

EL IMPACTO DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN EL RÉGIMEN DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES¹

MATILDE CARLÓN RUIZ

Letrada del Tribunal Constitucional
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN.—II. LA DIRECTIVA DE SERVICIOS COMO CONDICIONANTE DE LOS RÉGIMENES NACIONALES DE COLEGIOS PROFESIONALES: 1. *La materialización de las libertades de establecimiento y prestación de servicios como objetivo de una Directiva polémica.* 2. *La consideración de las actividades profesionales colegiadas como «servicios» en el seno de la Directiva: la aplicación prioritaria de la Directiva 2005/36/CE.* 3. *Contenido de la Directiva: las peculiaridades del proceso para su transposición.*—III. LOS COLEGIOS PROFESIONALES COMO SUJETO Y COMO OBJETO DE LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA: 1. *La transposición de la Directiva de Servicios como oportunidad perdida para repensar la institución colegial: el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia de septiembre de 2008 como inevitable referente:* A) Referentes y alcance de la reforma operada por la Ley 25/2009 en la LCP. B) La definitiva ruptura de la ecuación Colegio Profesional-colegiación obligatoria: alcance y consecuencias. La cuestión competencial. C) Novedades en el contenido y circunstancias de la colegiación. 2. *Novedades en las funciones colegiales a la luz de la norma comunitaria: luces y sombras:* A) La drástica reordenación del visado colegial. B) La discutible prohibición de las recomendaciones sobre honorarios. C) La limitada atención a los códigos deontológicos en relación con las comunicaciones comerciales. 3. *Nuevas obligaciones de gestión colegial: ventanilla única, servicio de atención y memoria anual.*—BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN

El régimen de los Colegios Profesionales, sujeto y objeto de la Directiva de Servicios, ha experimentado importantes reformas *con ocasión del* proceso de su transposición. Algunas afectan a cuestiones nucleares respecto de la naturaleza de estos entes, como la consagración definitivamente de la posible existencia de Colegios de adscripción voluntaria. Otras se refieren a cuestiones relacionadas con el ejercicio profesional, como la relativa al visado colegial o al régimen de las recomendaciones sobre honorarios o las comunicaciones comerciales. A todas ellas se refiere el presente estudio.

Palabras clave: Directiva de Servicios; libertades de establecimiento y prestación; Colegios Profesionales; profesiones reguladas.

ABSTRACT

Professional bodies, either subject or object within Services Directive, has experienced important reforms in its legal regime in the context of the process for its transposition. Some of these reforms affect key issues regarding the very nature of these entities, i.e. that which finally confirms the existence of professional bodies where registering is voluntary. Others are related to the exercise of a profession, such as that concerning the endorsement of professional studies or the regime of advice for prices of the professional

¹ La elaboración del presente estudio se enmarca en el Proyecto de Investigación «Directiva de Servicios y ordenación de actividades económicas» (Ref. DER2009-14273-C02-02).

services or commercial communications. This study is devoted to analyse all these reforms.

Key words: Services Directive; freedom of establishment and free movement of services; Professional Bodies; regulated professions.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La institución colegial, de larga tradición en nuestro ordenamiento y cualificada por su constitucionalización —aun con los drásticos matices impuestos por la jurisprudencia constitucional—, ha experimentado un proceso sostenido de desnaturalización cuyo capítulo más reciente ha venido auspiciado por la aprobación de la bien conocida Directiva de Servicios. *Con ocasión de* la transposición de esta norma comunitaria, más que como obligada consecuencia de la misma, se ha dado un golpe definitivo a la ecuación Colegio Profesional-colegiación obligatoria, a la vez que se han introducido algunas otras novedades, de menor calado, en la regulación de los Colegios Profesionales. A todas estas cuestiones dedicaremos algunas reflexiones en las páginas que siguen.

II. LA DIRECTIVA DE SERVICIOS COMO CONDICIONANTE DE LOS REGÍMENES NACIONALES DE COLEGIOS PROFESIONALES

1. *La materialización de las libertades de establecimiento y prestación de servicios como objetivo de una Directiva polémica*

La aprobación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, *relativa a los Servicios en el Mercado Interior*², ha venido precedida de una fuerte polémica que se proyecta sobre el proceso mismo de su transposición. Durante sus más de tres años de elaboración fue muy contestada en su finalidad y objetivos, identificados con una fuerte intención liberalizadora³, fruto de todo lo cual la norma definitivamente aprobada se muestra como el paradigma de la norma comunitaria, resultado de un difícil equilibrio de intereses que encuentra clara expresión en su propia redacción: sus

² DOUE L 376/36, de 27.12.2006.

³ Sobre el contexto en el que se elaboró la Directiva y el proceso mismo de su aprobación, son interesantes las aportaciones de D. ENTRENA CUESTA (2009: págs. 41-81), quien destaca cómo los aspectos más polémicos de la redacción original de la Directiva se concentraron en la definición de su ámbito de aplicación y en la incorporación del principio del país de origen. Vid. también la temprana aportación de M.^a A. SALVADOR ARMENDÁRIZ y H. VILLAREJO GALENDE (2007: págs. 45-65).

nada más y nada menos que 118 considerandos (para 46 artículos) parecen más un pliego de descargos que una declaración de intenciones, a la vez que la identificación de su ámbito de aplicación está plagada de especificaciones de supuestos de excepción, todo lo cual genera no pocas incoherencias⁴.

La explicación de lo anterior se encuentra en los propios objetivos de la Directiva, que, a pesar de su sencillez, incorporan una carga de gran ambición. La conocida como Directiva de Servicios pretende, simple y llanamente, si nos atenemos a su objetivo confesado, materializar las libertades de establecimiento y prestación de servicios que encuentran reconocimiento en los Tratados desde su redacción original (en los artículos 49, antiguo 43, y 56, antiguo 47, respectivamente, del hoy Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁵) y a los que la jurisprudencia venía ya otorgando eficacia directa. Ni más ni menos. No hay, pues, *a priori*, novedad de concepto en la Directiva. Sólo de método y de intención, ya que se pretende llevar a una norma horizontal el bagaje que en la aplicación de ambas libertades ha venido decantando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la cual, por su propia condición de tal, tiene carácter fragmentario y sectorial, con lo que la Directiva pretende, en definitiva, mejorar la coordinación en la aplicación de ambas libertades⁶. Y ello en el bien entendido de que, como había constatado la Comisión en su *Informe al Consejo y al Parlamento sobre el estado del mercado interior de servicios* —francamente revelador⁷—, la implantación de ambas libertades, lejos de ser efectiva, y a pesar de todas las iniciativas previas desde instancias comunitarias⁸, se había ve-

⁴ Muy expresivos a estos efectos son los artículos 1, que identifica —en positivo y en negativo— el objeto de la Directiva, y 2, que precisa, en iguales términos, el ámbito de aplicación.

⁵ DOCE C 115/47, de 9.5.2008.

⁶ Considerando 6.

⁷ Informe presentado en el marco de la primera fase de la estrategia para el mercado interior de servicios [COM (2002) 441 final, de 30.07.2006]. Este Informe, fruto de una consulta muy amplia, se enmarca, pues, en la estrategia definida por la Comisión, a raíz de la Cumbre de Lisboa, plasmada en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «Una estrategia para el mercado interior de servicios» [COM (2000) 888 final, de 29.12.2000]. Si la primera fase de la estrategia es de evaluación y diagnóstico (cumplida por el Informe citado en el texto), la segunda se cifra en la «elaboración de soluciones adaptadas a los problemas detectados», como la aprobación de la propia Directiva de Servicios. En todo caso, a la estrategia de 2000 siguió la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones «Revisión 2002 de la estrategia para el mercado interior: cumplir las promesas» [COM (2002) 171 final, de 11.4.2002] y, sucesivamente, la Comunicación «Estrategia para el mercado interior: Prioridades del período 2003-2006» [COM (2003) 238 final].

⁸ La primera, los Programas generales para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios (DO C 2, de 15.1.1962). Sucesivamente, distintos instrumentos constataron las carencias en la efectividad de ambas libertades: el Libro Blanco sobre la realización del mercado interior [COM (85) 310, de 14.6.1985, sin versión española] y el llamado Informe Cecchini, elaborado en 1992 para la Comisión.

nido enfrentando con una serie de «fronteras jurídicas» levantadas por los Estados miembros contra las que se hacía imprescindible reaccionar para la plena efectividad del mercado interior, ya que la propia diversidad de normativas nacionales suponía por sí misma una traba frente a aquel objetivo.

De ahí que, con la intención de darle un impulso definitivo, a nivel europeo, al sector servicios, cumpliendo expresamente con los objetivos marcados en el Consejo Europeo de Lisboa del año 2000, la Directiva dé un paso más allá superando la exigencia de transnacionalidad que es, *prima facie*, inherente a las libertades comunitarias, inmiscuyéndose en los regímenes nacionales de las actividades de servicios como operación «indispensable para realizar un auténtico mercado interior de servicios de aquí a 2010», en los términos de su considerando 7⁹.

En este punto, se ha afirmado —y el Informe de la Comisión ya citado invita a ello— que frente al «modelo no discriminatorio» que tradicionalmente ha sostenido la jurisprudencia comunitaria en relación con el alcance de las dos libertades comunitarias en juego —limitado a eliminar las restricciones basadas, directa o indirectamente, en criterios de nacionalidad—, la Directiva acoge el modelo de «acceso al mercado», inaugurado por la Sentencia dictada en el caso *Säger*, y que —en la medida en que proyecta ambas libertades comunitarias sobre las que se califican como «medidas nacionales indistintamente aplicables»¹⁰— resulta inevitablemente más incisivo en los regímenes nacionales¹¹. En los términos de la citada jurisprudencia, decantada en un

⁹ Después de insistir el considerando 2 en el carácter transnacional de las operaciones afectadas por las libertades comunitarias en juego a los efectos de delimitar el objeto de la Directiva, el considerando 3 apela al Informe de la Comisión sobre «El estado del mercado interior de servicios» para asumir el diagnóstico de que los «obstáculos que impiden o frenan el desarrollo de los servicios entre los Estados miembros y, especialmente, de los servicios prestados por PYMES» tienen como elemento común «tener su origen con frecuencia en un exceso de trámites administrativos», amén de «la inseguridad jurídica que afecta a las actividades transfronterizas» y «la falta de confianza recíproca entre los Estados miembros». El objeto de la Directiva es, en definitiva, incidir en el primer obstáculo, sin restringirse a los trámites específicamente vinculados a las prestaciones transnacionales, tal y como se confirma en el considerando 7, en el que se advierte que la Directiva establece un «marco jurídico general» que «se basa en un enfoque dinámico y selectivo, consistente en suprimir de forma prioritaria las barreras que se pueden eliminar rápidamente y, respecto a las demás, iniciar un proceso de evaluación, consulta y armonización complementaria de cuestiones específicas para permitir modernizar de forma progresiva y coordinada los sistemas nacionales de regulación de las actividades de servicios, operación que es indispensable para realizar un auténtico mercado interior de servicios de aquí a 2010».

¹⁰ Vid. al respecto C. PRIETO (2003: págs. 505-511).

¹¹ Así lo parece apuntar, en términos no conclusivos, C. BARNARD (2008: págs. 339-340). En todo caso, en el Informe de la Comisión presentado en el marco de la primera fase de la estrategia para el mercado interior de servicios se apela de forma expresa, reiteradamente, a esta jurisprudencia, dando a entender que se aplica indistintamente a las libertades de prestación y de establecimiento. Así, se afirma que «la jurisprudencia del Tribunal ha puesto claramente de manifiesto que cualquier medida que tenga por efecto impedir, entorpecer

primer momento respecto de la libre prestación de servicios, el artículo 49 del Tratado «no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino suprimir también cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos»¹², siendo así que desde la Sentencia dictada en 1993 para el asunto *Kraus* se aplica un criterio similar en relación con la libertad de establecimiento¹³. Es más, a nuestros efectos es especialmente ilustrativa la Sentencia dictada el 30 de noviembre de 1995 en el asunto *Gebhard*¹⁴, en la que, a la hora de determinar el alcance de la libertad de establecimiento en relación con el ejercicio de la profesión de abogado, se advirtió que si bien el entonces artículo 52.2 del Tratado prescribía que la libertad de establecimiento debía ejercerse en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales —lo cual implicaría, en el caso planteado, sin más, la obligada inscripción en el Colegio Profesional—, sin embargo, según establecería la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (a los efectos de

o hacer menos atractiva la prestación transfronteriza de servicios o la utilización de servicios transfronterizos o, incluso, el establecimiento en otro Estado miembro puede constituir una restricción. Por tanto, entre los ejemplos de dificultades que figuran en el presente informe, se han incluido no sólo las prohibiciones, las discriminaciones o las condiciones imposibles de satisfacer, sino también los diferentes tipos de requisitos que, cuando se aplican a las empresas de otros Estados miembros, suponen una traba para la libertad de establecimiento o la libre prestación de servicios. Algunas de estas dificultades se derivan de la complejidad, la lentitud o la falta de transparencia de las reglamentaciones y de las prácticas; *la mayor parte de ellas son simplemente la consecuencia de importantes divergencias entre las reglamentaciones nacionales*» (págs. 14-15). El propio concepto de «frontera jurídica» se vincula con este planteamiento jurisprudencial (pág. 16) y las referencias a la misma se reiteran a lo largo del documento (pág. 47).

