FERNÁNDEZ FARRERES (2002), «La dispensa de colegiación del personal sanitario de los servicios de salud», *REDA*, 116, págs. 485 y ss. Con la jurisprudencia constitucional en la mano, las conclusiones del trabajo son completamente correctas; aparte de que el estudio se circunscribe al personal sanitario. El autor (1996: 149) había afirmado que la legislación básica estatal debería prever, como excepción a la colegiación obligatoria, el caso del perso-

riéndose al personal sanitario de los servicios de salud, había avanzado que las normas autonómicas como la Ley 15/2001 eran contrarias a las bases. El autor centró su análisis en el personal sanitario de los servicios públicos de salud porque son los particulares los destinatarios de su actividad; de hecho, la STC 131/1989 había afirmado la constitucionalidad de la colegiación obligatoria de los médicos que exclusivamente trabajaran para un servicio público de salud.

El TC parte de su doctrina del *jus superveniens*, lo que le hace tomar en consideración la Ley 2/1974 en su redacción por Ley 25/2009. El artículo 3 indica que la colegiación es obligatoria cuando lo señale una ley estatal. Además, el artículo 1.3, tras indicar cuáles son los fines de los colegios, añade que todo ello se entiende sin perjuicio de la competencia de la Administración por razón de la relación funcional. En realidad, a esto último ya aludía la primitiva redacción de la Ley 2/1974, así como la resultante de la Ley 44/1978.

Podemos preguntarnos por el significado y finalidad del artículo 3 de la Ley 2/1974 cuando, tras la Ley 25/2009, proclama que la colegiación obligatoria es exigible cuando lo diga una ley estatal¹⁹. Ello es importante porque la STC 3/2013 afirma que, según esto, es competencia estatal determinar los casos de colegiación obligatoria. Que la colegiación obligatoria se deba imponer por el Estado es lógico: si éste tiene competencia básica sobre los colegios en la medida en que éstos actúen en aras de intereses generales, la primera previsión a adoptar es la relativa a la obligatoriedad de la colegiación, ya que esa obligatoriedad es presupuesto necesario para que dichas funciones públicas puedan llevarse a cabo satisfactoriamente²⁰.

nal en régimen estatutario o funcional que cuya actividad no repercuta directamente sobre terceros, siendo la Administración la destinataria de los servicios profesionales.

¹⁹ Resalta CARLÓN RUIZ (2010a: 124) que la Ley 25/2009 resulta contradictoria, ya que a continuación se alude a los colegios que sólo existan en algunas CC.AA.; y se añade que en estos casos el profesional podrá ejercer en todo el Estado. Ahora bien, lo que dice el artículo 3.3 es que «cuando una profesión se organice por colegios territoriales, bastará la incorporación a uno solo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio español. A estos efectos, cuando en una profesión sólo existan colegios profesionales en algunas CC.AA., los profesionales se registrarán por la legislación del lugar donde tengan establecido su domicilio profesional único o principal, lo que bastará para ejercer en todo el territorio español». Es decir, lo que se establece es la colegiación única. El precepto parece referirse a profesiones en que el Estado haya establecido la exigencia de colegiación pero sólo se hayan creado colegios en algunas CC.AA.; sin menoscabo de aquella exigencia.

²⁰ Como hemos visto, esto lo había anticipado la STC 330/1994, que, sin embargo, afirma la posibilidad de que haya colegios de adscripción voluntaria, lo que es un contrasentido porque así no se garantiza el correcto ejercicio de sus funciones públicas. En suma, tiene más sentido reducir el concepto de colegio profesional a los casos en que rige la adscripción obligatoria, una vez superado el test de proporcionalidad exigible para ello.

La STC 131/1989 había afirmado: «Corresponde, pues, al legislador y a la Administración... por razón de la relación funcional, determinar, con carácter general, en qué supuestos y condiciones, por tratarse de un ejercicio profesional al servicio de la propia Administración

Ahora bien, aparte de afirmar la competencia estatal y de recordar la exigencia de reserva de ley, ¿cuál es el sentido de la Ley 25/2009? El artículo 3 dice que cuando una ley estatal lo establezca será requisito indispensable para ejercer la profesión la colegiación. Lo que pretende el precepto es dejar claro que *las CC.AA. no pueden dictar normas que obliguen a colegiarse; no pueden establecer nuevos supuestos de colegiación obligatoria no previstos en la normativa estatal*. La finalidad principal del precepto es ésta; entre otras cosas, porque la Ley 25/2009 transpone la Directiva de servicios, de mercado talante liberalizador²¹.

No obstante, el TC extrae también otra consecuencia que, desde luego, es acorde con la literalidad del precepto: además, las CC.AA. tampoco pueden establecer excepciones a la obligatoriedad de la colegiación establecida por una ley estatal. Que las leyes autonómicas no puedan establecer cualquier excepción resulta claro; pero el problema, como veremos, estriba en que en nuestro caso la Ley andaluza era mucho más acorde con el principio de proporcionalidad. O, lo que es lo mismo, en aras de este principio, lo lógico sería que el contenido del precepto andaluz se recogiera de forma expresa en las normas básicas.

La modificación del artículo 3 de la Ley 2/1974 por Ley 25/2009, asimismo, ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad²². Posiblemente habría sido más lógico acumular los dos recursos: la STC 54/2002

e integrado en una organización administrativa con su inseparable carácter público, *excepcionalmente dicho requisito, con el consiguiente sometimiento a la ordenación y disciplina colegiales, no haya de exigirse*, por no ser la obligación que impone proporcionada al fin tutelado». Sin embargo, el cambio —aunque entiendo que incurre en un error conceptual— a un sistema en que la regla general es la «colegiación voluntaria», dentro de la propia normativa básica estatal, podría haber exigido un replanteamiento de la cuestión por el TC. Es decir, tras la Ley 25/2009 la excepción ya no será la innecesariedad de colegiación, sino su necesidad. Pero, en todo caso, la consideración de la colegiación obligatoria como límite a los derechos reconocidos en los artículos 22 y 36 CE siempre debería haber conducido a la misma conclusión. Lo que no tiene sentido es considerar la inexigibilidad de colegiación como la excepción.

²¹ En otro lugar he criticado que el TC, en casos de sobrevenida contradicción entre una ley autonómica y las bases estatales, declare la inconstitucionalidad de aquella —recientemente, SSTC 66/2011 y 159/2012—; en concreto, en «La prevalencia del Derecho del Estado y la inaplicación judicial de las leyes autonómicas: el caso de las cesiones de aprovechamiento en suelo urbano», *RAP*, 161, 2003, págs. 335 y ss. No obstante, en este caso la exigencia de que la colegiación se establezca por ley del Estado es algo que deriva de la jurisprudencia constitucional; de manera que ya antes de la Ley 25/2009 había que interpretar así la Ley 2/1974.

²² No es el único caso en que el TC ha actuado de esta manera. La STC 148/2012 analiza, asimismo, una Ley extremeña y la declara en parte inconstitucional por contravenir el sistema de valoración previsto en el TRLS 2/2008; aun cuando éste está siendo objeto de un recurso de inconstitucionalidad. Es verdad que la sentencia realiza un planteamiento abstracto relativo al acomodo a la competencia estatal de las normas invocadas como parámetro; pero ¿qué sentido tendría declarar la inconstitucionalidad de una ley autonómica por contradecir una ley estatal que quizá poco tiempo después sea, a su vez, declarada inconstitucional por motivos sustantivos?

señala que cuando se recurre un precepto autonómico por supuesta contradicción con las bases, lo primero que hay que hacer es examinar si el precepto estatal tiene o no realmente carácter básico; y la STC 3/2013 lo recuerda. No obstante, en este caso es claro el carácter básico de la norma estatal a la vista de la jurisprudencia del TC; de hecho, la STC 89/2013, finalmente, ha desestimado el recurso contra la Ley 25/2009. Y es que si las Administraciones corporativas —en lo que ahora importa, los colegios— ejercen funciones de interés general, encomendadas por la ley, que trascienden los meros intereses corporativos, y si además en su ejercicio ostentan incluso potestades administrativas, en tales aspectos tiene sentido que se sometan a las bases; pero el presupuesto para el correcto ejercicio de esas funciones es la colegiación obligatoria —de ahí que no tenga sentido hablar de «Administración corporativa» en los casos de adscripción voluntaria—. De hecho, el TC invoca la STC 31/2010, que afirma que el Estado posee competencia básica sobre los colegios, si bien con menor extensión e intensidad que sobre las Administraciones públicas *stricto sensu*.

Y, lógicamente, el hecho de que las CC.AA. hubieran asumido como exclusiva la competencia sobre colegios profesionales no obsta a la aplicabilidad de las normas básicas²³; aparte de que el artículo 79 LO 5/2007 efectúa, además, expresamente dicha salvedad.

Por lo demás, el TC señala que el título competencial «función pública» es incidental, ya que debe prevalecer el más específico —colegios profesionales— sobre el más genérico; y porque el título «función pública» sólo sería preferente cuando se trate de colegios únicamente integrados por funcionarios o por quienes ejercen privadamente funciones públicas²⁴. Sin embargo, por mucho que se entienda que el título

²³ Por todas, STC 31/2010, que viene a decir que la forma de asunción de las competencias por los Estatutos no puede implicar excepciones a las normas básicas. Esto sólo resulta admisible, para el TC, en casos excepcionales, amparados en la CE —como los derechos históricos de los territorios forales o incluso las «peculiaridades del hecho insular», SSTC 140/1990 y 132/2012— o en una situación preconstitucional —STC 109/1998—. Entre otros, T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2004), «¿Es el Estatuto de autonomía una norma capaz de modular el alcance de la legislación básica del Estado?», *REDC*, 72, págs. 135 y ss.; del mismo (2005), «La reforma de los Estatutos de autonomía y sus límites constitucionales: la imposibilidad de blindar las competencias autonómicas a través de una mera reforma estatutaria», *Cuadernos de Derecho Público*, 24, págs. 175 y ss.; J. M. BAÑO LEÓN (2004), «La vinculación del Estado a las normas básicas de contratación: la prohibición de derogación singular de las bases», en *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, coord. R. GÓMEZ-FERRER MORANT, Civitas, Madrid, págs. 1753 y ss.