¹² La cita está tomada de la STJCE de 15 de marzo de 2001, dictada en el asunto 2001/84, apartado 22, que cita a su vez las Sentencias de 25 de julio de 1991 (TJCE 1991\258), *Säger*, C-76/90, Rec. pág. I-4221, apartado 12; de 9 de agosto de 1994 (TJCE 1994\143), *Vander Elst*, C-43/93, Rec. pág. I-3803, apartado 14; de 28 de marzo de 1996 (TJCE 1996\60), *Guiot*, C-272/94, Rec. pág. I-1905, apartado 10, y de 23 de noviembre de 1999 (TJCE 1999\278), *Arblade y otros*, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, Rec. pág. I-8453, apartado 33. Entre las Sentencias más recientes, esta doctrina es reiterada en dos de 3 de junio de 2010, dictadas en los asuntos C-203/08 y C-258/08.

¹³ En los términos del apartado 43 de la reciente Sentencia de 11 de marzo de 2010, dictada en el asunto C-384-08, «según reiterada jurisprudencia, el artículo 43 CE se opone a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales de la Unión, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado (véanse en ese sentido, en particular, las sentencias de 31 de marzo de 1993, *Kraus*, C-19/92, Rec. pág. I-1663, apartado 32; *Gebhard*, antes citada, apartado 37; de 5 de octubre de 2004, *CaixaBank France*, C-442/02, Rec. pág. I-8961, apartado 11, y de 10 de marzo de 2009, *Hartlauer*, C-169/07, Rec. pág. I-0000, apartado 33 y jurisprudencia citada)».

¹⁴ Asunto C-55/94.

lo cual se cita expresamente la Sentencia en el caso *Kraus*), «las medidas nacionales que *puedan obstaculizar o hacer menos atractivo* el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo» (ap. 37). Quedan, así, enunciados los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, que procedentes, en último término, de la doctrina sentada en el asunto *Cassis de Dijon*, dictada en relación con la libertad de intercambio de mercancías, asume —como veremos— la Directiva para contrastar la conformidad con las libertades comunitarias de todas las medidas nacionales potencialmente restrictivas, comenzando por las que supongan, vía autorizatoria, imponer un control de acceso al ejercicio estable —o esporádico— de actividades de servicios.

A pesar de esta cobertura jurisprudencial, no se puede negar que, en puridad, incluso esta última perspectiva —mucho más expansiva que la del modelo de no discriminación— es superada por la Directiva, ya que ésta aplica la lógica de la jurisprudencia de las medidas indistintamente aplicables para obligar a valorar bajo sus criterios los regímenes nacionales de acceso y ejercicio de las actividades de servicios, y ello sobre la base de la premisa axiomática de que, por definición, los regímenes nacionales que no cumplen con dichos criterios «pueden prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes» las actividades del prestador que pretende ejercer las libertades de establecimiento o prestación de servicios en un Estado distinto al de origen. Reparemos en que la jurisprudencia de referencia sólo asume que los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad deben entrar en juego *cuando* los regímenes nacionales indistintamente aplicables puedan producir ese efecto indirecto de vulneración de las libertades que nos ocupan, sin que sé de por supuesto que eso ocurrirá siempre y en todo caso: en definitiva, sólo se considerará que existe una restricción a las libertades cuando, siendo medidas indistintamente aplicables, éstas puedan producir un efecto de desventaja al no nacional, de modo que las causas de justificación sólo entrarán en juego, sucesivamente, constatada la existencia de tal restricción¹⁵.

¹⁵ Es más, tal y como pone de manifiesto C. PRIETO (2003: pág. 507), la línea de separación entre las medidas discriminatorias y las medidas indistintamente aplicables es sutil, dado que la medida indistintamente aplicable debe producir una desventaja al prestatario extranjero frente al nacional, a los efectos de lo cual cita la STJCE de 9 de agosto de 1994, dictada en el asunto *Vander Elst* (C-43/93). W.-H. ROTH (2002: págs. 1-7), por su parte, advierte, por lo que se refiere a la libertad de prestación de servicios, que en la jurisprudencia del

Sea como fuere, de lo que no cabe duda es de que nos encontramos ante un texto comunitario peculiar. Excluye expresamente cualquier intención liberalizadora, en el sentido de obligar a recortar regímenes de reserva pública¹⁶, pero asume abiertamente objetivos de coordinación, cooperación y, en menor grado, de armonización con un efecto que se ha calificado de «desregulador»¹⁷. Se trata, en definitiva, de incentivar que los controles previos para el establecimiento o la prestación temporal de actividades de servicios en los distintos Estados miembros se simplifiquen al máximo, llegando en lo posible a su eliminación o a la reducción de sus condicionantes, todo ello con la intención de facilitar un efecto armonizador a nivel europeo, por vía directa (de forma más tímida)¹⁸, pero también indirectamente por la vía de la coordinación, bien a través de la implantación de exigencias procedimentales con tal fin, bien a través del particular proceso de transposición de la Directiva, al que posteriormente nos referiremos. Planteamiento que, como hemos visto, no se restringe ya a las situaciones con incidencia transnacional —las que afectan de forma inmediata a las libertades comunitarias de establecimiento y prestación de servicios—, sino que

TJCE el criterio que hemos llamado de «acceso al mercado» (que él califica como de la «restricción») sólo se aplica en supuestos específicos, mientras que el de la no discriminación es de aplicación general. Téngase en cuenta, en todo caso, que cuando se trata de la libertad de establecimiento, y no la de prestación de servicios, la perspectiva transnacional no está necesariamente presente si se eliminan las diferencias de trato formales.

¹⁶ A pesar de que el considerando 4 apela al «debido equilibrio entre la apertura de los mercados y la preservación de los servicios públicos», el considerando 8 precisa taxativamente que «conviene que lo dispuesto en la presente Directiva sobre la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios se aplique siempre que las actividades de que se trate estén abiertas a la competencia y, por tanto, no se obligue a los Estados miembros ni a liberalizar servicios de interés económico general ni a privatizar entidades públicas que presten este tipo de servicios, ni a abolir los actuales monopolios para otras actividades o determinados servicios de distribución». A estos efectos, el artículo 1, en sus apartados 2 y 3, es taxativo al afirmar que «la presente Directiva no trata la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas ni a la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios», ni de «la abolición de monopolios prestadores de servicios ni [de] las ayudas concedidas por los Estados miembros amparadas por normas comunitarias sobre competencia», ni «afecta a la libertad de los Estados miembros de definir, de conformidad con la legislación comunitaria, lo que consideran servicios de interés económico general, cómo deben organizarse y financiarse dichos servicios con arreglo a las normas sobre ayudas públicas y a qué obligaciones específicas deben supeditarse». Téngase en cuenta, en todo caso, que los artículos 86 y 235 del Tratado dan cobertura por sí mismos a los servicios de interés económico general y a los actores económicos en mano pública, y que los considerandos 70 a 72 insisten en el peculiar estatus de estos servicios.

¹⁷ Considerando 7 *in fine*. El considerando 42 advierte que «las normas relativas a los procedimientos administrativos no deben tener por objeto la armonización de dichos procedimientos, sino suprimir los regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos que obstaculizan la libertad de establecimiento y la creación de nuevas empresas de servicios que ésta comporta».

¹⁸ Vid., por ejemplo, artículo 5.2, en relación con la posibilidad de que la Comisión establezca formularios armonizados a escala comunitaria en relación con certificados, acreditaciones u otros documentos requeridos para el establecimiento de un prestador.

pretende transformar el núcleo mismo de los regímenes nacionales de intervención pública en el sector servicios —particularmente el régimen autorizatorio, como manifestación más típica de las técnicas de policía—.

La ambición con la que se ha construido finalmente la Directiva, aun con sus sucesivos recortes desde su redacción original, le han granjeado duras críticas por parte de quienes destacan la falta de base competencial en la que se apoya un texto que, desde el ámbito comunitario, obvia la dimensión comunitaria o no de las relaciones que regula¹⁹. Algo que, en todo caso, no debe impedir reconocer que en el propio proceso de aprobación de la Directiva los Estados miembros, a través del Consejo, aprobaron por mayoría cualificada el texto, a lo que se suma, por lo que hace particularmente al caso español, que el proceso de transposición de la Directiva, lejos de asumirse como una exigencia irremediable a cumplir en sus mínimos términos, se reconoce como una oportunidad para una reforma en profundidad del sector servicios entendido en términos bien amplios. Lo cual se demuestra de forma especialmente expresiva en relación con las actividades profesionales.

2. *La consideración de las actividades profesionales colegiadas como «servicios» en el seno de la Directiva: la aplicación prioritaria de la Directiva 2005/36/CE*

Si el objetivo principal de la Directiva es, pues, materializar las libertades comunitarias de establecimiento y prestación de servicios, es evidente que su ámbito objetivo se cifra en la identificación de qué haya que entender por tales. El concepto de «servicios» es reconocible como un concepto «resto» frente a los de bienes, personas y capitales. En los términos del artículo 50 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (actual 57 del Tratado de Funcionamiento), al que se remite, de hecho, el artículo 4.1 de la Directiva, «se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas»²⁰.

La clave está, para la jurisprudencia del TJCE, precisamente, en ese elemento remuneratorio (sin que implique, necesariamente, el áni-

¹⁹ En términos muy críticos se pronuncia particularmente T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2009: *in totum*), para quien la Directiva de Servicios se desliza desde el ámbito de las libertades comunitarias hasta afectar a la libertad de empresa, de competencia estrictamente estatal.

²⁰ Añade el artículo 4.1 de la Directiva la precisión de que se debe tratar de actividades económicas por cuenta propia.

mo de lucro), lo que no ha impedido que tal jurisprudencia adolezca de un grado de casuismo que no garantiza, en todo caso, una consolidada homogeneidad de criterios²¹. Esta heterogeneidad se acrecentaba, además, en el seno de la Directiva —a pesar de que su intención original era ofrecer criterios unificados de delimitación—, ya que lo tortuoso del procedimiento para su aprobación ha excluido de su ámbito de aplicación, por variadas razones, múltiples actividades que, en puridad, se calificarían como actividades de servicios²². De lo que no cabe duda, en ningún caso, por lo que a nosotros ahora interesa, es de que, en coherencia con el dato de que el propio artículo 50 del Tratado haga mención a las «profesiones liberales» como actividades de servicios²³, las actividades profesionales se consideran incluidas, con carácter general, como servicios en el seno de la Directiva, por más que la misma excluya expresamente de su ámbito de aplicación ciertas actividades prestacionales que implican el ejercicio de profesiones: en particular, los servicios sanitarios²⁴, los servicios de seguridad privada y, con todas sus peculiaridades, los notarios [aps. f), k) y l) del art. 2.2, respectivamente].

De forma más precisa, la Directiva contempla las llamadas «profesiones reguladas», concepto que procede de la Directiva 2005/36/CE, *de Reconocimiento de Cualificaciones Profesionales*²⁵, y de la que prescri-

²¹ El considerando 33 ofrece una muestra de las «actividades enormemente variadas y en constante evolución» que incluye el concepto de servicios, advirtiendo el considerando 34 que la decisión última se toma por el Tribunal de Justicia caso por caso.

²² Vid. artículo 2.2 de la Directiva. Así, por ejemplo, si bien los servicios de interés *económico* general quedarían incluidos, como género y *a sensu contrario* [art. 2.2.a)], en el ámbito de la Directiva, algunos de ellos, como los de transporte y los de comunicaciones electrónicas, quedan excluidos en todo caso [aps. c) y d) del mismo art. 2.2] y otros, como los postales, en lo que hace a la libertad de prestación, y ello a pesar de que estos servicios, genéricamente, «son servicios que se realizan por una contrapartida económica, por lo que entran dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva» (cdo. 17). A la inversa, en lo que se refiere a los servicios de interés general no económicos, la exclusión genérica [art. 2.2.a)] se ve acentuada respecto de algunos tipos concretos, como los servicios sanitarios [ap. f)] o los servicios sociales [ap. j)]. La exclusión alcanza igualmente a los servicios financieros [cdo. 18, art. 2.2.b)], a los servicios audiovisuales [cdo. 24, art. 2.2.g)], a las actividades de juego por dinero [cdo. 25, art. 2.2.h)] y a los servicios sociales [cdo. 27, art. 2.2.j)].

²³ Prescribe el precepto que «los servicios comprenderán, en particular: a) Actividades de carácter industrial; b) Actividades de carácter mercantil; c) Actividades artesanales; d) *Actividades propias de las profesiones liberales*».

²⁴ Advierte expresamente el considerando 22 que «la exclusión de los servicios sanitarios del ámbito de aplicación de la presente Directiva debe abarcar los servicios sanitarios y farmacéuticos *prestados por profesionales de la salud* a sus pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud *cuando estas actividades están reservadas a profesiones reguladas en el Estado miembro en que se presta el servicio*».