²⁴ Puede verse STC 87/1989, que resuelve conflicto positivo de competencias contra determinados preceptos del Reglamento notarial. En ese caso, además, se involucraba la competencia estatal exclusiva sobre ordenación de registros y otros instrumentos públicos. En esta ocasión, según el TC, era dicha competencia, así como las bases del régimen estatutario de los funcionarios, el título invocable por el Estado. Indica así que, en el caso de los colegios notariales, su finalidad esencial, por excepción, es claramente pública y no corporativa. En suma, en tal supuesto las bases estatales son más amplias que en los colegios profesionales

competencial prevalente debe ser el de colegios, en este caso los problemas competenciales no se deberían haber desligado de los sustantivos: la clave estriba precisamente en las potestades que las Administraciones pueden ejercer sobre su propio personal, y que pueden hacer inútil y redundante la actuación de los colegios.

Tanto para el abogado del Estado como para el letrado de la Junta, el artículo 1.3 de la Ley 2/1974, que tras aludir a los fines de los colegios añade que ello se entiende sin perjuicio de la competencia de las Administraciones sobre su personal, estaría amparando una excepción a la colegiación obligatoria —aun cuando discrepan sobre su alcance—²⁵. Para el TC, sin embargo, esa norma básica no ampara excepción alguna a la exigibilidad de la colegiación²⁶, ni atendiendo a su literalidad ni a la configuración de los colegios donde la colegiación es obligatoria —únicos, a mi juicio, que deberían ser colegios profesionales—. En tal sentido, subraya que el artículo 1.3 alude al «ejercicio de la profesión», y no a su ejercicio «libre».

Es cierto que el artículo 1.3 de la Ley 2/1974 no contempla expresamente ninguna excepción a la colegiación obligatoria; más bien parece establecer, en su literalidad, que las potestades de los colegios se entienden sin perjuicio de las potestades de la Administración cuando el colegiado sea funcionario. No obstante, es susceptible de varias in-

ordinarios. La STS de 11-2-2011 insiste en las especificidades de los colegios de notarios y de registradores sobre otros colegios profesionales. La de 19-12-2011 insiste en que incluso en estos casos existe una vertiente privada.

En cuanto al artículo 149.1.1 CE, el TC reitera que se debe interpretar de modo restrictivo, ya que el mismo no equivale al dictado de normas básicas relativas a cualquier derecho o deber constitucional; en tanto en cuanto su única finalidad es garantizar una igualdad sustancial en su ejercicio y cumplimiento, compatible sin embargo con la diversidad de opciones normativas autonómicas. No obstante, el TC se plantea, pese a todo, si la colegiación obligatoria se puede considerar como una «condición básica» conforme al precepto. En tal sentido indica que cuando la colegiación se impone como forzosa por el legislador, la misma constituye un límite al derecho al trabajo y que afecta a su contenido primario, en cuanto que constituye una condición inexcusable para su ejercicio y se configura, asimismo, como un límite a la libertad negativa de asociación.

²⁵ Como hemos visto, si para el abogado de la Junta el precepto amparaba una excepción absoluta a la obligatoriedad de colegiación del personal de las Administraciones, para el abogado del Estado ello sucederá sólo cuando los destinatarios de su actividad no sean terceras personas.

²⁶ Esta afirmación resulta chocante, ya que la STC 131/1989 había afirmado, con mayor tino: «el art. 1-3 de la Ley 2/1974 de Colegios Profesionales y el art. 3, apartado 1, de los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial... hacen expresa salvedad “de la competencia de la Administración... por razón de la relación funcional” para el ejercicio de las profesiones, por lo que es perfectamente admisible que las exigencias establecidas con carácter general, como es el requisito de la colegiación obligatoria, cedan o no sean de aplicación en casos, como el que motiva el presente recurso de amparo, de que quienes ejerzan la profesión colegiada lo hagan únicamente como funcionarios o en el ámbito exclusivo de la Administración Pública, sin pretender ejercer privadamente la actividad profesional, con lo cual “viene a privarse de razón de ser al sometimiento a una organización colegial justificada en los demás casos” (STC 69/1985)».

interpretaciones. Así, el precepto puede querer decir —como mantiene el TC— que cuando el adscrito forzosamente al colegio sea personal de una Administración, queda sujeto a doble control, sin que el control colegial pueda menoscabar el ejercido por la Administración en que presta servicios²⁷. Pero puede haber otra interpretación: que *el personal al servicio de las Administraciones se sujeta sólo al control de su Administración; sin perjuicio de que si, además, desempeña privadamente la profesión, en tal medida quedará sujeto al control del colegio*. Es decir, que el personal al servicio de la Administración quedará sujeto a colegiación obligatoria sólo en la medida en que, además, lleve a cabo actividades privadas, pero no cuando desarrolle sus funciones para la Administración. De hecho, la STSJ de Extremadura de 17-5-2011 no planteó cuestión de inconstitucionalidad contra una norma extremeña similar a la declarada inconstitucional, al entender que era posible armonizarla con la Ley 2/1974; si bien, como hemos visto, la STC 46/2013 la ha declarado finalmente inconstitucional.

La interpretación del TC es coherente con la literalidad del artículo 1.3 de la Ley 2/1974 y con su jurisprudencia previa, y con lo que pretendió el legislador en 1974. Pero hay que preguntarse si esa interpretación es sostenible actualmente, cuando las bases establecen como regla general que la colegiación no es obligatoria. El impacto de la CE, y en concreto de la libertad negativa de asociación, ya fue resuelto en la STC 131/1989: según ésta, todo dependerá de si el funcionario, laboral o estatutario, desarrolla funciones cuya destinataria es la Administración o funciones cuyo destinatario es un tercero. Sin embargo, por una parte, no siempre estará claro cuándo el destinatario «directo» sea la Administración y cuándo un tercero —una instalación pública diseñada por el arquitecto municipal es después usada por los ciudadanos, incluso si se destina a oficinas—. Y, por otra parte, además del impacto de la CE, el contexto comunitario obliga, a mi juicio, a replantear las cosas: aunque la Directiva 2006/123 no afecta a quien trabaja por cuenta ajena, de alguna manera hay que decir que los derroteros por los que discurre el Derecho comunitario apuntan en una dirección distinta.

Es cierto que el TC justifica la existencia de ese doble control, ya que afirma que:

«La razón de atribuir a estas entidades, y no a la Administración, las funciones públicas sobre la profesión, de las que constituyen el principal exponente la deontolo-

²⁷ Por supuesto, a la vista de la jurisprudencia anterior, ese doble control sólo será posible cuando la labor del funcionario tenga por destinatarios directos a terceras personas, como sucede en la sanidad.

gía y ética profesional y, con ello, el control de las desviaciones en la práctica profesional, estriba en la pericia y experiencia de los profesionales que constituyen su base corporativa»²⁸.

Sin embargo, hay que ver si esa explicación se justifica en términos de proporcionalidad; esto es, si resulta adecuada y necesaria a su finalidad y no provoca más inconvenientes que ventajas. Y, más allá, tenemos que preguntarnos si la Ley 2/1974 está obligando a la colegiación de los funcionarios. La respuesta es negativa: esa Ley no se pronuncia sobre la cuestión. Otra cosa es que lo hagan otras normas sectoriales estatales o que se afirme que las CC.AA. no pueden legislar sobre la colegiación obligatoria del personal de las Administraciones por carecer de competencia; pero no está claro que el artículo 30.2 de la Ley andaluza 15/2001 infringiera la Ley 2/1974.

IV. ¿SUPERA LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EL TEST DE PROPORCIONALIDAD?

1. *La perspectiva del TC*

He anticipado que, desde mi punto de vista, en este caso la correlación entre normas básicas y normas de desarrollo no debía plantearse —como ha hecho el TC— desde una perspectiva puramente formal, sino que el reparto constitucional de competencias debería haberse analizado tomando, asimismo, en consideración los problemas sustantivos.

Es cierto que el TC alude a la Directiva 2006/123, al poner de relieve la adaptación a la misma que supuso la Ley 25/2009. Pero, para el TC, esta Ley básicamente ha establecido un modelo dual de colegios: colegios de adscripción voluntaria y de adscripción obligatoria. Indica que la regla general serán los colegios de adscripción voluntaria, y añade:

«El requisito de la colegiación obligatoria constituye una barrera de entrada al ejercicio de la profesión y, por tanto, debe quedar limitado a aquellos casos en que se afecta, de manera grave y directa, a materias de especial

²⁸ De hecho, la Directiva efectúa una invocación a los colegios profesionales, asociaciones profesionales y organismos similares para la adopción de códigos de conducta a nivel comunitario.

interés público, como la protección de la salud y de la integridad física o de la seguridad personal o jurídica de las personas físicas, y la colegiación demuestre ser un instrumento eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios, tal y como se deduce de la disposición transitoria cuarta de esta misma norma».

Así, para el TC, una vez justificada genéricamente la exigencia de colegiación respecto de una profesión concreta por esas razones de interés general, la colegiación podrá exigirse asimismo a los que desempeñen su actividad profesional exclusivamente para la Administración; bien entendido que esa actividad profesional deberá proyectarse sobre terceros para que dichas graves razones de interés público puedan estar en juego. Es decir, la situación es exactamente igual que antes una vez se haya justificado la colegiación obligatoria respecto de una profesión; lo que, por cierto, está llamada a realizar la futura Ley de servicios profesionales, anunciada por la Ley 25/2009²⁹. Curiosamente, sin embargo, invoca la STC 330/1994, sobre colegios de mediadores de seguros, donde se alude a la *sustitución de las facultades de control y autorización colegiales por el control efectuado por la Administración*³⁰.

²⁹ Es más, según esto, ¿en qué ha variado la situación en punto a la colegiación obligatoria —dejando aparte los avances, desde el Decreto-Ley 5/2006 y que han culminado con la Ley 25/2009, en relación con la colegiación única—? Ya antes exigía el TC una razón suficiente de interés público que justificara en cada caso esa excepción a la libertad negativa de asociación, y por ese camino había dado entrada a los colegios de adscripción voluntaria. De hecho, la STC 89/1989 había afirmado: «la calificación de una profesión como colegiada 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. La legitimidad de esta decisión dependerá que el Colegio desempeñe, efectivamente, funciones de tutela del interés de quienes son destinatarios de los servicios prestados por los profesionales que lo integran, así como de la relación que exista entre la concreta actividad profesional con determinados derechos, valores y bienes constitucionalmente garantizados; extremos que podrán ser controlados por este Tribunal».

³⁰ En sentido similar había ya apuntado la STC 386/1993. Un comentario a ésta se puede ver en N. MARTÍNEZ DE AZAGRA RIPA (1994), «La constitucionalidad de la ley de auditoría de cuentas y la nueva doctrina del TC sobre el art. 36 CE», *RAP*, 134, págs. 265 y ss. La autora resalta que la Ley 19/1988 estableció un sistema de control administrativo en sustitución del tradicional —presidido por los colegios profesionales—.

Como señala A. FANLO LORAS (1996: 68), en su origen la pujanza de los gremios y corporaciones se debió a la ausencia de un poder público fuerte; a medida que se fue consolidando el Estado moderno, estas organizaciones empezaron a tener menor encaje. Desde esta perspectiva, si el funcionario se halla sujeto a control de su Administración, no tiene sentido que además lo esté al control de un ente corporativo que, a fin de cuentas, ostenta poderes públicos en tanto sea un instrumento eficaz de colaboración con la Administración. El autor, *op. cit.*, pág. 89, afirma que no tiene sentido simultanear el control burocrático y el corporativo.

Es cierto que en los últimos tiempos están proliferando entes privados que, sin embargo, ejercen funciones de colaboración con las Administraciones muy próximas —por no decir coincidentes— con las funciones de autoridad; justamente cuando se exigen conocimientos téc-

Aparte de que sea un contrasentido hablar de «colegios de adscripción voluntaria» —que deberían ser simples asociaciones de utilidad pública—, de algún modo lo que subyace es que *cuando esas facultades de control puedan ser adecuadamente realizadas por la Administración no tiene sentido que se ejerciten por el colegio*. Los colegios nacieron precisamente para controlar aquellos aspectos a los que la Administración no llega. En la medida en que la Administración asuma el control, no tendrá sentido que el mismo sea, además, ejercido por el colegio. Es decir, se puede optar por un modelo de control colegial —si resulta necesario o incluso más oportuno— o por otro de control administrativo; pero si se opta por este último el primero deja de tener sentido.

Es verdad que la STC 3/2013 no lo ignora; y así señala, en relación con la colegiación de quienes trabajan para las Administraciones, que el control colegial se justifica en la especial pericia profesional del colegio. Lo que habrá que dilucidar es si esta explicación es suficiente o si resulta apodíctica. Pensemos que, para estos casos, la colegiación obligatoria podría ser sustituida por un informe preceptivo del colegio en los procedimientos seguidos por la Administración sobre su personal cuando lo que esté en juego sea el correcto ejercicio de la profesión desde el punto de vista técnico. Esta intervención resultaría mucho más proporcionada y revela, a mi juicio, la innecesariedad de la colegiación en estos casos.

2. *La incidencia del Derecho comunitario*

A) *Las prescripciones de la Directiva de servicios*

Es imprescindible que el Derecho interno se interprete de modo conforme con el Derecho comunitario, sin menoscabar su efecto útil —así, SSTJUE *Marleasing*, *Elog*, *Pfeiffer*, *Hendrix*—. Por tanto, la normativa estatal y autonómica sobre colegios se debe interpretar de modo que no se menoscabe el efecto útil de la Directiva 2006/123³¹. Es verdad

nicos especializados que en ocasiones se encuentran más en el sector privado. Pero, como se explica en el texto, para los casos marginales en que fuera necesario un conocimiento más especializado que el que posee la Administración para el control de los profesionales que para ella trabajan existen otras vías distintas de la colegiación obligatoria.

³¹ Sobre esta Directiva, entre otros, T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2009), «La directiva de servicios y la libertad de empresa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 7; T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (dir.) (2010), *La ordenación de las actividades de servicios: comentarios a la Ley 17/2009, de 23-2011*, Thomson-Aranzadi; A. NOGUEIRA LÓPEZ (2012), *La termita Bolkestein*, Aranzadi. Específicamente sobre su impacto en los colegios profesionales, M. CARLÓN RUIZ, (2010a: 99 y ss.); de la misma, (2010b: 73 y ss.).

que dicha Directiva excluye los servicios sanitarios de su ámbito, y que la polémica sobre la exigencia de colegiación del personal al servicio de las Administraciones se ha planteado sobre todo en relación con el personal sanitario. Además, la Directiva deja fuera de su campo a quienes prestan sus servicios por cuenta ajena, como es el caso que nos ocupa. Sin embargo, es indicativa de por dónde puede ir derivando el Derecho de la Unión en los años próximos: aunque el trabajo por cuenta ajena se halla fuera de la Directiva, el TFUE recoge el principio de libre circulación de trabajadores³². Y el principio de Derecho originario relativo a la libre prestación de servicios ha derivado en esa Directiva, que exige aplicar el test de proporcionalidad sobre las restricciones internas a ese principio. Aunque la Directiva va más allá de las exigencias de la libre circulación intercomunitaria, al exigir la supresión asimismo de las trabas que puedan afectar a la libre prestación de servicios dentro de cada Estado miembro³³, la misma es expresión de una tendencia que no puede desconocerse.

Desde esta perspectiva, puede ser útil contrastar la situación consagrada por la STC 3/2013 y las exigencias de la Directiva de servicios; no porque ésta sea de aplicación en nuestro caso, que no lo es, sino porque es expresión de una tendencia expansiva.

La Directiva 2006/123 en modo alguno excluye a priori la exigencia de colegiación para determinados servicios³⁴; y es verdad que para que se justifique la colegiación obligatoria el TC exige que se den razones graves de interés general, conectadas normalmente a la seguridad —incluyendo la «seguridad jurídica», en alusión a los abogados y procuradores— o la salud de las personas³⁵. Esto puede fácilmente conectarse

³² En la medida en que no se halle directamente implicado el ejercicio de la autoridad (STJUE *Reyners*, entre otras), es preciso aplicar también aquí el principio de libre circulación y sus consecuencias. Las recientes condenas a Francia, Alemania y a otros Estados de la Unión por exigir el requisito de la nacionalidad a los notarios son una buena prueba de ello.

³³ Pueden verse las acertadas consideraciones de CARLÓN RUIZ (2010a: 102 y ss.), que insiste en que no se trata sólo de asegurar la no discriminación por razón de la nacionalidad, sino además de suprimir las trabas de Derecho interno que obstaculicen o hagan menos interesantes las actividades. Pero resalta asimismo que ello es consecuencia de la jurisprudencia comunitaria, desde la sentencia *Säger*. No obstante, concluye que la Directiva 123/2006 va más allá, dado que el TJUE exige sólo la aplicación del principio de proporcionalidad cuando las normas nacionales indirectamente puedan vulnerar las libertades de establecimiento y libre circulación de personas y servicios, mientras que la Directiva tiene además un propósito armonizador de los Derechos internos; de modo que, de acuerdo con ésta, los regímenes internos que no se ajusten a los parámetros de la Directiva pueden por eso prohibir, obstaculizar o hacer menos interesante la actividad (2010b: 98).

³⁴ Así, CARLÓN RUIZ (2010a: 115). Para la autora (2010b: 95), la Directiva afecta intensamente a la colegiación obligatoria, dadas las reglas que establece para que los controles a priori sean legítimos.

³⁵ CARLÓN RUIZ (2010b: 105) resalta que el TC en último término apela al principio de proporcionalidad en cuanto a la justificación de la colegiación obligatoria, y que ese principio es la clave de la Directiva.

con las «razones imperiosas de interés general» a que alude la Directiva como posibles justificaciones al establecimiento de controles apriorísticos al ejercicio de actividades de servicios —art. 9—, entre los que se halla la colegiación obligatoria³⁶. Pero no sólo es preciso que estemos ante una razón imperiosa de interés general: es necesario, además, respetar la proporcionalidad. Así, la medida de control apriorístico debe ser adecuada para preservar ese interés general y, sobre todo, ser una medida necesaria para su protección. En tal sentido, la Directiva conecta la protección del interés general con la inadecuación, intempestividad o insuficiencia de los controles a posteriori. Y, en cualquier caso, el artículo 16.2 considera que la inscripción obligatoria en un colegio oficial constituye un «régimen de autorización», como acabamos de ver.

Y hay que preguntarse si en el caso del profesional que ejerce sus funciones sólo para la Administración —aunque los destinatarios finales de su actividad sean terceros— se dan esos requisitos. Presuponiendo que su profesión afecte a intereses públicos de primer orden, parece razonable que la colegiación obligatoria pueda ser instrumento adecuado en abstracto a dicha finalidad, ya que permite, por ejemplo, verificar que el profesional posee la titulación; además, la colegiación obligatoria coloca al profesional bajo el control del colegio en lo relativo a la responsabilidad disciplinaria profesional, control deontológico, etc.

Sin embargo, tenemos que plantear si se supera, además, el test de proporcionalidad en su vertiente relativa a la necesidad de la medida adoptada. ¿Es realmente necesario en estos casos acudir a la colegiación obligatoria? Esta conclusión es más que dudosa³⁷. La situación

En efecto, entre otras, la Directiva incluye, como razones imperiosas de interés general, el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, pero también la protección de la seguridad y la salud públicas.

³⁶ Así lo indica la Directiva: «El concepto de “régimen de autorización” debe abarcar, entre otros... la obligación, para poder ejercer una actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un registro, en una lista oficial o en una base de datos, de estar concertado con un organismo o de obtener un carné profesional». La STJUE *Gullung*, de 1988, había señalado la posibilidad de que los Estados miembros exigieran la colegiación para el ejercicio de la profesión de abogado a los nacionales de otro Estado miembro que desearan ejercer su derecho de establecimiento. En el caso *Gebhard*, de 1995, el TJUE, en relación con la libertad de establecimiento de los abogados, apela al principio de proporcionalidad. Se consideró, además, que se puede hablar de «establecimiento» en otro Estado miembro aun cuando no exista inscripción formal en el colegio profesional de dicho Estado.