²⁵ DO L 16, de 23.1.2004, pág. 44. De hecho, el artículo 4.11 de la Directiva se remite al concepto fijado por el artículo 3.1.a) de la Directiva 2005/36/CE, según el cual será «profesión regulada» «la actividad o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas

be que será de aplicación prioritaria [art. 3.d)], en la medida en que regula el acceso y ejercicio de determinadas profesiones subordinadas a la acreditación de una previa cualificación. En rigor, esta Directiva, que ha sido transpuesta al ordenamiento español por el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre (que incorpora también el contenido de la Directiva 2006/100/CE, relativa a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado²⁶), sólo ocupa espacios parcialmente coincidentes con los de la Directiva de Servicios: su ámbito natural consiste en fijar las condiciones de reconocimiento mutuo de cualificaciones profesionales a los efectos de facilitar el ejercicio de las libertades de establecimiento y prestación, a lo que suma ciertas previsiones específicas sobre esta última —de ahí la previsión del artículo 17.6—, pero sin incidir en ningún momento en cuestiones como la de la fijación del régimen interno de colegiación, ya que por su propio objeto presume la dimensión transnacional²⁷.

Es más, no sólo es que las previsiones de la Directiva sean aplicables a las profesiones reguladas por cuanto éstas son actividades de servicios. En la Directiva se recogen también algunas precisiones que son aplicables particularmente a las profesiones reguladas —como las relativas a las comunicaciones comerciales (art. 24), al régimen de las actividades multidisciplinares (art. 25) o los códigos de conducta (art. 47)—, a lo que se suma la especial consideración con la que se contempla a los Colegios Profesionales, a los que la Directiva identifica como «autoridades competentes» a las que se hace responsables de la transposición e implantación de la Directiva misma (art. 4.9). Resulta así, en definitiva, que los Colegios Profesionales son, a la vez, objeto y sujeto en el seno de la Directiva de Servicios.

cualificaciones profesionales; en particular, se considerará modalidad de ejercicio el empleo de un título profesional limitado por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas a quien posea una determinada cualificación profesional. Cuando la primera frase de la presente definición no sea de aplicación, las profesiones a que se hace referencia en el apartado 2 quedarán equiparadas a una profesión regulada».

²⁶ En rigor, se trata de la Directiva 2006/100/CE del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, por la que se adaptan determinadas Directivas en el ámbito de la libre circulación de personas, con motivo de la adhesión de Bulgaria y Rumanía (*DOUE* de 20.12.2006), que introduce ciertas modificaciones en la Directiva 2005/36/CE.

²⁷ En los términos del considerando 31, la presente Directiva es coherente con la Directiva 2005/36/CE, a la que no afecta. Trata cuestiones distintas a las relativas a las cualificaciones profesionales, como por ejemplo el seguro de responsabilidad profesional, las comunicaciones comerciales, las actividades multidisciplinares y la simplificación administrativa. Con respecto a la prestación de servicios temporales transfronterizos, una excepción a la disposición sobre la libre prestación de servicios en la presente Directiva garantiza que no afecte al Título II (Libre prestación de servicios) de la Directiva 2005/36/CE. Por tanto, la disposición sobre la libre prestación de servicios no afecta a ninguna de las medidas aplicables con arreglo a la citada Directiva en el Estado miembro en el que se presta el servicio.

3. *Contenido de la Directiva: las peculiaridades del proceso para su transposición*

Como queda dicho, la Directiva de Servicios adopta como regla de principio la eliminación de barreras que impidan la materialización de las libertades de los actuales artículos 49 y 56 del Tratado, siempre a salvo la garantía de los objetivos de interés general que puedan verse involucrados en las concretas actividades de servicios, de modo que se incorpora la vía de excepción que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia venía articulando bajo la fórmula de «razones imperiosas de interés general». Este planteamiento de principio se proyecta tanto sobre los requisitos de acceso y ejercicio de las actividades de servicios como a los procedimientos y trámites en los que se manifieste el desarrollo de actividades, lo que se traduce en su debida simplificación, dando lugar a la introducción de una ventanilla única, al reconocimiento de obligaciones de información y cooperación y a la expansión de la utilización de la vía electrónica.

En lo que se refiere propiamente al régimen de acceso y ejercicio de las actividades de servicios, este planteamiento se traduce en el «principio de simplificación administrativa», que consiste en el aligeramiento de los trámites administrativos y, en particular, la sustitución de los controles *a priori* por controles *a posteriori*, salvo que se justifique lo contrario en función del triple test que implica la aplicación de tres principios clave: el de no discriminación, el de necesidad (que implica la introducción de consideraciones de interés general) y el de proporcionalidad. En definitiva, sólo se justificarán controles previos al ejercicio de actividades de servicios si existe «una razón imperiosa de interés general», en su variadísima expresión²⁸, siempre y cuando esta razón sea aplicada de forma no discriminatoria y proporcional, siendo así que los controles mismos, de estar justificados, se configurarán en función de ese triple criterio, a salvo las exclusiones absolutas introducidas por la propia Directiva. El triple test se aplica, en definitiva, tanto al qué como al cómo (o al cuánto) del control previo, para la fijación de los requisitos a evaluar y el alcance del control.

Este planteamiento afecta de forma inmediata —como es evidente— al «régimen de autorización» previa para el acceso de las actividades de

²⁸ El concepto de «razones imperiosas de interés general» al que se hace referencia en determinadas prescripciones de la Directiva y que es objeto de definición en su artículo 4.8 ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los antiguos artículos 43 y 49 del Tratado y puede seguir evolucionando, tal y como recuerda el considerando 40, que glosa sucesivamente múltiples y muy variados supuestos decantados por la jurisprudencia.

servicios²⁹, lo que se vincula estrictamente con la libertad de establecimiento —y no de prestación—. Se incide así, como advertíamos, en el régimen interno de ordenación del acceso a la prestación de servicios, lo que en el ámbito de las profesiones colegiadas supone incidir en el régimen mismo de la obligación de colegiación, tal y como contempla expresamente el considerando 39 de la Directiva³⁰. De ahí que el artículo 9.1 de la Directiva, que encabeza la Sección I del Capítulo III —dedicado a la *Libertad de establecimiento de prestadores*—, bajo la rúbrica «Autorizaciones»³¹, como máxima expresión del objetivo de «Simplificación de los procedimientos» —que se formula en términos un tanto vacuos en el artículo 5.1³²—, se pronuncia taxativamente en los siguientes términos: «Los Estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones: a) el régimen de autorización no es discriminatorio para el prestador de que se trata; b) la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general; c) el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto

²⁹ En los términos del considerando 54, «la posibilidad de acceder a una actividad de servicios sólo debe quedar supeditada a la obtención de una autorización por parte de las autoridades competentes cuando dicho acto cumpla los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad. En concreto, esto significa que la autorización sólo es admisible en aquellos casos en que no resultaría eficaz hacer un control *a posteriori*, habida cuenta de la imposibilidad de comprobar *a posteriori* los defectos de los servicios en cuestión y habida cuenta de los riesgos y peligros que se derivarían de la inexistencia de un control *a priori*. (...). Los resultados del proceso de evaluación recíproca permitirán determinar a nivel comunitario los tipos de actividades para las que deben suprimirse los regímenes de autorización». De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, advierte el considerando 56, «los objetivos de salud pública, protección de los consumidores, sanidad animal y protección del entorno urbano constituyen razones imperiosas de interés general que permiten justificar la aplicación de regímenes de autorización y otras restricciones. No obstante, ningún régimen de autorización o restricción de estas características debe discriminar en razón de nacionalidad. Además, deben respetarse siempre los principios de necesidad y proporcionalidad».

³⁰ Tal y como precisa el considerando citado, el concepto de «régimen de autorización» (contenido en el apartado 6 del artículo 4) debe abarcar «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».

³¹ Obsérvese que este precepto no tiene, propiamente, correlato en relación con la libre circulación de servicios, a la que se dedica el Capítulo IV, si bien el artículo 16.2.b) identifica como uno de los requisitos prohibidos respecto de la libre prestación de servicios la «obligación de que el prestador obtenga una autorización concedida por las autoridades competentes nacionales, incluida la inscripción en un registro o en un colegio o asociación profesional que exista en el territorio nacional, salvo en los casos previstos en la presente Directiva o en otros instrumentos de Derecho comunitario».

³² En su literalidad, que tiene algo de trabalenguas infantil, «los Estados miembros verificarán los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio. Cuando los procedimientos y formalidades estudiados de conformidad con este apartado no sean lo suficientemente simples, los Estados miembros los simplificarán».

porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz»³³.

Resulta así que la Directiva establece como regla la eliminación de todo control *ex ante* de las actividades de servicios sometidas a su ámbito de aplicación, sin perjuicio de contemplar su *mantenimiento* siempre y cuando se cumplan las tres condiciones —acumulativas— señaladas, todas ellas procedentes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en aplicación de las libertades comunitarias concernidas, aun en los limitados términos más arriba descritos. Y hablamos de *mantenimiento* porque el peculiar planteamiento de esta Directiva se traduce en la exigencia de autorrevisión de los ordenamientos internos, en una suerte de examen de conciencia, para asegurar el cumplimiento de sus previsiones, y entre ellas la que ahora nos ocupa (art. 39), tanto eliminando la existencia misma de regímenes autorizatorios no justificados como —admitidos éstos— eliminando de forma inmediata, por su carácter discriminatorio, los «requisitos prohibidos»³⁴ y, de forma diferida, previa evaluación específica, los requisitos identificados por la Directiva que el propio Estado estime incompatibles con el triple test³⁵, de modo que antes del 28 de diciembre de 2009, fecha de final de transposición de la Directiva (art. 44), debían elevar un informe a la Comisión Europea sobre la compatibilidad con el transcrito artículo 9.1 de los propios regímenes autorizatorios cuya pervivencia pretendieran, informe que se circulará entre los restantes Estados miembros para que emitan sus observaciones en un plazo de seis meses —a los efectos de facilitar, por vía indirecta, la armonización—, plazo en el que serán igualmente consultadas las «partes interesadas», todo lo cual será remitido a un Comité de Reglamentación que se constituirá en los términos de lo previsto en la Decisión del Consejo 1999/468/CE, de 28 de junio de 1999 (art. 40.1)³⁶. Todo ello con vistas a presentar al Parlamento Europeo y al Consejo un informe de síntesis, en el umbral del 28 de diciembre de 2010, «al que se adjuntará, si procede, propuestas

³³ El considerando 43 identifica el «principio de simplificación administrativa» con la regla de la eliminación de la autorización previa, relacionándolo con otras «iniciativa(s) de modernización y de buenas prácticas administrativas».

³⁴ Advierte el artículo 4.7 que el concepto de «requisito» abarca «cualquier obligación, prohibición, condición o límite previstos en las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros o derivados de la jurisprudencia, de las prácticas administrativas, de las normas de los colegios profesionales o de las normas colectivas de asociaciones o de organismos profesionales y adoptados en ejercicio de su autonomía jurídica; las normas derivadas de convenios colectivos negociados por los interlocutores sociales no se considerarán requisitos a efectos de la presente Directiva».

³⁵ Vid., respectivamente, artículos 14 y 15 en relación con la libertad de establecimiento.

³⁶ Decisión del Consejo 1999/468/CE, por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución (DOCE L 184/123, de 17.7.1999). La consulta a las partes interesadas se abrió en junio de 2010 hasta el 13 de septiembre.

complementarias»³⁷, y sin perjuicio de la posible iniciación de procedimientos de infracción por parte de la Comisión³⁸.

Siendo esto así, a nivel interno la transposición de la Directiva de Servicios exige la revisión de todas las normativas reguladoras de las actividades de servicios: estatales, autonómicas o locales, o incluso, por lo que ahora nos interesa especialmente, las emitidas por Colegios Profesionales. Partiendo de esta constatación, el Estado ha articulado la estrategia de transposición de la Directiva de Servicios en un doble esfuerzo que se ha concretado en la aprobación de dos Leyes distintas. Por una parte, ha aprobado la conocida como «Ley Paraguas», que pretende la transposición formal, en la misma clave horizontal, de la Directiva de Servicios. Por otra, se ha aprobado la llamada «Ley Ómnibus», cuya objetivo es volcar en una única norma con rango de ley todos los cambios normativos que son exigibles a nivel estatal como consecuencia de la aplicación de la Directiva.

La llamada Ley Paraguas —aprobada como Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio— no tiene, en efecto, otra pretensión confesada que la de servir de salvaguarda garantizando la transposición formal de la Directiva en plazo. De ahí que no se encuentre en su articulado poco más que una mera transcripción de la Directiva misma. En todo caso, su Disposición final quinta, asumiendo un calendario irreal dada la fecha misma de aprobación de la Ley, emplaza a la elaboración de una Ley estatal que adapte las disposiciones legales vigentes a lo dispuesto en ella —y, por ende, a la Directiva³⁹— y convoca a Comunidades Autónomas y Entidades Locales, y expresamente a Colegios Profesionales «y a cualquier otra autoridad pública», a que le comuniquen «antes de 26 de diciembre de 2009, las disposiciones legales y reglamentarias de su competencia que hubieran modificado para adaptar su contenido a lo esta-

³⁷ En relación con la libre circulación de servicios, el artículo 16.4 establece como umbral el 28 de diciembre de 2011 para que la Comisión, previa consulta con los Estados miembros y los interlocutores sociales a escala comunitaria, presente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre la aplicación del presente artículo, en el que examinará la necesidad de proponer medidas por la presente Directiva.