³⁷ El voto particular a la STC 131/1989 es significativo: «la base asociativa de los Colegios... está constituida por aquellos que ejercen la profesión, en libre competencia y despacho abierto al público, en régimen de derecho privado y, por consiguiente, que la actividad de aquellos profesionales que se limitan exclusivamente a prestar sus servicios a la Administración, como funcionarios o personal estatutario, sometidos a una relación administrativa de sujeción especial, es totalmente ajena al fin de los Colegios profesionales, que es, según se deja expuesto, la ordenación y regulación del ejercicio privado de las profesiones.

Por ello, la colegiación obligatoria de dichos funcionarios o personal estatutario carece de razón de ser y no encuentra justificación como medida necesaria para que la organización colegial cumpla sus fines y ello lo evidencia la imposibilidad jurídica en que se encuentran los Co-

ahora favorecida por la STC 3/2013 implica que ante el ejercicio de una misma actividad nos encontremos ante un doble control: por una parte, el del colegio; por otra, el de la propia Administración. Pero los colegios actúan —en algunas facetas de su actividad— como Administraciones y quedan investidos de potestades administrativas precisamente en la medida en que el legislador ha querido conferirles la defensa de unos intereses generales *porque el control administrativo resulta ineficiente o inviable*. Si el control de la Administración es posible y eficiente, ningún sentido tiene el control del colegio. De hecho, la Directiva, en el artículo 10.3, prohíbe precisamente la duplicación de controles; aunque la misma viene referida a la libertad de establecimiento —que nada tiene que ver con la condición de personal al servicio de la Administración—, no deja de resultar significativa esta prohibición. Por supuesto, cabría en ciertos casos optar por el control colegial, pero lo que no tiene sentido es la duplicidad de controles. Ni tampoco tendría sentido eliminar el control administrativo en relación con el personal al servicio de las Administraciones.

En otros términos: la colegiación obligatoria constituye un control apriorístico que actúa como condición necesaria para un control posterior sobre el ejercicio de la actividad por parte del colegio profesional. Sin embargo, si este control posterior se ejerce ya por la Administración a la que se está prestando el servicio, como personal de aquélla, el control colegial ya no resulta necesario ni, por tanto, será imprescindible la colegiación obligatoria. Por ejemplo, ¿qué sentido tiene que el colegio controle la exigencia de titulación si la Administración, asimismo, debe exigir su presentación cuando contrata personal laboral o nombra un funcionario? Aún más, si el colegio ejerce la potestad disciplinaria sobre sus colegiados, también la Administración ostenta esta potestad en relación con su personal³⁸. Ya hemos visto, además, que

legios... para ejercer la mayor parte de las funciones públicas que el legislador le encomienda... —art. 5 de la Ley de Colegios...— y así ocurre, por ejemplo, con la facultad disciplinaria, que corresponde a la Administración, la adopción de medidas dirigidas a impedir la competencia desleal, de impensable aplicación a quienes no intervienen en la competencia, y la regulación y cobro de los honorarios, que es ajena a quienes no perciben honorarios».

Indica CARLÓN RUIZ (2010a: 116) que la transposición de la Directiva habría sido una buena oportunidad para repensar la institución colegial y reajustarla a sus propios términos, de manera que quedara reducida a los casos en que realmente esté justificada.

³⁸ El problema podría estribar en el distinto alcance de las sanciones, ya que las disciplinarias que puede imponer la Administración no afectan al ejercicio profesional privado, a diferencia de lo que sucede con las sanciones colegiales. Es decir, en un caso de mal ejercicio de la profesión por el funcionario que diera lugar a una sanción disciplinaria por la Administración a quien presta servicios, no quedaría impedida la posterior alta colegial y la prestación de servicios como profesional privado. Sin embargo, en algunos de estos casos puede estar justificado el recurso al Derecho penal: una inhabilitación para el ejercicio privado de una profesión a través del proceso penal es más garantista que la sanción equivalente aplicada por un colegio.

para el TC es la pericia profesional de los integrantes del colegio la que justifica el doble control. Pero aparte de que en muchas Administraciones existen profesionales más que cualificados dentro de un determinado sector, como hemos visto, hay otras alternativas —informes colegiales o, en general, llamadas al colegio como colaborador de la Administración en estos casos— a ese control apriorístico; que, hay que reiterar, la Directiva 2006/123 sólo considera viable cuando sea estrictamente necesario.

Aún más: como hemos visto, no siempre es tan claro dilucidar cuándo unos servicios prestados por el profesional al servicio de una Administración tienen como destinatarios a terceros. El caso del personal sanitario sí es bastante evidente³⁹, pero en otros puede no ser tan claro. Volvamos al ejemplo del arquitecto municipal: ¿es que el colegio podría fiscalizar si su actuación profesional ha sido correcta cuando se trata de un proyecto para un centro deportivo de titularidad municipal, pero no cuando se trata del proyecto para la futura casa consistorial? Esto no tiene sentido, tal como he comentado.

Es verdad que la Directiva 2006/123 busca garantizar el libre establecimiento y libre prestación de servicios, y que el problema planteado ante el TC concernía a los que ejercen su profesión como personal al servicio de las Administraciones —lo que viene excluido del concepto de servicio del artículo 4 de la Directiva—. Sin embargo, sobre el ejercicio de esa función el TC entiende viable, bajo ciertas condiciones, establecer un control propio del libre ejercicio de las profesiones: ¿tiene sentido que un Estado miembro someta ese tipo de actividades a doble control, de modo que uno de los controles duplicados sea el aplicable al ejercicio libre de ciertas profesiones?

³⁹ De todos modos, la STSJ de Castilla-La Mancha de 9-7-2012 lo pone en duda: *«ello no quiere decir... que implique que el destinatario inmediato de la actividad del actor es el paciente... la sentencia de instancia no incurrir en error cuando concluye que no resulta acreditado que la actividad que el actor desempeña prestando servicios para la Administración como fisioterapeuta en un Centro Base se encuentra encuadrada en los supuestos de colegiación obligatoria del artículo 8, pues la invocación de la normativa aplicable efectuada por la actora no refiere cuál es la actividad concreta que desempeña el actor, siendo que tal y como hemos referido debe de analizarse caso por caso, y además el informe... señala que en las funciones que desempeña un fisioterapeuta en el Centro Base no goza de autonomía profesional, pues los tratamientos y atención a los residentes vienen impuestos por la Administración, bajo el control, dirección y organización de la misma, sin que sea el ciudadano el que decida acudir al fisioterapeuta, sino sólo en calidad de usuario admitido por el Centro Base, tras la derivación administrativa, realizando los fisioterapeutas otras actuaciones como informes, certificados, etc., cuyos destinatarios no son los usuarios, aunque a ellos se refieren tales informes, sino la Administración... para llevar a cabo su acceso a la condición de empleado público no se exige su colegiación y que el destinatario último de su actuación, aunque indirectamente fuese el ciudadano, directamente es la Administración, pues es con quien mantiene una relación de servicios...»*. Vid. asimismo la de Aragón de 10-11-2010. En sentido contrario, la de Castilla y León de 15-2-2002 indica que la actividad de un médico en un centro público de salud tiene como directos destinatarios a los ciudadanos.

B) *En especial, la consagración del principio de proporcionalidad en la Carta europea de derechos fundamentales*

Por otra parte, el artículo 52 de la Carta europea recoge el principio de proporcionalidad: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás»⁴⁰. Y hay que recordar que el artículo 15 recoge el derecho de elección libre de la profesión y el derecho de toda persona a trabajar. No cabe duda de que la colegiación supone un límite a este derecho, al igual que un límite a la libertad negativa de asociación⁴¹. Este último principio no se halla consagrado en la Carta de forma explícita, pero es indudablemente el reverso de la libertad positiva de asociación, recogida en su artículo 12.

⁴⁰ En las conclusiones al caso *Glennie Kristensen*, el abogado general insiste en que la necesidad comporta que no haya otras medidas que, siendo igualmente eficaces, resulten menos gravosas. En esas conclusiones se plantean posibles alternativas menos gravosas pero con el mismo grado de eficacia para la finalidad pretendida en el caso concreto. Y la STJUE *Sky*, sobre la libertad de empresa, afirma que «el principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones de la Unión no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por la normativa de que se trate, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos restrictiva, y que los inconvenientes ocasionados no deben ser desmesurados con respecto a los objetivos perseguidos (sentencias de 8-7-2010, *Afton Chemical...* y de 23-10-2012, *Nelson...*)». El TJUE concluye que, en el caso, la aplicación de una medida menos restrictiva no habría resultado igualmente eficaz para la necesidad perseguida. Y en el asunto *McDonagh-Ryan Air* el TJUE añade, en relación con el principio de proporcionalidad, que «cuando se enfrentan varios derechos protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, tal valoración debe efectuarse respetando la necesaria conciliación de las exigencias relacionadas con la protección de distintos derechos fundamentales, así como el justo equilibrio entre ellos (véanse, en este sentido, las sentencias de 29-1-2008, *Promusicae...*, *Deutsches Weintor*, antes citada)». La STJUE *Volker* apreció infracción del principio de proporcionalidad, en su vertiente relativa a la necesidad desde la perspectiva de la protección de datos, en relación con ciertos actos de las instituciones comunitarias.

⁴¹ Para la STC 131/1989, siguiendo a la STC 89/1989, «la colegiación obligatoria... no constituye, pues, una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional...». Que la colegiación obligatoria no siempre lesione la libertad negativa de asociación no significa que nunca pueda implicar infracción de ese derecho. Y que constituya un obstáculo a la libre elección de la profesión es una realidad indudable. Otra cosa es que en determinados casos, en virtud del artículo 36 CE, esos límites resulten legítimos, pero no se puede ignorar que nos encontramos ante límites —o quizá más bien limitaciones— al ejercicio de esos derechos. Una cosa es, en suma, que los colegios no sean asociaciones y otra que la pertenencia obligatoria a los mismos no limite la libertad negativa de asociación.