³⁸ Considerando 75.

³⁹ En los términos literales del apartado 1 de la Disposición de referencia, «en el plazo de un mes a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno someterá a las Cortes Generales un proyecto de ley en el que, en el marco de sus competencias, se proceda a la adaptación de las disposiciones vigentes con rango legal a lo dispuesto en esta Ley», siendo así que, a la luz de lo previsto en la Disposición final sexta, la entrada en vigor se produjo, con carácter general, el 25 de diciembre de 2009, es decir, sólo tres días antes de que expirara el plazo de transposición de la Directiva, fijado, como sabemos, el 28 de diciembre de 2009. De modo que, por una vez, se ha incumplido por defecto y no por exceso —como es usual— el calendario por el que el legislador emplaza al Gobierno para presentar un Proyecto de Ley, ya que la Ley Ómnibus fue tramitada casi en paralelo a la «Ley Paraguas».

blecido en la Directiva y en la presente Ley», a los efectos de cumplir con la exigencia del artículo 44 de la Directiva.

Aquella Ley estatal ha sido efectivamente aprobada apenas un mes más tarde que la Ley Paraguas —incluso antes de que ésta entrara en vigor (!)⁴⁰—, como Ley 25/2009, de 22 de diciembre, *de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*. Esta Ley introduce modificaciones en más de cincuenta leyes estatales, algunas de ellas reguladoras de sectores que la Directiva deja fuera de su ámbito de aplicación, lo que da cuenta del impulso y la voluntad con los que el legislador español ha asumido la transposición de la Directiva, que califica de oportunidad para un reforzamiento del sector servicios. Entre estas Leyes se encuentra, en este caso de forma obligada, la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, si bien el alcance de las modificaciones en ella introducidas no se puede explicar, sólo, en clave de transposición de la norma comunitaria.

III. LOS COLEGIOS PROFESIONALES COMO SUJETO Y COMO OBJETO DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA

1. *La transposición de la Directiva de Servicios como oportunidad perdida para repensar la institución colegial: el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia de septiembre de 2008 como inevitable referente*

A) *Referentes y alcance de la reforma operada por la Ley 25/2009 en la LCP*

El legislador estatal se muestra, en efecto, predispuesto para acoger con entusiasmo la filosofía de la Directiva de Servicios. Este entusiasmo coincide, además, en el caso que nos interesa ahora especialmente, con un nuevo envite de las autoridades de la competencia contra algunos de los elementos clave de la institución colegial, lo que se ha traducido en que las modificaciones introducidas por la Ley 25/2009 en la Ley de Colegios Profesionales han sido algunas de las más polémicas durante su tramitación.

Se repite de nuevo, como sucediera en el pasado cercano, la pauta según la cual es un informe de las autoridades de la competencia el que

⁴⁰ En los términos de la Disposición final sexta de la Ley 17/2009, ésta entraría en vigor, respecto de algunos de sus preceptos, el 25 de diciembre de 2009 y, respecto de otros, el 27 de diciembre.

impulsa una reforma del régimen de los Colegios Profesionales. Del mismo modo que el famoso Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1992 está en la base de la reforma operada por el Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, luego transformado en Ley 7/1997, de 14 de abril, e incluso de la reforma operada por el Real Decreto-Ley 6/2000 para introducir la colegiación única, el objetivo confesado de la debida transposición de la Directiva de Servicios no puede ocultar que en la reforma que en algunos artículos clave de la Ley de Colegios introduce el artículo 5 de la Ley 25/2009 latan las conclusiones del Informe adoptado por la Comisión Nacional de la Competencia en septiembre de 2008, en el cual —bajo el título «Informe sobre el sector de servicios profesionales y los Colegios profesionales»⁴¹— se someten a discusión extremos capitales relacionados con el *acceso* a las actividades profesionales, como el principio de colegiación obligatoria y las reservas de actividad. Con todo, las novedades introducidas en la cada vez más parcheada Ley de Colegios no se limitan a ambos extremos, sino que inciden en otras cuestiones más relacionadas con el *ejercicio* de la profesión: la Ley 25/2009 introduce novedades en relación con la exigibilidad del visado o el establecimiento de recomendaciones sobre honorarios, a las que cabría añadir las imprecisas previsiones sobre las comunicaciones comerciales —todo lo cual afecta, en último término, a las funciones atribuidas a los Colegios—, debiendo destacarse, finalmente, que la Ley impone nuevas obligaciones de gestión a ellos exigibles, en punto a la creación de una ventanilla única y de un servicio de atención a colegiados y usuarios, así como a la debida publicación de una memoria anual.

El nuevo tratamiento de todas estas cuestiones será objeto de las páginas que siguen, si bien debemos comenzar por la relativa al régimen de la colegiación, puesto que en su propia configuración —como obligatoria o voluntaria— se juega la esencia misma de la institución colegial.

⁴¹ Este Informe asume expresamente como referente no sólo el proceso de transposición de la Directiva de Servicios, sino también el anuncio por el Gobierno de la aprobación de un Anteproyecto de Ley de Servicios Profesionales con la intención de «fortalecer el libre acceso a las profesiones, favorecer su ejercicio conjunto, suprimir restricciones injustificadas a la competencia y reforzar la protección de los usuarios y consumidores, impulsando la modernización de los Colegios Profesionales», en los términos del apartado vigésimo primero del Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de agosto de 2008 sobre medidas de reforma estructural y de impulso de la financiación de las pequeñas y medianas empresas (BOE de 15 de agosto de 2008).

B) *La definitiva ruptura de la ecuación Colegio Profesional-colegiación obligatoria: alcance y consecuencias. La cuestión competencial*

Tal y como hemos advertido, la Directiva de Servicios no sólo no se opone a la institución colegial, sino que, bien al contrario, parte de su existencia: es más, reconoce a los Colegios Profesionales como autoridades competentes, encargados ellos mismos de la debida aplicación de la Directiva. Bien es verdad que este planteamiento formal de la Directiva —cifrado en la apelación expresa a los Colegios y organizaciones profesionales— no prejuzga, evidentemente, su naturaleza en cada Estado miembro. Pero tampoco debemos ocultar que la Directiva no excluye *materialmente*, de forma radical, la institución colegial tal y como ha quedado decantada en nuestra tradición jurídica —y, pretendidamente, constitucionalizada—, vinculada inescindiblemente con la exigencia de colegiación obligatoria⁴². Ocurre, sin embargo, que la contemplación de los Colegios Profesionales como objeto de la Directiva los somete a su riguroso escrutinio, lo que convierte el proceso de su debida transposición en una oportunidad para repensar la institución colegial, sometida en los últimos años a un proceso de hipertrofia que ha conducido a su desnaturalización.

Es bien conocido el proceso de expansión de la fórmula colegial para la ordenación de todo tipo de profesiones. Entre sus causas pesa seguramente una cierta tendencia al mimetismo, cuando no a la emulación. Por esta vía se han convertido, primero, en profesiones tituladas y, posteriormente, en profesiones colegiadas, actividades profesionales en cuyo ejercicio no concurren intereses públicos cualificados que justifiquen el recurso a una fórmula de ordenación que ha de resultar excepcional por cuanto supone, como la jurisprudencia constitucional ha señalado, una restricción en el ejercicio de libertades individuales, como, en particular, la libertad de elección de profesión (art. 35 CE) y el derecho de asociación (art. 22 CE), en su vertiente negativa, en virtud del requisito de colegiación obligatoria. En definitiva, para que pueda justificarse la fórmula colegial en su concepción primigenia, a la que es consustancial la obligatoriedad de la colegiación, deben concurrir en la concreta actividad profesional de que se trate intereses públicos cualificados cuya preservación no pueda lograrse

⁴² Sobre la institución colegial, en su dimensión histórica y en los márgenes de su constitucionalización en el ordenamiento español, resultan imprescindibles S. DEL SAZ (1996: *in totum*), A. FANLO LORAS (1996: *in totum*), L. CALVO SÁNCHEZ (1998: págs. 61-149 y 665 y ss.) y G. FERNÁNDEZ FARRERES (2006: *in totum*).

por la vía alternativa del sometimiento de la actividad a un control público ordinario, de mayor o menor intensidad. El problema se plantea cuando la expansión irreflexiva de la fórmula pone en discusión, con carácter general, la ecuación intrínseca a la institución colegial: Colegio-colegiación obligatoria.

En esta tendencia la obligada transposición de la Directiva podía haberse asumido como una oportunidad para repensar la institución colegial o, para ser más exactos, para ajustarla a sus justos términos. Y ello partiendo de que, como hemos adelantado, somete la exigencia de colegiación —en cuanto que «régimen autorizatorio» en los términos de la propia Directiva— al triple test de reiterada referencia, reflejando en este punto lo que, en todo caso, había establecido, específicamente, respecto de esta peculiar forma de control *ex ante* la jurisprudencia *Gebhard*. En este sentido, la aplicación del triple test —en la medida en que, a través del criterio de la necesidad, obliga a concentrarse en la razón imperiosa de interés público que pueda justificar, por lo que ahora interesa, la colegiación como excepción— podría haber servido como acicate para depurar la institución colegial reduciéndola a los supuestos en los que realmente estuviera justificada en función de los intereses públicos implicados en la profesión en presencia, siempre partiendo de que la colegiación obligatoria formaría parte intrínseca de la institución colegial.

No se puede negar, frente a este planteamiento, que —a pesar de los taxativos términos de la redacción original del artículo 3.2 LCP, que, no en vano, la STC 89/1989, de 11 de mayo, avaló— la jurisprudencia constitucional ha venido paulatinamente aceptando la posible existencia de Colegios de colegiación voluntaria, consagrando, con ello, la desnaturalización de la institución.

Efectivamente, la STC 89/1989 fue la primera en plantearse frontalmente la constitucionalidad de la colegiación obligatoria al resolver una cuestión de inconstitucionalidad que le fue planteada en relación con el artículo 3.2 de la Ley 2/1974 en la redacción entonces vigente, según la cual sería «requisito imprescindible para el ejercicio de las *profesiones colegiadas* la incorporación al Colegio en cuyo ámbito territorial se pretenda ejercer la profesión», precepto que, en opinión del órgano promotor de la cuestión, podría ser contrario al derecho de asociación (art. 22 CE), en su vertiente negativa, como derecho a no asociarse. A la cuestión así planteada responde el Tribunal con cierto grado de ambivalencia, ya que si bien en algunos Fundamentos parece avalar la tesis doctrinal de la consagración de una garantía institucional de los Colegios contenida en el artículo 36 CE, incorporando la colegiación obligatoria como una de las *peculiaridades* de los mismos (FF.JJ. 4 y 5), en otros concluye que es al legislador al que libremente

le corresponde construir una configuración de los Colegios en los que la adscripción no ha de ser necesariamente obligatoria (FJ 8), sin perjuicio de lo cual afirma taxativamente que «la colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional (art. 35 CE), dada la habilitación concedida al legislador por el artículo 36. Pudo, por tanto, dicho legislador establecerla lícitamente, en razón a los intereses públicos vinculados al ejercicio de determinadas profesiones, como pudo no hacerlo si la configuración, esencia y fines de los Colegios fueran otros, acomodando requisitos y fines, estructura y exigencia garantizadoras, de acuerdo con el artículo 36, y, por lo demás, con la naturaleza de los Colegios». En definitiva, según la Sentencia, el artículo 36 CE «ni ordena ni prohíbe la colegiación obligatoria, diferenciando los Colegios de otros entes con base asociativa».