La STC 131/1989 afirma que la colegiación obligatoria es un límite a la libertad negativa de asociación.

No sólo eso: además, el TEDH reconoce la libertad negativa de asociación —así, por ejemplo, asunto *Olafsson contra Islandia*, relativo a la exigencia de pago de una «tasa industrial» a una asociación con la pretendida finalidad de promover el desarrollo del país⁴²—, y debe recordarse que, conforme al artículo 52.3 de la Carta, en la medida en que la misma contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio, si bien esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa⁴³. El TEDH considera, es cierto, que los colegios no son asociaciones y que, por tanto, la colegiación obligatoria es legítima; pero también se ha ocupado de depurar los casos de «asociaciones forzosas», muy cercanas a los «falsos colegios» de que habla FANLO LORAS⁴⁴, donde no hay intereses públicos de suficiente relevancia en juego. En nuestro caso, aunque no podamos hablar de «falsos colegios», sí podríamos hablar de «falsos colegiados», ya que los colegios profesionales sólo tienen sentido en el ejercicio de la profesión por cuenta propia, o por cuenta ajena pero fuera de la Administración.

En suma, aunque el personal que sólo trabaja desarrollando su profesión para las Administraciones queda excluido de la Directiva de ser-

⁴² «Le critère de nécessité dans une société démocratique lui impose de déterminer si l'ingérence litigieuse répondait à un "besoin social impérieux", si elle était proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent pertinents et suffisants (voir, par exemple, Parti communiste unifié de Turquie...). La conclusion fue que no sólo las reglas internas no definían con precisión «le rôle et les responsabilités de la FII et ne l'astreignent à aucune obligation particulière, mais aussi qu'il y a un manque de transparence et de responsabilité vis-à-vis des non-membres, tels que le requérant, quant à l'affectation du produit de la taxe industrielle. Dans ces conditions, elle estime qu'il n'existe pas de garanties adéquates contre le régime litigieux accordant à la FII un statut plus favorable dans la défense des intérêts particuliers de ses membres et désavantageant le requérant et les autres non-membres par rapport aux membres. 83. ... La Cour juge que la restriction à la liberté d'association du requérant résultant de l'obligation de soutenir financièrement la FII d'une manière contraire à ses propres opinions n'est pas justifiée par des motifs suffisants et n'est pas "nécessaire" ... les autorités islandaises n'ont pas ménagé d'équilibre adéquat entre, d'une part, la liberté d'association du requérant et, d'autre part, le motif d'intérêt général que constituent la promotion et le développement de l'industrie islandaise». Indica J. BRAGA CAMAZANO (2005), «Una teoría general de los derechos fundamentales en el Convenio europeo de derechos humanos», *REDC*, 74, pág. 133, que el control del TEDH relativo a la proporcionalidad es más o menos intenso en función del derecho afectado, del grado de injerencia y de los intereses contrapuestos al derecho que se pretende limitar.

⁴³ Se produce, además, cierto efecto de simbiosis entre la jurisprudencia del TJUE relativa a derechos fundamentales y la del TEDH, como resalta X. ARZOZ SANTISTEBAN (2005), «La relevancia del Derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales», *REDC*, 74, pág. 80, así como M. DÍAZ CREGO (2005), «Los derechos fundamentales en la Unión Europea: de la Carta a la Constitución», *REDC*, 74, págs. 139 y ss., quien resalta que la STEDH *Goodwin* ya utilizó la Carta y que poco después el TJUE, en la sentencia *KB*, hizo lo propio con el Convenio y la jurisprudencia del TEDH.

⁴⁴ «Encuadre...», cit., págs. 73 y ss.

vicios, el Derecho originario impone asimismo la aplicación del test de proporcionalidad, que incluye el de necesidad, cuando se trata de limitar los derechos contenidos en la Carta⁴⁵. Es cierto que la misma restringe su campo de aplicación, en relación con los Estados miembros, a los casos en que éstos aplican el Derecho de la Unión. Sin embargo, ha hecho notar ARZOZ⁴⁶ que existe cierta tendencia a ampliar el campo de aplicación de la Carta, teniendo en cuenta la expansión de las competencias comunitarias y la dinámica de los derechos fundamentales; aparte de que existen cláusulas comunitarias, como las libertades básicas o la no discriminación por razón de la nacionalidad, que se aplican universalmente. Pero además resalta que, vía del artículo 10.2 CE, la Carta —y la jurisprudencia comunitaria que la interpreta— debe servir como guía interpretativa de los derechos fundamentales reconocidos en la CE, tanto cuando se aplica el Derecho de la Unión como en ámbitos ajenos a éste⁴⁷. Es más, para EHLERS⁴⁸, aun cuando las libertades fundamentales se han interpretado en principio como prohibiciones de discriminación más allá de las fronteras, en la medida en que la libre circulación se puede ver imposibilitada incluso por regulaciones in-

⁴⁵ Insiste en el principio de necesidad el voto particular a la STC 194/1998, para el que la sentencia no demuestra «que la importancia de la función y la deontología de la profesión exijan objetivamente la incorporación obligatoria (como no podía ser de otra manera, pues la responsabilidad disciplinaria puede ser ejercida por el Centro docente en donde el Profesor presta sus servicios), sino que para que el Colegio asuma su función deontológica es necesaria la adscripción forzosa, con lo que la doctrina sobre la necesidad se transforma sustancialmente hasta quedar completamente difuminada. En lo sucesivo, siempre que se cree un Colegio, habrá que estimar cumplida la necesidad de la limitación del derecho de asociación, ya que el Colegio “es un instrumento necesario para que asuma la responsabilidad” disciplinaria sobre todos los colegiados... No basta una invocación genérica a la “educación física y el deporte” como política de fomento de los poderes públicos..., ni que esta profesión esté vinculada con la “salud”. Antes al contrario... es necesario que para la protección de la salud (o de la infancia) sea indispensable dicha adscripción obligatoria, tal y como acontece, por ejemplo, con el colectivo médico...». En realidad, el problema no sólo era de necesidad, sino de existencia de suficiente afectación en intereses generales que, en abstracto, pudieran justificar la colegiación obligatoria.

⁴⁶ ARZOZ SANTISTEBAN (2005: 77 y ss.). El autor resalta la sentencia *Rechnungshof*, donde se afirma que la Directiva sobre protección de datos vincula asimismo fuera del campo de aplicación del Derecho comunitario, aunque literalmente de la misma se deduciría lo contrario. A. WEBER (2002), «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *REDC*, 64, págs. 88 y ss., señala que la Carta no sólo es aplicable cuando los Estados miembros ejecuten el Derecho comunitario, sino también cuando resulten afectadas las libertades básicas de los Tratados.

Sobre las cláusulas generales de la Carta, R. ALONSO GARCÍA, «Las cláusulas horizontales de la CEDF», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA (dir.) (2002), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, págs. 158 y ss.

⁴⁷ *Op. cit.*, págs. 87 y ss. y pág. 102, donde resalta que además la sentencia del TC 1/2004 así lo ha afirmado —sobre la misma, F. J. MATIA PORTILLA (2005), «Dos Constituciones y un solo control: el lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea», *REDC*, 74, págs. 341 y ss.—. De hecho, las SSTC 292/2000 y 53/2002 invocan la Carta.

⁴⁸ D. EHLERS (2006), «La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Una contribución desde la perspectiva alemana», *REDC*, 77, pág. 37.

ternas no discriminatorias, el TJUE finalmente ha derivado de dichas libertades asimismo prohibiciones de limitación.

Pensemos que cuando no se ejerciten funciones de autoridad la libre circulación puede verse afectada por medidas como la colegiación obligatoria de los funcionarios. Es significativa la STJUE *Burbaud*, de 2003, que consideró contrario a la libre circulación exigir a quien había acreditado experiencia como gestor de hospitales públicos en otro Estado miembro —donde había superado las pruebas de acceso a un empleo público equivalente— superar las pruebas de acceso a la Escuela Nacional de Salud Pública francesa, desarrollar el período de formación y superar el examen final para acceder al Cuerpo superior de gestores de hospitales públicos. Para el TJUE, aun cuando la superación de pruebas de acceso a la función pública no es en sí un obstáculo a la libre circulación ni en abstracto constituye una exigencia desproporcionada, y aun reconociendo que las pruebas de acceso a esa Escuela son esenciales para seleccionar a los más aptos, la medida en este caso se mostraba como desproporcionada, al considerarse innecesaria en las concretas circunstancias del caso, para la finalidad perseguida⁴⁹. La sentencia recuerda, además, que

⁴⁹ La sentencia, tras resaltar que la ENSP sirve para formar a quienes todavía no ostentan la precisa cualificación profesional, añade que *«al exigir a nacionales de Estados miembros ya cualificados en materia de gestión de hospitales en otro Estado miembro que se sometan a unas pruebas de acceso de este tipo, se les priva de la posibilidad de alegar sus méritos específicos en esta materia y, por tanto, se les coloca en una situación de desventaja; esta circunstancia puede disuadirles de ejercer su derecho a la libre circulación en su condición de trabajadores...»*

... El Gobierno francés sostuvo que el objetivo de las pruebas de acceso a la ENSP es seleccionar a los mejores candidatos en las condiciones lo más objetivas posibles. Si bien es cierto que dicho objetivo constituye efectivamente una razón imperiosa de interés general que puede justificar el obstáculo de que se trata, es necesario todavía... que la restricción a la libre circulación de los trabajadores que lleva aparejada dicho obstáculo no vaya más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo que se persigue (véanse, entre otras, la sentencia de 11 de julio de 2002, Gräbner...).

Pues bien, *exigir a nacionales de Estados miembros ya cualificados que se sometan a las pruebas de acceso a la ENSP, que tienen por objeto la selección de candidatos aún no cualificados, no constituye una medida necesaria para alcanzar el objetivo de seleccionar a los mejores candidatos en las condiciones lo más objetivas posibles. En efecto, dichos nacionales están obligados, de este modo, a someterse a unas pruebas de acceso que tienen la finalidad, entre otras, de permitir que se siga una formación de la que, sin embargo, deberían quedar dispensados debido a la capacitación adquirida en otro Estado miembro. De ello se deriva que, en este contexto, la obligación de superar dichas pruebas de acceso conlleva, para los citados nacionales, un efecto de retroceso en su carrera que no es necesario para alcanzar el objetivo que se persigue.*

Por otra parte, la normativa francesa establece... un régimen llamado “de turno exterior” que permite a ciertos funcionarios quedar dispensados de las pruebas de acceso a la ENSP debido, precisamente, a su experiencia en la función pública... *La existencia de este régimen demuestra que es posible organizar otras modalidades de selección de personal en la función pública, ya sea mediante una oposición, mediante un concurso de méritos o mediante otro procedimiento, menos restrictivos que las pruebas de acceso a la ENSP, con el fin de permitir que nacionales de Estados miembros... puedan alegar sus méritos específicos.*

En consecuencia... exigir la superación de las pruebas de acceso a la ENSP en un supuesto como el controvertido... va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de seleccionar

«constituye un obstáculo a la libre circulación de trabajadores cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio por parte de un nacional de un Estado miembro de la citada libertad fundamental garantizada por el Tratado (véase, en este sentido, entre otras, la sentencia de 31 de marzo de 1993, Kraus)...».

Esta sentencia es significativa porque de ella se deduce que el empleo público —cuando no comporte ejercicio de autoridad— queda vinculado no sólo a la no discriminación por razón de la nacionalidad, sino también a la libre circulación, lo que redundará en la plena aplicabilidad de la Carta europea a nuestro caso.

En realidad, el TC —esencialmente la STC 131/1989, cuya doctrina implícitamente asume la que nos ocupa— no ignora el test de proporcionalidad, en su vertiente de «necesidad»⁵⁰; pero la cuestión es si lo aplica correctamente o de forma apodíctica. Desde mi punto de vista, la incidencia del artículo 52 de la Carta exige tomar en cuenta los parámetros que el TJUE emplea para verificar si se supera o no ese test de proporcionalidad⁵¹.

a los mejores candidatos en las condiciones más objetivas posibles y, por tanto, no está justificado a la luz de lo dispuesto en el Tratado.

... Cuando un nacional de un Estado miembro está en posesión de un título, obtenido en un Estado miembro, equiparable al exigido en otro Estado miembro para acceder a un empleo en un hospital público, el Derecho comunitario se opone a que las autoridades del último Estado miembro supediten la incorporación de dicho nacional al citado empleo a la superación de un procedimiento de selección como las pruebas de acceso a la ENSP».

La STJUE *Kalliope-Schöning*, de 1998, había afirmado que «el art. 48 del Tratado CE y los apartados 1 y 4 del artículo 7 del Reglamento (CEE) n. 1612/68... relativo a la libre circulación de los trabajadores... se oponen a una cláusula de un Convenio Colectivo aplicable a la Administración... que prevé... un ascenso por antigüedad después de ocho años de actividad en un grado retributivo determinado por dicho Convenio, sin tener en cuenta los períodos de empleo, en un ámbito de actividad comparable, cubiertos anteriormente en la Administración... de otro Estado miembro».

⁵⁰ «Este juicio debe realizarse caso por caso para cada profesión, ya que debe tener en cuenta los concretos intereses generales que pueden verse afectados y la obligación del legislador de optar, entre las posibilidades que le permite el art. 36 CE, por aquella que restrinja en la menor medida, tanto el derecho de asociación, como el de libre elección profesional y de oficio. La colegiación obligatoria para el ejercicio de determinadas profesiones constituye, en definitiva, un límite que se impone al contenido primario del derecho del art. 35.1 CE por ser un requisito necesario para su ejercicio; es también, como acabamos de señalar, un límite esencial en la medida en que su exigencia supone la excepción, para quienes eligen una determinada profesión, del derecho fundamental de asociación en su vertiente negativa y, finalmente, resulta imprescindible pues no se garantizaría el ejercicio del derecho del art. 35.1 CE en condiciones de igualdad, si el resultado del juicio que necesariamente debe realizarse a la vista de los concretos intereses públicos que concurren en cada caso, en cada profesión, y la obligación de elegir la alternativa menos gravosa entre las permitidas en el art. 36 CE, fuera distinta dependiendo del lugar de establecimiento o de prestación».

⁵¹ Como hemos visto, son abundantes los pronunciamientos del TJUE sobre la exigencia de que las medidas restrictivas de derechos reconocidos en los Tratados no vayan más allá de

Es decir, aunque la perspectiva del TC es sólo competencial, ya he apuntado las paradojas que pueden darse si se declara inconstitucional una ley autonómica por ser contraria a las bases estatales sin antes haber analizado esas bases desde el punto de vista sustantivo. Esto, teniendo en cuenta los mandatos de la Carta, habría exigido analizar si la colegiación obligatoria del personal de la Administración cuyos servicios tengan por destinatarios a terceros —cuando la exijan las bases— es o no necesaria para salvaguardar los intereses generales, proyectados sobre esos terceros —su salud, su seguridad...—. En suma, habría sido preciso verificar si el Derecho interno posee mecanismos suficientes para prevenir la mala praxis profesional en estos casos —o, en último término, reaccionar ante ella— o incluso si sería posible establecer tales mecanismos, que fueran menos incisivos que la colegiación obligatoria.

Es verdad que una cosa es el plano de la Carta, que alude en abstracto al principio de proporcionalidad y —por lo que aquí importa— a su vertiente de necesidad, y otra diferente cómo plasmar en concreto este principio. Es decir, la Directiva Bolkestein concreta el principio de proporcionalidad, en su vertiente relativa a la necesidad, en el sentido de que hay que limitar los controles apriorísticos a las actividades de servicios; es decir, parte de que el control apriorístico es siempre más incisivo que el control a posteriori. Por supuesto, puede haber otros modos plausibles de entender el principio; pero, aun así, la Directiva constituye un importante referente interpretativo. Además, en nuestro caso la situación a que la STC 3/2013 da pie conduce a un *control duplicado* difícilmente compatible con las exigencias del principio

lo necesario para cumplir su objetivo: entre las más recientes —sobre la no discriminación por razón de la nacionalidad—, SSTJUE *Olympique Lyonnais* y, asimismo, *Comisión contra Países Bajos*, de 14-6-2012. En la STEDH *Sigurjonsson*, de 1993, se considera lesionada la libertad negativa de asociación recogida en el artículo 11 del Convenio por la obligación de los taxistas islandeses de pertenecer a una asociación bajo amenaza de revocación de la licencia en caso contrario, al considerarse innecesario para los fines de interés general perseguidos: «la Frami jouait un rôle au service non seulement des intérêts professionnels de ses membres, mais aussi de l'intérêt général, et que tout titulaire de licence de son ressort fût tenu d'y adhérer a dû l'aider à remplir sa mission de surveillance. La Cour n'a pourtant pas la conviction que l'obligation en cause fût nécessaire à l'exécution de ces tâches... Ensuite, l'affiliation ne représentait nullement l'unique moyen concevable de forcer les titulaires de licence à s'acquitter des devoirs et responsabilités qui pouvaient aller de pair avec les fonctions correspondantes; ainsi, l'exercice efficace de certaines de celles que prévoyait la législation en vigueur... n'exigeait pas une affiliation obligatoire». También apela al principio de necesidad en relación con el derecho de asociación, y lo estima vulnerado, la STEDH *Vogt*, de 1995. La STEDH *Barthold*, de 1985, considera infringido el principio de necesidad de la injerencia en relación con la libertad de expresión de un profesional cuyo ejercicio había tenido un indirecto efecto publicitario y que por ello había sido sancionado por el colegio. Y la STEDH *Chassagnou* indica que lo necesario no se identifica con lo meramente útil u oportuno, si bien añade que cuando la finalidad coincide con uno de los derechos del Convenio los Estados poseen cierto margen de apreciación.

de necesidad⁵². Y en la medida en que el control a priori comporta en nuestro caso una limitación a la libertad negativa de asociación, y que otro tipo de controles a posteriori no producen esa incidencia, habrá que ver con cautela ese control a priori, a fin de verificar si efectivamente el mismo resulta o no verdaderamente necesario.

En último término, aunque el TC finalmente alude a la alternativa menos gravosa, considera que debe irse caso por caso, profesión por profesión, para verificar en qué medida pueda ser necesaria la colegiación obligatoria del personal de las Administraciones. Esto significa, en primer lugar, que podrá haber casos en que los destinatarios de la prestación sean terceros y en que, sin embargo, no resulte justificada la colegiación obligatoria, aparte de la exigencia de su explícita previsión en las normas básicas. Pero, más allá de esto, creo que la sentencia se ha quedado corta: resultaba posible realizar un juicio abstracto sobre la necesidad o no de colegiación del personal al servicio de las Administraciones; y, desde luego, en sentido negativo —dejando aparte el ejercicio privado de funciones públicas, que tiene peculiaridades—. Aunque nos encontramos ante un recurso de inconstitucionalidad, y por motivos además competenciales —que no prejuzga el resultado del análisis de los casos concretos, esto es, de la necesidad o no de colegiación, dentro de

⁵² En efecto, el problema de la «colegiación obligatoria» se podría por hipótesis considerar soslayado exigiéndose que sea la Administración la que pague las cuotas colegiales —como sucede con el personal sanitario dependiente del INGESA: vid. STSJ de Madrid de 27-1-2011 y STC 7/2009—, o incluso exigiendo en estos casos la gratuidad de la colegiación. Pero esa colegiación obligatoria comporta, a la postre, el establecimiento de un doble control. Las Administraciones deben tener mecanismos eficaces para controlar la correcta actuación de su personal, incluso desde el punto de vista profesional; y creo que de hecho los tienen. La autonomía institucional de los Estados miembros tiene como límite el respeto al Derecho de la Unión; el doble control sólo será viable, desde la perspectiva de la autonomía institucional, en la medida en que resulte imprescindible. Pero, desde mi punto de vista, ante un caso de doble control la presunción debe ser contraria al respeto al principio de proporcionalidad. La STEDH *Chassagnou*, de 1999, considera infringida la libertad negativa de asociación en un caso en que se imponía, a los propietarios de fundos rurales que no alcanzaran determinada superficie, la exigencia de adscribirse a unas asociaciones de propietarios que gestionaban terrenos con destino a la caza. Para el TEDH, aparte de que no estaba justificado que sólo los pequeños propietarios se vieran sujetos a esa carga, la libertad negativa de asociación se ve afectada aunque los que no se dedican a la caza no deban pagar cuota alguna; entiende que la finalidad era legítima pero la medida resultaba desproporcionada por innecesaria. En todo caso, la STEDH *Chabauty*, de 2012, desestima la demanda de otro pequeño propietario, ya que la legislación francesa se modificó en el sentido de permitir a los pequeños propietarios no integrarse en esas asociaciones por razones éticas; de forma que si no se alegan esas razones está justificada la integración forzosa de los pequeños propietarios en la asociación de caza, teniendo en cuenta que la finalidad es permitir una gestión racional de los recursos cinegéticos y considerando que los propietarios asociados reciben por ello importantes beneficios.