Resulta así que el Tribunal Constitucional perdió en la STC 89/1989 la oportunidad de perfilar el contenido del artículo 36 CE en unos términos nítidos y, en todo caso, más consecuentes con la *peculiaridad* ínsita en la propia constitucionalización de los Colegios Profesionales. Para ello bien pudo apoyarse en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, si bien cita, malinterpreta⁴³: mientras que el TEDH descarta que el derecho de asociación encuentre escenario en unos organismos colegiales configurados sobre la base

⁴³ La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la que se remite, a renglón seguido, el mismo FJ 8 de la STC 89/1989, en apoyo de su propio razonamiento, permitiría, sin embargo, mantener la integridad de la institución colegial. Y ello por cuanto las Sentencias citadas —de 23 de junio de 1981, dictada en el asunto *Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica*; de 10 de febrero de 1983, dictada en el asunto *Albert y Le Compte c. Bélgica*— descartan que la exigencia de colegiación obligatoria al *Ordre des médecins* belga pueda ser contraria al artículo 11 del Convenio (relativo, en lo que interesa, a la libertad de asociación) por la sencilla razón de que tal *Ordre* no constituye propiamente una asociación, en los términos de su primer apartado, por tratarse de una entidad de naturaleza pública, creada por la Ley para el cumplimiento de un objetivo de interés general (la protección de la salud, asegurando un cierto control público sobre el ejercicio del *ars medica*) y dotada de funciones y prerrogativas de Derecho público. Alcanzada esta conclusión, el Tribunal descarta tener que plantearse si en el caso concurren algunos de los supuestos contemplados por el apartado 2 del mismo artículo para justificar restricciones al ejercicio del derecho de asociación: este derecho no está, simple y llanamente, en juego cuando se trata de una entidad identificada en los términos descritos. Este planteamiento fue posteriormente confirmado, también con posterioridad a la STC 89/1989, en la Sentencia de 30 de junio de 1993, dictada en el asunto *Sigurður A. Aigurjónsson c. Islandia*, en la que el Tribunal confirmó que la obligación de adhesión de los taxistas islandeses a una asociación de conductores de vehículos automóviles a la que se encomendaban limitadas funciones de control lesionaba de forma «desproporcionada» —en el marco del apartado 2 del artículo 11 del Convenio— la libertad de asociación en su vertiente negativa: la naturaleza estrictamente privada de la asociación justificó la consideración misma de la posible lesión del artículo 11, ponderando el Tribunal que las funciones públicas atribuidas a esa entidad privada no hacían «necesaria» la imposición obligatoria de la adscripción a la asociación.

de su creación *ex lege*, dotados de personalidad pública con el objetivo de garantizar los intereses generales implicados en una concreta profesión —de ahí que no considere la posibilidad de que en tales casos la colegiación obligatoria tenga siquiera capacidad de lesionar la vertiente negativa del derecho de asociación, derecho que, simple y llanamente, no entra en juego—, la STC 89/1989 asume que en los Colegios Profesionales está presente el derecho de asociación, lo que obliga a buscar en las concretas funciones encomendadas a cada uno de los Colegios en relación con los intereses públicos implicados en cada concreta profesión la justificación de lo que no deja de ser una excepción a aquel derecho, sin que el artículo 36 CE juegue ningún papel garantista a este respecto. Con ello queda abierta la puerta a que, aun de forma contradictoria con la dicción literal del precepto cuya constitucionalidad confirmó la STC 89/1989, la jurisprudencia constitucional posterior, seguramente contagiada de la doctrina constitucional sobre las Cámaras —abierta por las SSTC 132/1989, de 18 de julio, y 139/1989, de 20 de julio, y consolidada con la STC 107/1996, de 12 de junio—, llegue a asumir con aparente naturalidad la existencia de Colegios de adscripción voluntaria⁴⁴, con lo que la ponderación de los intereses públicos en presencia se proyecta sobre la exigibilidad o no de la colegiación obligatoria, rota ya la ecuación Colegio-obligatoriedad de la colegiación.

En el camino de desnaturalización de la ecuación Colegio-colegiación obligatoria (al menos como opción del legislador) fueron estableciendo jalones Sentencias como la 166/1992, de 26 de octubre —que contemplaba la posibilidad, aun excepcional, de la voluntariedad de la colegiación⁴⁵—, y la 386/1993, de 23 de diciembre, que afirmó rotundamente la posibilidad abierta al legislador para establecer excepciones singulares, respecto de uno o varios Colegios concretos, en el ré-

⁴⁴ Y ello a pesar de que la STC 132/1991, de 18 de julio, parece dotar de especial contenido al artículo 36 CE respecto de la colegiación obligatoria (incluso respecto de la STC 89/1989) cuando afirma, en su FJ 7, que «la adscripción obligatoria a Corporaciones públicas debe considerarse como un tratamiento excepcional respecto del principio de libertad, que debe encontrar suficiente justificación, bien en disposiciones constitucionales (así, en el artículo 36 CE), bien, a falta de ellas, en las características de los fines de interés público que persigan y cuya consecución la Constitución encomiende a los poderes públicos, de manera que la afiliación forzosa cuenta con una base directa o indirecta en los mandatos constitucionales». Esta afirmación es reiterada en la STC 113/1994, de 14 de abril (FJ 11), si bien la previa STC 74/1994, de 14 de marzo, en términos mucho más abiertos, advierte que la obligatoriedad de la colegiación «no contraviene lo establecido en el artículo 36 CE, según hemos dicho en más de una ocasión» (FJ 3 *in fine*), interpretación en la que parece insistir la posterior STC 5/1996, de 16 de enero, cuando afirma que el artículo 36 CE puede «configurar la legitimidad de un deber de colegiación» (FJ 10).

⁴⁵ FJ 1. La Sentencia tenía por objeto valorar la posible vulneración del derecho a la libertad sindical por parte de un Colegio al imponer a unos colegiados unas medidas disciplinarias.

gimen de las «corporaciones públicas» regulado por la Ley de Colegios Profesionales. Con todo, absolutamente demoledora para el entendimiento canónico de los Colegios Profesionales es la STC 330/1994, de 15 de diciembre, cuyo FJ 9 da plena carta de naturaleza a los Colegios de adscripción voluntaria dinamitando con vocación de generalidad todos los paradigmas clásicos de la institución colegial⁴⁶:

«Interesa recordar que la Constitución no impone en su artículo 36 un único modelo de Colegio profesional. Bajo esta peculiar figura con rasgos asociativos y corporativos pueden englobarse por el legislador estatal, en ejercicio de su competencia para formalizar normas básicas de las Administraciones públicas *ex* artículo 149.1.18 de la Constitución, situaciones bien distintas como son las que corresponden al ejercicio de funciones públicas en régimen de monopolio o de libre concurrencia en el mercado como profesión liberal, y *con colegiación forzosa o libre*. Del mismo modo, *no tiene por qué erigirse, en los supuestos legales de colegiación voluntaria, una inexistente obligación constitucional de colegiarse, en un requisito habilitante para el ejercicio profesional*. Y es asimismo posible que los Colegios Profesionales asuman la defensa de actividades profesionales que no configuren, en realidad, profesiones tituladas. Todos estos extremos pueden ser regulados libremente por el legislador estatal, desarrollando el artículo 36, y con cobertura competencial en el artículo 149.1.18, ambos de la Constitución. Además, según dijimos en la STC 132/1989 (fundamento jurídico 7), las excepciones al principio general de libertad de asociación han de justificarse, cuando se obligue al individuo a integrarse forzosamente en una agrupación de base asociativa, por la relevancia del fin público que se persigue, así como por la dificultad de obtener ese fin sin recurrir a la adscripción forzosa al ente corporativo».

Así planteada la cuestión, la STC 194/1998, de 1 de octubre, fue la primera en plantearse frontalmente la constitucionalidad de la cole-

⁴⁶ Y ello a pesar de que las especialidades del supuesto —la mediación de seguros privados se califica por la propia Sentencia como actividad, y no como «profesión titulada», a la par que la voluntariedad de la colegiación se justifica en la existencia de un régimen de autorización administrativa previa y de control administrativo posterior— habrían facilitado ofrecer una respuesta distinta.

giación obligatoria en relación con una concreta profesión aplicando el test ensayado en relación con las Cámaras, a los efectos de lo cual declara —no sin incurrir en cierta contradicción con la STC 330/1994⁴⁷— que «la calificación de una profesión como colegiada, con la consiguiente incorporación obligatoria, requiere desde el punto de vista constitucional la existencia de intereses generales que puedan verse afectados o, dicho de otro modo, la necesaria consecución de fines públicos constitucionalmente relevantes. La legitimidad de esta decisión dependerá de 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 esta concreta actividad profesional con determinados derechos, valores y bienes constitucionalmente garantizados; extremos que podrán ser controlados por este Tribunal» (FJ 4 *in fine*). Proyectado el test —de forma bien imprecisa, conviene advertirlo— sobre la concreta profesión enjuiciada —la de profesor de educación física—, el Tribunal alcanza la no poco sorprendente conclusión de que la colegiación obligatoria es en este caso constitucional, a la vista de los fines atribuidos a los Colegios en cuestión, que no se especifican, y teniendo en cuenta que la actividad desarrollada se vincula, en último término, con la salud como valor constitucionalizado. En sentido opuesto, la sucesiva Sentencia 76/2003, de 23 de abril, encabeza una larga serie en la que, resolviendo recursos de amparo en los que se invocaba la libertad de asociación en su vertiente negativa, se declara inconstitucional la exigencia de colegiación obligatoria respecto de los Colegios de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, por descartar que los mismos desarrollen fines o funciones públicos constitucionalmente relevantes en relación con la ordenación de la profesión que lo justifiquen, conclusión en la que pesa el carácter exclusivamente funcional de los miembros del Colegio⁴⁸.

A la vista de la anterior doctrina constitucional no se puede decir que la nueva redacción dada al artículo 3.2 LCP la contradiga: más bien al contrario, lleva a la propia Ley de Colegios la posibilidad de coexistencia de Colegios de colegiación obligatoria y de Colegios de colegiación voluntaria. La nueva redacción dada al citado artículo 3.2 LCP por la Ley 25/2009, lejos de repensar la institución, ha confirmado en sede de la Ley de Colegios la definitiva ruptura de la tan repetida ecua-

⁴⁷ Obsérvese que parece volverse a la identificación profesión colegiada-colegiación forzosa.

⁴⁸ Siguen la serie, entre otras muchas, las SSTC 96/2003, de 22 de mayo; 108/2003, de 2 de junio; 6/2005, de 17 de enero; 97/2005, de 9 de mayo; 110/2005, de 9 de mayo, y 90/2004, de 19 de mayo.

ción Colegio profesional-colegiación obligatoria. La opción del legislador pasa, con todo, por mantener bajo un término común, el de Colegios Profesionales, realidades distintas, en función de que se mantenga o no la exigencia de colegiación, si bien difiere a una ley de aprobación posterior la concreción de qué profesiones justifican la colegiación obligatoria y cuáles no.

En su literalidad, el nuevo artículo 3.2 LCP, después de mantener en su apartado primero la premisa de que el acceso a un Colegio exige una previa titulación⁴⁹, advierte que «será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente *cuando así lo establezca una ley estatal*». Obsérvese que desaparece, respecto de la redacción original del precepto —que no de la LCP—, la referencia misma a las «profesiones colegiadas»⁵⁰, lo que, unido al condicionante —«cuando así lo establezca una ley estatal»—, deja claro que no todas las profesiones para las que exista un Colegio condicionan el acceso a la misma a la previa colegiación.

Esta remisión a una ley estatal se concreta en la Disposición transitoria cuarta de la Ley 25/2009, en la que se establece un plazo de doce meses, a contar desde la entrada en vigor de la Ley —lo que supone que se cumplirá el 27 de diciembre de 2010, en los términos de su Disposición final quinta—, dentro del cual el Gobierno, «previa consulta a las Comunidades Autónomas», habrá de remitir a las Cortes un Proyecto de Ley que determine las profesiones para cuyo ejercicio es obligatoria la colegiación. Resulta, por ello, directamente incumplida la Directiva de Servicios en este punto, ya que se ha sobrepasado el plazo previsto para su transposición, agotado, como sabemos, el 28 de di-

⁴⁹ En los términos del artículo 3.1 LCP, «quien ostente la titulación requerida y reúna las condiciones señaladas estatutariamente tendrá derecho a ser admitido en el Colegio Profesional que corresponda».

⁵⁰ Recordemos la dicción del precepto: «Será requisito imprescindible para el ejercicio de las *profesiones colegiadas* la incorporación al Colegios en cuyo ámbito territorial se pretenda ejercer la profesión». Conviene advertir, en todo caso, que la expresión «profesión colegiada» no desaparece completamente de la LCP. Ni en preceptos inmodificados por la Ley 25/2009, como en el artículo 2 cuando afirma que «el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, garantizan el ejercicio de las *profesiones colegiadas* de conformidad con lo dispuesto en las leyes», y, de otra parte, que «el ejercicio de las *profesiones colegiadas* se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley de Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal». Ni en preceptos introducidos por ella, como el nuevo artículo 15 cuando afirma que «el acceso y ejercicio a *profesiones colegiadas* se regirá por el principio de igualdad de trato y no discriminación, en particular por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, en los términos de la Sección III del Capítulo III del Título II de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social». Sin que se pueda deducir —parece evidente— que unos y otros preceptos resulten ahora sólo aplicables a las profesiones cuyo acceso queda sometido al requisito de previa colegiación.

ciembre de 2009⁵¹, sin perjuicio de que la Ley definitivamente aprobada sea por sí misma sometida al escrutinio determinado por el triple test impuesto por la Directiva para calibrar si las profesiones finalmente sometidas a colegiación obligatoria cumplen con los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad. Y ello con independencia del sometimiento, paralelo, de la misma Ley a los criterios —no siempre precisos, tal y como ha quedado descrito, pero sustancialmente coincidentes— establecidos por la doctrina constitucional desde la perspectiva de la garantía de los derechos y libertades fundamentales implicados⁵². La propia Disposición de referencia ofrece al respecto un doble criterio en cuanto a las profesiones hoy por hoy sometidas a obligación de colegiación que parece querer atender, no sin cierta ambivalencia, a esa doble fuente de control, ya que parte de que tal obligación deberá mantenerse, bien en «aquellos casos y supuestos de ejercicio en que se fundamente como instrumento eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios»⁵³, bien «en aquellas actividades en que puedan verse afectadas, de manera grave y directa, materias de especial interés público, como pueden ser la protección de la salud y de la integridad física o de la seguridad personal o jurídica de las personas físicas». Obsérvese que, en puridad, sólo este último criterio debería ser relevante y, por sí mismo, determinante de la concurrencia del primero: sólo en las profesiones en que estén implicadas materias de especial interés público se justifica la existencia de la colegiación obligatoria (en nuestro criterio, de la institución colegial misma), siendo así que el Colegio funciona como instrumento de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los intereses de los destinatarios de los servicios.