Es más, a veces los controles colegiales tienen poco sentido: pensemos en el visado. Si se excluye expresamente del control del visado la corrección técnica del trabajo y aquél queda circunscrito, como sucede, a un control formal, ¿estaremos ante un control eficaz? Vid. MARTÍN REBOLLO (1996: 214).

los distintos estamentos profesionales, para quienes desarrollan sus funciones exclusivamente para las Administraciones—, el hecho de que se halle en juego un problema relativo a la interpretación correcta del Derecho de la Unión debería haber conducido a un análisis más riguroso.

3. *Los instrumentos de los colegios profesionales y de las Administraciones públicas en defensa de la correcta praxis profesional*

Ese juicio de proporcionalidad debería haberse realizado ya, a la vista de las potestades que ostentan las Administraciones sobre su personal y de las funciones de los colegios⁵³. Es preciso, pues, analizar las actuales competencias de los colegios en defensa de los intereses generales, pero además verificar de qué mecanismos disponen las Administraciones.

Por lo pronto, la Ley 25/2009 clarifica que dentro de las funciones de los colegios se halla la protección de los intereses de usuarios y consumidores. Como he anticipado, esta función genérica conecta con la afirmación de que sólo resulta viable exigir la colegiación del funcionario cuando su labor tenga por destinatarios a terceras personas, pero resulta insuficiente para justificar la colegiación obligatoria.

En el caso del profesional que trabaja en exclusiva para la Administración, habrá que ver si esa protección de los usuarios no queda suficientemente garantizada por aquélla⁵⁴. En primer lugar, los mecanismos de selección del personal al servicio de las Administraciones constituyen ya cierta garantía preventiva para los usuarios. En segundo lugar, el carácter eminentemente genérico con que la Ley 2/1974 alude a la función de defensa de los intereses de los consumidores y usuarios impide que podamos considerarla una finalidad apta para

⁵³ Sobre la situación en 1995, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «El papel de los colegios profesionales en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional», en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1996: 289 y ss.). Muchas cuestiones analizadas por el autor se mantienen en el momento actual.

⁵⁴ GARCÍA MURCIA (1991: 151 y ss.) resalta, *op. cit.*, pág. 178, que la creación y mantenimiento de los colegios sólo se justificarán «cuando la vía corporativa sea necesaria, o indudablemente más adecuada que la asociativa, para el desarrollo de las funciones que los poderes públicos pretenden delegar en los colegios». Para el autor, *op. cit.*, págs. 187 y ss., los controles sobre el profesional funcionario pueden asumirse por la Administración; así que no tiene sentido exigir la colegiación. Y añade que en este caso la Administración asume la responsabilidad de la correcta prestación del servicio, sin perjuicio de las responsabilidades del funcionario. En suma, afirma que la Administración posee mecanismos suficientes para controlar el correcto ejercicio de la profesión.

En el ejercicio privado de funciones públicas sí puede estar justificada la colegiación obligatoria, pero bien entendido que entonces los controles que la Administración ejerce sobre su personal deberán ser realizados por el colegio, sin que tenga sentido el doble control.

restringir la libertad profesional o el derecho de asociación; dejando aparte que nuestro ordenamiento contempla otros cauces para la protección de los consumidores y usuarios.

Más enjundiosa puede ser la mención que el artículo 5 efectúa a «ordenar en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial». Pero el EBEP ya contiene un código de conducta aplicable al personal al servicio de las Administraciones, que debe informar la interpretación y aplicación del régimen disciplinario, que contempla la necesidad de garantizar el respeto a los derechos de los particulares y resalta ante todo los aspectos éticos en el ejercicio de la actividad funcional⁵⁵. La jerarquía administrativa y la posibilidad de impartir órdenes e instrucciones es un sustitutivo suficientemente eficaz de la actividad ordenadora de las profesiones propia de los colegios, cuando la actividad se desarrolla para la Administración en régimen de dependencia. O pensemos que el control de las posibles «incompatibilidades profesionales» se puede efectuar por la Administración a la vista de las causas de abstención y recusación de los funcionarios⁵⁶.

⁵⁵ Además, aunque haya reglas deontológicas colegiales que tienen sentido en el ejercicio de la profesión por cuenta ajena, hay otras que sólo lo tienen si se proyectan sobre el ejercicio libre de la profesión.

En cualquier caso, los colegios profesionales pueden desempeñar un papel importante como colaboradores externos de las Administraciones públicas. Pensemos, por ejemplo, en que se convoque una plaza de médico especialista con determinado perfil profesional para un hospital terciario. En ciertos casos puede ser necesaria la superespecialización; es decir, puede que no baste simplemente un médico que disponga del título de especialista, sino que es imprescindible que domine además una determinada técnica novedosa. Si se presentara un recurso contra la convocatoria perfilada, la experiencia del colegio profesional podría aprovecharse para solicitarle un informe relativo a si está o no justificada esa perfilación de la convocatoria.

⁵⁶ La STSJCV de 16-3-2004 indica: «cuando los ingenieros añaden a su condición de miembros del Colegio Profesional la de funcionarios..., el ejercicio de sus funciones públicas y las vicisitudes de su relación funcional no entran en la órbita de interés que el Colegio... representa y deben defender, ya que los intereses que los Colegios... representan son los de los asociados en el ejercicio libre de la profesión, pero no los atinentes a los servicios prestados por aquellos a los organismos oficiales con el carácter de funcionario de los mismos, como lo corrobora el que, si bien la colegiación es obligatoria no lo sea para los que sólo ejerzan funciones y realicen trabajos correspondientes a servicios oficiales (SSTS de 12-3-1979, 21-6-1982, 30-3-1985 y 18-6-1985)». La de Granada de 6-6-2011 es similar: «carece de toda razón la colegiación de quienes trabajan exclusivamente como profesionales sanitarios en el ámbito de las Instituciones Sanitarias, porque *los fines específicos de los Colegios profesionales sobre los colegiados los desarrolla la propia Administración sobre los actores y nunca los Colegios profesionales, los cuales no pueden interferir en la relación funcional, que corresponde en este caso a la propia Administración penitenciaria. Carece pues de causa la colegiación obligatoria toda vez que las funciones específicas de los Colegios sobre los funcionarios sanitarios y sobre los pacientes que reciben la atención sanitaria las ejerce la Administración, de forma que ninguna actuación realiza el Colegio como tal sobre dichos funcionarios y enfermos de establecimientos penitenciarios*, no habiendo, por tanto, jamás exigido, ni directa ni indirectamente,

Es más, la llamada al régimen disciplinario puede resultar en algún caso problemática desde la perspectiva del *non bis in idem*, cuando sancionen el colegio y la Administración, ya que no siempre estará clara la duplicidad de bienes jurídicos⁵⁷. Y la ordenación de la actividad profesional tiene ante todo sentido cuando nos encontramos ante el ejercicio libre de la profesión, no tanto cuando ésta se ejercita dentro y por cuenta de una Administración.

Muy relacionado con lo anterior, el artículo 5 de la Ley 2/1974 alude a «cumplir y hacer cumplir a los colegiados las Leyes generales y especiales y los Estatutos profesionales y Reglamentos de Régimen Interior, así como las normas y decisiones adoptadas por los Órganos colegiales, en materia de su competencia». La función de cumplir y hacer cumplir las normas jurídicas generales es, asimismo, tarea de la Administración respecto de los funcionarios. El único problema podría estribar en las normas deontológicas aprobadas por los colegios. Sin embargo, resulta dudoso en qué medida esta competencia colegial pueda dar pie a medidas de carácter preventivo; en cuanto a otro tipo de medidas, pueden quedar adecuadamente cubiertas si dentro de los tipos disciplinarios funcionariales se incluyen elementos relativos a la buena praxis profesional.

Las medidas relativas a la competencia desleal ninguna razón de ser tienen en nuestro caso; tampoco la lucha contra el intrusismo, ya que la Administración a la que se prestan los servicios está obligada a verificar que se posee la titulación. Tampoco tiene sentido la actuación del colegio para dirimir controversias entre colegiados cuando uno de

la Administración su colegiación a los actores, por lo que no se puede presentar a la Administración como indemnización por razón del servicio el resarcimiento de unos gastos por la realización de algo que la Administración nunca ha exigido, y que tampoco consta que se haya exigido por el Colegio profesional». Vid. la de la misma Sala de 21-11-2011.

⁵⁷ Lo que no caben son afirmaciones apodícticas, como la de la STSJ de Galicia de 26-12-2001: para ésta, no hay infracción por razón del servicio del *non bis in idem* porque la sanción colegial protege las normas deontológicas, y la sanción administrativa las normas estatutarias. Esta afirmación abstracta es radicalmente insuficiente para fundamentar la dualidad de bienes jurídicos protegidos. La de Canarias de 12-6-2009, curiosamente, considera viable que el colegio sancione a un funcionario colegiado de forma voluntaria; aunque el recurrente ya había sido objeto por los mismos hechos de sanción penal por cohecho, considera viable la imposición de la sanción colegial. Más sentido tiene el ATC 141/2004, que considera viable la sanción colegial a abogado condenado penalmente por apropiación indebida: en este caso era más clara la dualidad de bienes jurídicos, ya que la apropiación indebida no es delito específico de funcionarios ni profesionales y simplemente protege la propiedad.