Una última reflexión es necesaria en relación con esta previsión. No hemos destacado hasta ahora el hecho de que el nuevo artículo 3.2 LCP especifica que será una «Ley estatal» la que precise qué profesiones deben exigir la colegiación obligatoria. Precisión ésta que es, por sí misma, fiel a la jurisprudencia constitucional sobre la distribución de

⁵¹ Y ello por cuanto la propia Disposición advierte que «hasta la entrada en vigor de la mencionada Ley se mantendrán las obligaciones de colegiación vigentes».

⁵² A las circunstancias de superposición de ambos criterios —de conformidad con la Directiva y de constitucionalidad— y a las consecuencias que de ello se derivan en punto a la articulación entre ordenamientos hemos dedicado unas reflexiones en el artículo «El impacto de la Directiva de Servicios en la institución colegial a la luz del artículo 36 CE», de próxima aparición en la *REDC*, núm. 90, en el que se trata, con mayor profundidad, la doctrina constitucional en la materia.

⁵³ Este criterio parece responder, más propiamente, a la opinión decantada por la CNC en su Informe de septiembre de 2008, cuya Recomendación 5.^a establecía que «la exigencia de colegiación se debe limitar a perseguir el objetivo de asegurar la calidad de los servicios prestados por los profesionales y a ayudar a mantener ciertas conductas favorables a los clientes en el comportamiento de los profesionales».

competencias en la materia, en la que ha quedado confirmado —no sin incurrir en una cierta paradoja— que el Estado es competente para establecer las bases del régimen colegial, *ex* artículo 149.1.18.^a CE⁵⁴, formando parte de dichas bases la fijación del régimen obligatorio o no de la colegiación. Así lo dejó establecido la ya citada STC 330/1994 (FJ 9). Y así parece haberlo confirmado la recientísima STC 31/2010, de 28 de junio, dictada respecto del Estatuto de Cataluña, aprobado mediante Ley Orgánica 6/2006, cuando desactiva el efecto pretendido por el artículo 125.1.a) cuando reconoce a la Generalitat, «en todo caso», la competencia sobre «el régimen de colegiación y adscripción» de los Colegios⁵⁵, al interpretar que aquella expresión —«en todo caso»— «ha de entenderse en sentido meramente descriptivo o indicativo de que dichas submaterias forman parte del contenido de la realidad material de que se trate, pero sin que las competencias del Estado, tanto si son concurrentes como si son compartidas con las de la Comunidad Autónoma, resulten impedidas o limitadas en su ejercicio por esa atribución estatutaria “en todo caso” de competencias específicas a la Generalitat»⁵⁶.

La confirmación de la competencia estatal para determinar qué profesiones están sometidas a colegiación obligatoria encuentra, sin embargo, en la misma LCP reformada una cierta vía de fuga, o de incoherencia, en relación con el principio de colegiación única. Sobre ello, y sobre otras novedades en relación con el contenido y circunstancias de la colegiación, pasamos a reflexionar en el siguiente epígrafe.

⁵⁴ La paradoja procede del dato, ya destacado, de la desnaturalización que de la institución colegial, desde una perspectiva material, ha forjado la jurisprudencia constitucional al vaciar el artículo 36 CE de cualquier contenido sustantivo como garante de aquella institución sometida a sus *peculiares* rasgos clásicos frente a otros entes de base asociativa, lo que no le impide al mismo Tribunal Constitucional apoyarse en la consideración de los Colegios Profesionales como Administraciones públicas para extraer del artículo 149.1.18.^a CE la competencia del Estado para establecer las bases en la materia.

⁵⁵ Prescribe literalmente el precepto que «corresponde a la Generalitat, *en materia de Colegios Profesionales*, Academias, Cámaras Agrarias, Cámaras de Comercio, de Industria y de Navegación y otras corporaciones de derecho público representativas de intereses económicos y profesionales, la competencia exclusiva, excepto en lo previsto en los apartados 2 y 3. Esta competencia, respetando lo dispuesto en los artículos 36 y 139 de la Constitución, incluye en todo caso: a) La regulación de la organización interna, del funcionamiento y del régimen económico, presupuestario y contable, *así como el régimen de colegiación y adscripción*, de los derechos y deberes de sus miembros y del régimen disciplinario».

⁵⁶ FJ 64, con mención expresa del artículo 125. G. FERNÁNDEZ FARRERES (2009: págs. 10-14) puso de manifiesto la contradicción entre el artículo estatutario y el nuevo 3.2 LCP, apelando también al artículo 149.1.1.^a CE como fundamento de la competencia estatal en la materia, al estar implicado el ejercicio de las libertades de asociación, en su vertiente negativa, y profesional. En todo caso, el TC tendrá ocasión de volver sobre ello cuando resuelva el recurso de inconstitucionalidad núm. 6851/2010, promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra el artículo 5.5, la DT 4.^a y la DF 1.^a de la Ley 25/2009 (Providencia de admisión de 5 de octubre de 2010, publicada en BOE núm. 254, de 20-5-2010, pág. 88226).

C) *Novedades en el contenido y circunstancias de la colegiación*

El artículo 3.3 LCP, en su nueva redacción, mantiene el principio de colegiación única que ya había introducido en la Ley de Colegios la Ley 7/1997 por inspiración del Informe de 1992 del entonces Tribunal de Defensa de la Competencia. La redacción de la antigua frase segunda del artículo 3.2 LCP se mantiene para prescribir 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». Sorprende, sin embargo, que —a renglón seguido— el nuevo artículo 3.3 LCP advierta que «a estos efectos, cuando en una profesión sólo existan colegios profesionales en algunas Comunidades Autónomas, 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». Previsión que encuentra dificultades de encaje en las exigencias del artículo 10.4 de la Directiva de Servicios en punto a la excepcionalidad en la limitación territorial de las autorizaciones⁵⁷ y resulta netamente contradictoria con la taxativa dicción del ya comentado artículo 3.2 LCP, en el que se reconoce al legislador estatal como único competente para determinar qué profesiones mantendrán la obligación de colegiación, ya que parece contemplar la subsistencia de Colegios exclusivamente autonómicos, incluso de adscripción obligatoria.

Probablemente, aquella misma regla de la Directiva explique la eliminación por la Ley 25/2009 del último párrafo del artículo 3.2 LCP, por el que se establecía que «cuando los Colegios estén organizados territorialmente *atendiendo a la exigencia necesaria del deber de residencia para la prestación de los servicios*, la colegiación habilitará solamente para ejercer en el ámbito territorial que corresponda». Descarta, en todo caso, la nueva redacción de la LCP toda excepción al principio de colegiación única, y ello a pesar de que la propia Directiva habría dado cobertura a tal opción siempre que existiera «una razón imperiosa de interés general» que lo justificase.

⁵⁷ En los términos del artículo 10.4 de la Directiva, «la autorización» —de la que, como sabemos, la inscripción colegial es una especie— «deberá permitir al prestador acceder a la actividad de servicios o ejercerla en la totalidad del territorio nacional, incluido mediante la creación de agencias, sucursales, filiales u oficinas, salvo que haya una razón imperiosa de interés general que justifique una autorización individual para cada establecimiento o una autorización que se limite a una parte específica del territorio» (al respecto, vid. cdos. 47, 59 y 60). Parece difícil identificar una razón imperiosa de interés general que pueda justificar una limitación territorial de la colegiación.

Es más, el principio de colegiación única se lleva en la nueva redacción de la LCP (particularmente en su art. 3.3) a sus últimas consecuencias al eliminarse toda forma de comunicación —no ya de habilitación o pago de contraprestación económica específica, eliminada ya desde la aprobación del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de *Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios*— como requisito para el ejercicio de la profesión en territorio distinto al de la colegiación⁵⁸. Queda de este modo radicalmente yugulada toda posibilidad de control de los Colegios sobre los profesionales actuantes en su territorio cuando no se corresponda con el de su obligada colegiación por razón del domicilio principal, lo que —adelgazada la exigencia hasta ahora vigente a una mera comunicación— no encuentra justificación alguna en la Directiva de Servicios y, en todo caso, contrasta con la previsión que se introduce en el mismo artículo 3.3 LCP a renglón seguido, para advertir que «en los supuestos de ejercicio profesional en territorio distinto al de colegiación, a los efectos de ejercer las competencias de ordenación y potestad disciplinaria que corresponden al Colegio del territorio en el que se ejerza la actividad profesional, en beneficio de los consumidores y usuarios, los Colegios deberán utilizar los oportunos mecanismos de comunicación y los sistemas de cooperación administrativa entre autoridades competentes previstos en la Ley 17/2009», con la advertencia final de que «las sanciones impuestas, en su caso, por el Colegio del territorio en el que se ejerza la actividad profesional surtirán efectos en todo el territorio español». ¿Cómo podrán los Colegios actuar en consecuencia si no tienen, siquiera, noticia, gracias a la oportuna comunicación, de que un profesional colegiado en otro territorio está ejerciendo su actividad en el propio? Flaco favor se ha hecho, en definitiva, a esos consumidores y usuarios —a los que el nuevo artículo 5.a) coloca, como veremos, en la diana de las funciones colegiales— con la eliminación de la obligación de comunicación interterritorial⁵⁹.

Tratamiento específico recibe, en el nuevo apartado 4 del artículo 3 LCP, el supuesto de desplazamiento temporal de un profesional de otro

⁵⁸ Si la Ley 7/1997 había contemplado genéricamente una posible comunicación al Colegio distinto del de la colegiación para prestar en su ámbito la actividad profesional, el Real Decreto-Ley de referencia eliminó expresamente la posibilidad de imponer habilitación o pago de contraprestación específica, y ello «*sin perjuicio de que los Estatutos Generales o, en su caso, los autonómicos puedan establecer la obligación de los profesionales que ejerzan en un territorio diferente al de colegiación de comunicar a los Colegios distintos a los de su inscripción la actuación en su ámbito territorial*», medida que se justifica en el Preámbulo de la norma como un mecanismo de profundización «en la liberalización del ejercicio de las profesiones colegiadas, eliminando las barreras que pueden limitar los beneficios de la colegiación única».

⁵⁹ Muy crítico con esta medida, ya introducida en el Proyecto de Ley, se muestra G. FERNÁNDEZ FARRERES (2009: págs. 17-20).

Estado miembro de la Unión Europea —en ejercicio, es evidente, de la libertad comunitaria de prestación de servicios—, supuesto cuya regulación queda remitida, como no podía ser de otro modo a la vista de lo previsto, en último término, por la propia Directiva de Servicios [art. 3.d)], a «la normativa vigente en aplicación del Derecho comunitario relativa al reconocimiento de cualificaciones», es decir, al ya citado Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre.

Conviene advertir, finalmente, que la Ley 25/2009 introduce también algunas novedades respecto de los condicionantes y circunstancias de la tramitación de la colegiación. En el artículo 3.2 LCP reformado se advierte, por una parte, que «la cuota de inscripción o colegiación no podrá superar en ningún caso los costes asociados a la tramitación de la inscripción», medida que, en todo caso, exigía el artículo 13.2 de la Directiva de Servicios⁶⁰, por más que el Informe de la CNC de septiembre de 2008 apuntara en la misma dirección (pág. 30); y, por otra, que los Colegios dispondrán de los medios necesarios para que los solicitantes puedan tramitar su colegiación por vía telemática «de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de esta Ley», en el que —como veremos en apartado sucesivo— se regula la llamada ventanilla única.

2. *Novedades en las funciones colegiales a la luz de la norma comunitaria: luces y sombras*

La Ley 25/2009 ha introducido también ciertas novedades en relación con las funciones colegiales. Algunas de ellas tienen entidad muy relativa. Otras, sin embargo, imponen cambios de más calado en el régimen colegial, sobre todo por lo que hace a ciertas profesiones.

La nueva redacción del apartado a) del artículo 5 LCP, que había quedado sin contenido desde la Ley 74/1978, introduce una cláusula que, a pesar de iniciar el elenco de las funciones colegiales, parece propiamente una cláusula de cierre, ya que atribuye a los Colegios «cuantas funciones redunden en beneficio de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados». De este modo parece destacarse el cariz prestacional —o servicial— de las actividades profesionales y la vocación —en nuestra opinión, estrecha— de atención a los consumidores con la que se ha querido caracterizar, particularmente por la CDC, la actividad colegial, sin que la novedad adquiera por ello mayor relevancia.

⁶⁰ Advierte el precepto comunitario que los gastos que ocasionen a los solicitantes los procedimientos y trámites de autorización «deberán ser razonables y proporcionales a los costes de los procedimientos de autorización y no exceder el coste de los mismos».

La novedad introducida como nuevo apartado u) —siendo así que el anterior u) pasa a ser x)— impone a los Colegios una nueva función que se explica como consecuencia de las medidas de cooperación interadministrativa contempladas en la Directiva de Servicios que apelan a la asistencia recíproca entre los Estados miembros (arts. 28 a 36). La nueva función, en efecto, obliga a los Colegios a «atender las solicitudes de información sobre sus colegiados y sobre las sanciones firmes a ellos impuestas, así como las peticiones de inspección o investigación que les formule cualquier autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea» en los términos previstos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y ello siempre y cuando «las solicitudes de información y de realización de controles, inspecciones e investigaciones estén debidamente motivadas y que la información obtenida se emplee únicamente para la finalidad para la que se solicitó». Sorprende, en principio, que tales obligaciones se impongan a todos los Colegios cuando la Directiva parte de la designación, por los Estados miembros, de uno o más Puntos de Contacto a los efectos de cumplir con estas obligaciones (art. 28.2), si bien, como veremos, esta previsión es coherente con el artículo 10 de la Ley 25/2009.

Con todo, las principales novedades en relación con las funciones colegiales se refieren a la emisión de visados, a la fijación de recomendaciones sobre honorarios y a la posible modulación de la posibilidad de difundir comunicaciones comerciales.

A) *La drástica reordenación del visado colegial*

En relación con el visado colegial, la nueva redacción del apartado q) del artículo 5 LCP se remite al nuevo artículo 13, en el que se ofrece una renovada regulación del visado que rompe con la previa regla, introducida por la Ley 7/1997, según la cual tal visado sería obligatorio cuando así lo previeran expresamente los Estatutos generales. En su nueva regulación la exigibilidad del visado queda muy restringida, añadiéndose previsiones pretendidamente estrictas sobre la correlativa responsabilidad del Colegio derivada de su emisión. Novedades éstas que, aunque vienen en último término inspiradas por las previsiones generales de la Directiva de Servicios, encuentran claro origen en las recomendaciones de la CNC en su Informe de 2008⁶¹.

El visado queda, en primer lugar, restringido exclusivamente a las que se califican como «profesiones técnicas», lo que no deja de co-

⁶¹ En la Recomendación Quinta *in fine* de su Informe, la CNC apela, en efecto, a revisar «el objeto, contenido, obligatoriedad, responsabilidad colegial y precio de los visados».

responderse con la realidad de las cosas⁶². La restricción mayor viene dada, sin embargo, por la limitación de su exigibilidad —dejando a salvo los supuestos de «petición expresa de los clientes, incluidas las Administraciones Públicas cuando actúen como tales»— a los supuestos en los que así lo haya establecido el Gobierno mediante Real Decreto⁶³, que, previa consulta a los colegiados afectados, ponderará un doble criterio: que el visado sea necesario «por existir una relación de causalidad directa entre el trabajo profesional y la afectación a la integridad física y seguridad de las personas», y que haya quedado, además, acreditado que el visado sea el medio de control más proporcionado a tal fin. La posible interpretación de la remisión a un Real Decreto como facilitadora de una aplicación inocua de la novedad, partiendo de que los Estatutos generales colegiales se aprueban bajo aquella forma reglamentaria, queda neutralizada por la última previsión del nuevo artículo 13.1 LCP, en el que se advierte que «en ningún caso, los Colegios, por sí mismos o a través de sus previsiones estatutarias, podrán imponer la obligación de visar los trabajos profesionales».

Queda, así, sin duda restringida en la nueva Ley la posibilidad de establecer la obligatoriedad del visado colegial, lo que parece justificarse en la aplicación de la lógica impuesta por la Directiva de Servicios para eliminar los *requisitos* que para el ejercicio de las actividades de servicios puedan incumplir el triple test. Resulta, en todo caso, sorprendente que la estrechez con la que la Ley ha condicionado la posibilidad de que, por norma reglamentaria, el Consejo de Ministros fije los supuestos de exigibilidad del visado —limitada la «razón imperiosa de interés general» a «la afectación a la integridad física y seguridad de las personas»⁶⁴— no encuentre correspondencia con la identificación del objeto mismo de tal control, que, en los términos del apartado 2 del mismo artículo 13, puede quedar limitado a comprobar: «a) La identidad y habilitación profesional del autor del trabajo, utilizando para ello

⁶² A este respecto, aun cuando la Ley no ofrezca pista alguna sobre qué entender por tales, no se puede ocultar que la función de visado colegial sólo ha encontrado manifestación tradicional en relación con las profesiones de perfil técnico, encontrando su explicación la introducción primigenia de esta función colegial en la Ley 2/1974 en la intención de refrendar en la Ley de Colegios la figura del visado colegial como mecanismo de control de la legalidad urbanística. Así lo pone de manifiesto L. CALVO SÁNCHEZ (1998: págs. 590-591).

⁶³ Se ha descartado finalmente la reserva de ley en este punto, que venía impuesta, primero, en el Anteproyecto de Ley y que pretendió reverdecer el Senado (vid. Enmiendas propuestas definitivamente por el Senado, *BOCG, Congreso de los Diputados*, IX Legislatura, Serie A, núm. 30-14, pág. 23).

⁶⁴ En el Senado pretendieron ampliarse los supuestos de justificación de la exigencia de visado obligatorio, abarcando además la posible afectación a la salud, la prestación de servicios de interés económico general o servicios públicos o la protección del medio ambiente. Vid. Enmiendas propuestas definitivamente por el Senado, *BOCG, Congreso de los Diputados*, IX Legislatura, Serie A, núm. 30-14, pág. 23.

los registros de colegiados previstos en el artículo 10.2. b) La corrección e integridad *formal* de la documentación del trabajo profesional de acuerdo con la normativa aplicable al trabajo del que se trate», sin que pueda incluir en ningún caso, como se estableciera desde la Ley 7/1997 por influencia del TDC, «los honorarios ni las demás condiciones contractuales, cuya determinación queda sujeta al libre acuerdo de las partes». Exiguo, desde luego, el objeto del visado colegial, máxime cuando se advierte expresamente que el mismo no «comprenderá el control técnico de los elementos facultativos del trabajo profesional», como, de hecho, venía ocurriendo hasta ahora⁶⁵, con lo que queda especialmente desdibujada la correlativa atribución de responsabilidad subsidiaria al Colegio, operada por el apartado 3, en caso de daños derivados de un trabajo profesional visado, siempre y cuando tales daños «tengan su origen en defectos que hubieran debido ser puestos de manifiesto por el Colegio al visar el trabajo profesional⁶⁶, y que guarden relación directa con los elementos que se han visado en ese trabajo concreto».

Advierte finalmente el apartado 4 que, en el caso de visado preceptivo, su coste será «razonable, no abusivo ni discriminatorio», sin exigirse expresamente —lo cual sorprende— su orientación a costes, tal y como imponía, con mejor criterio y mayor correspondencia con la realidad, el Proyecto de Ley; ni establecerse restricción alguna en caso de visado voluntario. Los correspondientes precios serán hechos públicos por los Colegios, que permitirán su tramitación por vía telemática.

En todo caso, el verdadero impacto de esta novedad se aprecia una vez aprobado finalmente, ya superado el plazo ofrecido por la Disposición transitoria tercera de la Ley 25/2009⁶⁷, el Real Decreto al que remite el artículo 13. A la vista del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio, los supuestos de visados obli-

⁶⁵ Vid. al respecto la STS de 15 de febrero de 2005 (RJ 2005/2654), en la que se cita la doctrina del Tribunal Supremo, expresada en la Sentencia de 30 de junio de 1980 (RJ 1980, 3381) y la de 19 de octubre de 1981 (RJ 1981, 4489), cuando advierte que «con el visado se propone, entre otras finalidades, comprobar y garantizar la habilitación suficiente del autor del proyecto, habilitación que se compete de elementos positivos: titulación, colegiación... y negativos: carencia de sanción disciplinaria, o inexistencia de incompatibilidad, etc.».

⁶⁶ Ha caído, afortunadamente, desde la redacción original del Proyecto de Ley, la referencia a que los daños hubieran «razonablemente» debido ser puestos de manifiesto por el Colegio, lo que resta imprecisión al supuesto.

⁶⁷ A la vista de lo previsto en la Disposición transitoria tercera de la Ley, este Real Decreto se aprobó con retraso, ya que a tales efectos ofrecía un plazo máximo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la Ley, lo que tuvo lugar el 27 de diciembre de 2009, según ha previsto su Disposición final quinta. Hasta entonces, con incumplimiento de la Ley y, en su caso, de la Directiva, siguieron siendo exigibles los visados así contemplados por la normativa vigente.

gatorios resultan drásticamente recortados al número de nueve⁶⁸ —frente a los más de ochenta cuya preexistencia reconoce el propio Ministerio en la Memoria que acompañó a la primera versión del Proyecto de Real Decreto—, lo que resulta no poco polémico, máxime si a ello se suma la disociación entre el objeto del proyecto y el profesional que lo presenta propiciada por el artículo 5.

B) *La discutible prohibición de las recomendaciones sobre honorarios*

Las modificaciones en las funciones colegiales introducidas por la Ley 25/2009 no sólo se explican en clave de adición o reforma. El apartado siete del artículo 5 de aquella Ley suprime la letra ñ) del artículo 5 de la LCP, lo que supone eliminar como función colegial la de «establecer baremos de honorarios, que tendrán carácter orientativo». Esta previsión por eliminación se completa con la introducción de un nuevo artículo 14, según el cual «los Colegios Profesionales y sus organizaciones colegiales no podrán establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales», salvo por lo que hace a la elaboración de criterios orientativos a los solos efectos de la tasación de costas y la jura de cuentas de los abogados, según precisa la Disposición adicional cuarta, a la que el referido artículo 14 se remite⁶⁹.

Resulta así radicalmente eliminada, aun con la excepción dirigida a la fijación de las costas procesales, la posibilidad de que los Colegios aprueben criterios orientativos para la fijación de honorarios profesionales. Solución ésta que —conviene advertirlo— no venía impuesta por la Directiva comunitaria, que se limitó a identificar como uno de los «requisitos a evaluar» en relación con el ejercicio de las actividades de servicios las «tarifas mínimas y/o máximas que el prestador debe respetar» —es decir, obligatorias— [art. 15.2.g)], abocando a la aplicación del triple test para valorar su conformidad o no con el ordena-

⁶⁸ Tres en el ámbito de la edificación, dos en el de las voladuras y demoliciones de edificios, tres en relación con la manipulación de explosivos y uno en relación con los recursos mineros, toda vez que un décimo supuesto, relacionado con la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones y que se incluía en la primera versión del Proyecto de 30 de abril de 2010, ha desaparecido en la versión de 16 de junio. El supuesto eliminado había sido señalado por la CNC en su informe de mayo de 2010 como uno de aquellos en los que, según su criterio, no estaba suficientemente justificada la obligatoriedad del visado.

⁶⁹ En los términos literales de la citada Disposición, «los Colegios podrán elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados. Dichos criterios serán igualmente válidos para el cálculo de honorarios y derechos que corresponden a los efectos de tasación de costas en asistencia jurídica gratuita».

miento comunitario. Tratándose como se trataba ya, en la redacción del artículo 5.º LCP introducida por la Ley 7/1997, de baremos meramente orientativos, no se puede identificar en la Directiva de Servicios imposición alguna a este respecto.

Debemos buscar, un vez más, en la posición de la CNC decantada en su Informe de septiembre de 2008 —e incluso antes, en el Informe de junio de 2008 dirigido a las Administraciones públicas⁷⁰ y, en último término, en el Informe de 1992— el origen inmediato de esta medida, ya que la Comisión seguía viendo en los baremos, aun meramente *orientativos*, una medida indirectamente lesiva de la libre competencia, por facilitar la concertación de precios⁷¹. Planteamiento éste que resulta, probablemente, un tanto miope, pues olvida que estos baremos juegan un claro papel orientativo a favor, precisamente, de los consumidores y usuarios —principales, si no únicos, destinatarios de la estructura colegial, en la interpretación de la propia Comisión—⁷².

C) *La limitada atención a los códigos deontológicos en relación con las comunicaciones comerciales*

En el repaso de las novedades introducidas por la Ley 25/2009 en la LCP, particularmente en lo que hace a las funciones colegiales, sorprende el escaso interés dedicado a los códigos deontológicos. A ellos dedica especial atención la Directiva de Servicios, que insiste en la necesidad de elaborar, a nivel comunitario y en colaboración con la Comisión, códigos de conducta que, con objeto de fomentar la calidad de los servicios y, en último término, la materialización de las libertades comunitarias de prestación y establecimiento de servicios en el ámbito profesional, tengan en cuenta las peculiaridades de cada profesión.

En los términos del considerando 114 de la Directiva, «los Estados miembros deben fomentar la elaboración de códigos de conducta, en particular por parte de los colegios, las asociaciones y los organismos profesionales a nivel comunitario. Estos códigos de conducta deben incluir, teniendo en cuenta la naturaleza específica de cada profesión, normas de comunicación comercial relativas a las profesiones regula-

⁷⁰ Bajo el título *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*.

⁷¹ En la consideración de la CNC, se trataría de un supuesto de «prácticas conscientemente paralelas», con efectos similares a la fijación de precios: «No se llega a establecer un cártel, pero los partícipes se comportan todos de la misma forma, porque pueden razonablemente anticipar cuál va a ser el comportamiento de sus competidores» (Informe de septiembre de 2008, ap. 149).