Se podría plantear el problema del funcionario no colegiado, objeto de sanción disciplinaria por mal ejercicio de su profesión dentro de la Administración, y que después pretendiera establecerse o prestar servicios en otro Estado de la Unión, ya que la Ley 2/1974, a consecuencia de las medidas de cooperación previstas en la Directiva 2006/123, exige a los colegios atender las solicitudes de información formuladas por otro Estado miembro. Pero estas peticiones podrían asimismo ser satisfechas por la Administración; además, en estos casos no estaríamos ante una información relativa a una «actividad de servicios» en el sentido de la Directiva.

ellos está ejerciendo como personal de la Administración, y ningún tipo de labor arbitral puede desarrollar el colegio entre el destinatario del servicio y el profesional que trabaja para la Administración —sobre todo tras la desaparición de las acciones civiles de responsabilidad contra dicho personal, clarificada con la Ley 4/1999—, ni tampoco entre la Administración y el destinatario del servicio —salvo que, cumpliendo los requisitos legales, la Administración se lo encomendara expresamente—. Las previsiones relativas a la información a otros Estados miembros vienen referidas a la prestación de servicios por cuenta propia. Y las restantes funciones de los colegios se proyectan sobre los intereses de los colegiados.

En contraste, las Administraciones disponen de instrumentos de carácter preventivo. Así, la evaluación del desempeño, artículo 20 EBEP, donde no sólo se deben considerar, a mi juicio, aspectos puramente cuantitativos, sino asimismo cualitativos, relativos a la buena calidad de la actuación del funcionario. Los índices cualitativos resultan especialmente importantes cuando la actuación del funcionario se proyecta sobre terceras personas. Pensemos que la evaluación del desempeño debe repercutir sobre la productividad, pero asimismo en la carrera vertical del funcionario, así como sobre la carrera horizontal y sobre su formación.

En cuanto al código de conducta, artículos 52 y ss. EBEP, si bien sus principios son ante todo desarrollo del artículo 103 CE, algunos conectan con la correcta praxis profesional; pensemos en el deber de actuar con diligencia o en el principio de responsabilidad. Y, sobre todo, el artículo 54.8 exige mantener actualizada su formación y cualificación.

Y en cuanto a la supuesta falta de conocimientos especializados en la Administración para hacer frente a los problemas que pueda presentar la práctica profesional, como he anticipado, la solución puede ser recurrir a solicitar informe al colegio profesional en los casos dudosos.

V. CONCLUSIÓN: DE NUEVO SOBRE LA ARTICULACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO COMUNITARIO

En suma, en nuestro caso posiblemente se deberían haber reinterpretado las bases de modo conforme con el Derecho comunitario. Una cosa es que en los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad el Derecho de la Unión no sea parámetro de constitucionalidad —STC 28/1991— y otra diferente que aquél pueda ser ignorado en estos procesos.

Como es sabido, el ATC 86/2011 cambió el criterio recogido desde la STC 64/1991 y entendió que en un recurso de amparo resulta viable

plantear una cuestión prejudicial⁵⁸. Esto tiene pleno sentido si se tiene en cuenta la relación entre los derechos susceptibles de amparo y los recogidos por el Derecho de la Unión, tanto originario como derivado. No obstante, los problemas de articulación pueden darse asimismo dentro de un proceso de inconstitucionalidad; así, en absoluto debe descartarse —al contrario— que dentro de los recursos o de las cuestiones de inconstitucionalidad se articulen cuestiones prejudiciales⁵⁹.

Es decir, cuando el problema planteado sea competencial pero pueda estar en juego la correcta interpretación y aplicación del Derecho de la Unión, lo lógico sería que el TC planteara cuestión prejudicial⁶⁰. La otra posibilidad habría sido interpretar de forma alternativa las bases; en concreto, el último inciso del artículo 1.3 de la Ley 2/1974 —en la línea apuntada por el letrado de la Junta—⁶¹, lo que ningún problema habría planteado de cara al Derecho comunitario. En suma, se debería haber analizado si las normas básicas pueden exigir, en algún caso, la colegiación del personal de las Administraciones; pero no aceptando sin más la previa jurisprudencia del TC, sino reconsiderando el asunto a la luz del Derecho de la Unión, ya que hay muchas dudas sobre si la STC 131/1989 aplicó correctamente el test de proporcionalidad⁶².

⁵⁸ Sobre este auto, L. F. MAESO SECO (2012), «Sobre el régimen jurídico de la cuestión prejudicial tras el Tratado de Lisboa y el ATC 86/2011», *Justicia Administrativa*, 55, págs. 7 y ss. De todos modos, ahí el caso era inverso: el posible menor nivel de protección del derecho a la tutela judicial efectiva en una Directiva comunitaria respecto del reconocido por el TC.

Más ampliamente, sobre las relaciones entre la jurisprudencia del TC y el Derecho comunitario, S. ORTIZ VAAMONDE (2001), «El Tribunal Constitucional ante el Derecho Comunitario», *REDC*, 61, págs. 301 y ss.; L. Díez-PICAZO GIMÉNEZ (1998), «El Derecho Comunitario en la jurisprudencia constitucional española», *REDC*, 54, esp. págs. 259 y ss.; A. SÁNCHEZ LEGIDO (1991), «Las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho interno en la jurisprudencia del TC», *REDC*, 33, págs. 175 y ss.; J. R. FERNÁNDEZ TORRES (1991), «El control del Derecho interno que infringe el Derecho comunitario y el alcance del art. 10-2 en la jurisprudencia del TC», *REDA*, 72, págs. 573 y ss.; G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS Y A. VALLE GÁLVEZ (1997), «El Derecho Comunitario y las relaciones entre el TJUE, el TEDH y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2, págs. 333 y ss.

⁵⁹ Sobre la cuestión prejudicial se puede ver A. BUENO ARMIJO Y N. MAGALDI MENAÑA (2011), «La cuestión prejudicial y otras formas de diálogo con el TJUE», *Justicia Administrativa*, 53, págs. 41 y ss. Sobre sus requisitos y el alcance del deber de planteamiento de la cuestión prejudicial pueden verse la STJUE *Melki* y la más reciente de 24-4-2012, que resuelve una planteada por nuestro Tribunal Supremo.

⁶⁰ CARLÓN RUIZ (2010b: 106) señala que los tribunales deberían dar prioridad a la cuestión prejudicial sobre la cuestión de inconstitucionalidad si se les plantean dudas en cuanto al ajuste de la colegiación obligatoria de una profesión a la CE y al Derecho comunitario —vid. STJUE *Melki*—, y apunta la posibilidad de que el TC plantee la cuestión prejudicial.

⁶¹ De hecho, el voto particular de Díaz Eimil a la STC 131/1989 señala que «la colegiación obligatoria de profesionales que actúan exclusivamente en el ámbito de la función pública no viene establecida en precepto expreso e inequívoco de la Ley de Colegios Profesionales». Aunque la reserva de ley establecida en la CE no es exigible retroactivamente (STC 11/1981), es significativo que el voto apuntara ya a que la colegiación obligatoria de los funcionarios no venía —ni viene— establecida inequívocamente en la Ley 2/1974.

⁶² Es más: el TC afirma que la norma es contraria a las bases estatales porque éstas no contemplan semejante excepción a la colegiación obligatoria. Pero, como acabamos de ver,

Lo que carece de sentido es que a consecuencia de pronunciamientos jurisprudenciales que omiten las necesarias referencias al Derecho de la Unión se coloque a España en situación de incumplimiento. Imaginemos que en un recurso contencioso-administrativo se planteara cuestión prejudicial de interpretación del artículo 52 de la Carta, que puede llevar a resultados diferentes de los consagrados en la STC 131/1989 e implícitamente asumidos en la STC 3/2013⁶³. Además, la Carta debe servir de guía interpretativa de los derechos fundamentales, artículo 10.2 CE; y eso incluye la Carta y la jurisprudencia que la interpreta. Es decir, aunque se entendiera que en nuestro caso la Carta no es directamente aplicable como exigencia comunitaria —considero que sí lo es cuando se trate de empleos públicos que no impliquen ejercicio de autoridad, a la vista de la STJUE *Burbaud*—, sí lo será como criterio de interpretación de obligatoria observancia, conforme al mandato del artículo 10.2 CE.

En cualquier caso, la necesaria articulación entre Derecho interno y comunitario posiblemente exija replantear el alcance y límites de los distintos procesos constitucionales. Y en cuanto a la colegiación obligatoria de los funcionarios, la situación creada hace imprescindible la pronta aprobación de la Ley de servicios profesionales, que definitivamente clarifique la cuestión también en relación con la colegiación obligatoria de quienes trabajan exclusivamente para las Administraciones⁶⁴.

las bases estatales son susceptibles de otra interpretación; además de que la «excepción» de la Ley andaluza no es tal, sino una «excepción a la excepción», tras la Ley 25/2009. Pueden verse la STSJ de Madrid de 8-4-2011 y las del TSJ de Extremadura de 17 y 26-5-2011.

⁶³ Por otra parte, en nuestro caso no hay conflicto entre el Derecho comunitario y los derechos fundamentales reconocidos en la CE, sino que el problema estriba en la posible contradicción entre el Derecho comunitario y ciertas limitaciones a los derechos fundamentales consagradas por la jurisprudencia constitucional.

⁶⁴ En el borrador, no obstante, se mantiene la exigencia de colegiación para los profesionales sanitarios que mantengan contacto directo con el usuario; así, en relación con las profesiones de médico, farmacéutico, dentista, veterinario, enfermero, fisioterapeuta, podólogo y óptico-optometrista. Significativamente, se trata de las profesiones sanitarias que se hallan fuera del campo de la Directiva de servicios.