⁷² Así lo pone de manifiesto también G. FERNÁNDEZ FARRERES (2009, pág. 28).

das, así como normas de deontología y conducta profesional de dichas profesiones, con vistas a garantizar, en particular, la independencia, la imparcialidad y el secreto profesional». Estos códigos de conducta comunitarios —regulados en el artículo 37 de la Directiva— no sustituyen, sino que complementan, a los códigos nacionales, siendo así que —en los términos del mismo considerando— «los Estados miembros deben adoptar medidas complementarias para inducir a los colegios, las asociaciones y los organismos profesionales a aplicar a nivel nacional estos códigos de conducta adoptados a nivel comunitario», respecto de los que operarán en términos de mínimos, tal y como se aclara en el considerando siguiente⁷³.

Estas previsiones comunitarias no encuentran, sin embargo, como tales, reflejo sustantivo alguno en la Ley 25/2009: sólo se han recogido menciones tangenciales a los códigos de conducta o deontológicos. En el artículo 10.2.e) —para especificar que los mismos serán accesibles a través de la ventanilla única, lo que supone dar cumplimiento a la exigencia contenida en el apartado 2 del artículo 37 de la Directiva⁷⁴— y en el artículo 5.2 —para identificarlos, de forma un tanto alambicada, como posible cauce de precisión, junto con los Estatutos de los Colegios, de las reglas de conducta en materia de comunicaciones comerciales—.

Concretamente, en los términos del precepto de referencia, «los Estatutos de los Colegios, o los códigos deontológicos que en su caso aprueben los Colegios, podrán contemplar previsiones expresas dirigidas a exigir a los profesionales colegiados que su conducta en materia de comunicaciones comerciales sea ajustada a lo dispuesto en la Ley, con la finalidad de salvaguardar la independencia e integridad de la profesión, así como, en su caso, el secreto profesional». El texto definitivo del precepto resulta, con todo, un tanto equívoco una vez se ha eliminado —afortunadamente— la previsión del primer párrafo del artículo 2.5, que imponía una reserva de ley para fijar «las restricciones a las comunicaciones comerciales en las profesiones reguladas»⁷⁵. Desapare-

⁷³ En los términos del considerando 115, «los códigos de conducta comunitarios pretenden fijar normas *mínimas* de comportamiento y *complementan* los requisitos legales de los Estados miembros. No obstan para que los Estados miembros, de conformidad con el Derecho comunitario, adopten medidas legislativas más estrictas, *ni para que los colegios profesionales dispongan una mayor protección en sus códigos de conducta nacionales*».

⁷⁴ Según el cual «los Estados miembros harán lo necesario para que se pueda acceder a distancia, por vía electrónica, a los códigos de conducta contemplados en el apartado 1».

⁷⁵ En la literalidad del precepto del Proyecto de Ley, «en todo caso, los requisitos (...), *así como las restricciones a las comunicaciones comerciales en las profesiones reguladas*, serán sólo las que se establezcan por Ley». La frase en cursiva fue, precisamente, la eliminada en la versión definitiva de la Ley. Respecto de esta reserva de ley contenida en el Proyecto de Ley se mostró muy crítico G. FERNÁNDEZ FARRERES (2009, págs. 31-32).

cida la reserva de ley específica para la introducción de restricciones a las comunicaciones comerciales, no se entiende muy bien a qué ley debe ajustarse la conducta de los colegiados, siendo así que, en todo caso, los Estatutos colegiales o los códigos de conducta aprobados por los Colegios no fijarán por sí mismos el régimen limitativo de las comunicaciones comerciales —como parece que permitiría la función colegial reconocida en el apartado i) del artículo 5⁷⁶—, sino que limitarán su función a exigir a los colegiales el cumplimiento de lo previsto al respecto por «la Ley». No parece, en todo caso, suficiente la remisión a la Ley General de Publicidad, aprobada como Ley 34/1988, por la que abogaría reiteradamente la Comisión Nacional de la Competencia⁷⁷, propuesta que parece latir en la redacción del precepto, por más que haya quedado tan desdibujado.

Respecto de las comunicaciones comerciales hay que tener en cuenta que la Directiva adopta una posición clara, que se concreta en su artículo 24, en el que no se descarta, en absoluto, una regulación de las mismas. Su apartado 1 afirma sin ambages que «los Estados miembros suprimirán las prohibiciones totales de realizar comunicaciones comerciales en el caso de las profesiones reguladas», de lo que se deduce que la Directiva se opone a una prohibición radical de estas comunicaciones, pero no a su regulación, ya que el apartado 2 remite a este respecto a las «normas profesionales» cuyo objeto sea «la independencia, dignidad e integridad de la profesión, así como el secreto profesional», normas que, en todo caso, quedan sometidas al triple test de reiterada referencia en la Directiva⁷⁸. Esa llamada a las «normas profesionales» parece depositar más propiamente en la esfera colegial de autorregulación la facultad de determinar el régimen de las comunicaciones comerciales, vinculándolo, en último término, con la garantía de la dignidad profesional.

Conviene advertir, en todo caso, que el artículo 24 de la Ley 17/2009 establece previsiones expresas sobre las «comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas» que, siendo en vía de principio más fie-

⁷⁶ Este precepto, no afectado por la reforma, atribuye a los Colegios la función de «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».

⁷⁷ Vid. apartados 152 a 153 del Informe de septiembre de 2008, en que se remite a sus posiciones ya establecidas en el Informe de junio anterior

⁷⁸ «Dicha supresión no afecta a las prohibiciones relativas al contenido de una comunicación comercial, sino a aquellas que, de manera general y en relación con una profesión dada, prohíben una o varias formas de comunicación comercial, por ejemplo, toda publicidad en uno o varios medios de difusión dados», tal y como precisa el considerando 100 de la Directiva. En todo caso, este mismo considerando 100 y el 114 (transcrito en el texto) apelan a los códigos de conducta comunitarios para la regulación del contenido y modalidades de las comunicaciones comerciales, que son definidas por el apartado 12 del artículo 4.

les con la Directiva de Servicios, no prejuzgan la forma normativa bajo la que cabrá imponer limitaciones a estas comunicaciones⁷⁹.

3. *Nuevas obligaciones de gestión colegial: ventanilla única, servicio de atención y memoria anual*

La Ley 25/2009 ha impuesto a los Colegios ciertas obligaciones de gestión, sólo parcialmente inspiradas en las exigencias de la Directiva de Servicios.

En primer lugar, la Ley 25/2009, a través de la introducción de un nuevo artículo 10 en la LCP, obliga a los Colegios a disponer de una página web que será soporte de una ventanilla única que servirá de punto de contacto tanto para los profesionales como para los usuarios de los servicios⁸⁰. Esta ventanilla única, tal y como señala el propio precepto, ha sido prevista por la Ley 17/2009 y, añadimos nosotros, por la Directiva de Servicios, en la que se identifica como pieza clave para la materialización del principio de simplificación administrativa. Sorprende, sin embargo, que la Ley 25/2009 haya impuesto la creación de la ventanilla a todos los Colegios, sin más, lo que parece pugnar con la idea misma de «ventanilla única», por más que el artículo 6.2 de la Directiva advierta —después de mencionar en su apartado 1 a los Colegios Profesionales— que «la creación de ventanillas únicas no supone una interferencia en el reparto de funciones o competencias entre las autoridades competentes dentro de cada sistema nacional»⁸¹.

Sea como fuere, la ventanilla de obligada creación colegial ofrecerá, por una parte, a los profesionales la posibilidad de realizar «todos los trámites necesarios para la colegiación, su ejercicio y su baja en el

⁷⁹ En su literalidad: «1. Se garantiza la libertad de las comunicaciones comerciales en las profesiones reguladas. 2. No podrán establecerse prohibiciones totales a las comunicaciones comerciales en las profesiones reguladas. Las limitaciones que se puedan imponer no podrán ser discriminatorias, habrán de estar siempre justificadas por una razón imperiosa de interés general y serán proporcionadas».

⁸⁰ Tal y como advierte el apartado 3 del nuevo artículo 10 LCP, «las corporaciones colegiales deberán adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de lo previsto en este artículo e incorporar para ello las tecnologías precisas y crear y mantener las plataformas tecnológicas que garanticen la interoperabilidad entre los distintos sistemas y la accesibilidad de las personas con discapacidad. Para ello, los colegios profesionales y, en su caso, los Consejos Generales y autonómicos podrán poner en marcha los mecanismos de coordinación y colaboración necesarios, inclusive con las corporaciones de otras profesiones».

⁸¹ En los términos del considerando 48 de la Directiva, «el número de ventanillas únicas puede variar según las competencias regionales o locales o según las actividades de que se trate». Téngase en cuenta a estos efectos que en la consideración de la Directiva, tal y como se desprende del mismo considerando, la ventanilla no funciona necesariamente como gestora directa de los trámites que ofrece, sino que puede operar como «intermediario entre el prestador y dichas autoridades directamente».

Colegio», facilitándoles —de forma gratuita, advierte el precepto, por más que la Directiva contemple la posibilidad de cobrar tarifas «proporcionadas»⁸²— la información necesaria sobre los distintos trámites relacionados con el acceso y ejercicio de la actividad profesional y la posibilidad misma de su tramitación, incluyendo la información sobre su desarrollo y la materialización de las correspondientes notificaciones, así como las convocatorias de los colegiados a las Juntas Generales y la puesta en su conocimiento de la actividad pública y privada del Colegio Profesional. Para la mejor defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, la misma ventanilla ofrecerá, de forma «clara, inequívoca y gratuita», el acceso a un registro permanentemente actualizado de colegiados⁸³, el acceso a un registro de sociedades profesionales⁸⁴, información sobre las vías de reclamación y los recursos que podrán interponerse en caso de conflicto entre el consumidor o usuario y el colegiado o el Colegio⁸⁵, los datos de las organizaciones de consumidores y usuarios a las que podrán dirigirse para obtener asistencia⁸⁶ y el contenido de los códigos deontológicos.

La vertiente informativa y de gestión que queda cubierta por la creación de la ventanilla única colegial se complementa con la obligación impuesta por el nuevo artículo 12 de crear un servicio de atención a los colegiados y a los consumidores y usuarios⁸⁷, regulado de forma un tanto retórica: respecto de los colegiados se limita a prever que los Colegios «deberán *atender* las quejas o reclamaciones presentadas para los colegiados», sin mayor precisión (ap. 1), mientras que res-

⁸² Tal y como precisa el considerando 49 de la Directiva, «la tarifa que puedan cobrar las ventanillas únicas deberá ser proporcional al coste de los procedimientos y trámites de que se ocupen».

⁸³ En él constarán, como mínimo, a tenor del apartado 2.a) del nuevo artículo 10 LCP, «nombre y apellidos de los profesionales colegiados, número de colegiación, títulos oficiales de los que estén en posesión, domicilio profesional y situación de habilitación profesional».

⁸⁴ Con el contenido especificado en el artículo 8 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, según dispone el artículo 10.2.b) LCP. Tal y como advierte el apartado 4 del mismo artículo, «los Colegios profesionales de ámbito territorial facilitarán a los Consejos Generales o Superiores, y en su caso a los Consejos Autonómicos de Colegios, la información concerniente a las altas, bajas y cualesquiera otras modificaciones que afecten a los Registros de colegiados y de sociedades profesionales, para su conocimiento y anotación en los Registros centrales de colegiados y de sociedades profesionales de aquéllos».

⁸⁵ En rigor, el artículo 7.1.d) de la Directiva exige, en términos más amplios, que a través de las ventanillas únicas se ponga a disposición de prestadores y destinatarios información sobre «las vías de recurso generalmente disponibles en caso de litigio entre las autoridades competentes y el prestador o el destinatario, o entre un prestador y un destinatario, o entre prestadores».

⁸⁶ El apartado e) del artículo 7 de la Directiva exige que las ventanillas únicas tengan disponibles «los datos de asociaciones y organizaciones distintas de las autoridades competentes a las que prestadores o destinatarios» —es decir, no sólo destinatarios— «puedan dirigirse para obtener ayuda práctica».

⁸⁷ Ventanilla y servicios de atención debían estar disponibles en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley 25/2009, según lo previsto en su Disposición transitoria quinta.

pecto de los «consumidores y usuarios» se precisa que el servicio de atención «necesariamente tramitará y resolverá» las quejas y reclamaciones que en relación con la actividad colegial o profesional de los colegiados le presente cualquier consumidor o usuario que contrate los servicios profesionales o las asociaciones u organizaciones que los representen (ap. 2), si bien se advierte que la resolución de las quejas puede concretarse en la mera información sobre el sistema de resolución extrajudicial de conflictos, en su archivo, en la remisión del expediente a los órganos colegiales competentes o «adoptando cualquier otra decisión conforme a Derecho» (ap. 3). En todo caso, se insiste en que el servicio debe permitir la presentación de quejas y reclamaciones por vía electrónica y a distancia.

Estas previsiones de la Ley 25/2009 encuentran sólo limitado anclaje en los artículos 22 y 27 de la Directiva, si bien ambos preceptos depositan más propiamente en los propios prestadores de los servicios la responsabilidad de poner a disposición de los usuarios los datos que se precisan⁸⁸. Ninguna previsión de la Directiva ofrece, sin embargo, cobertura concreta a la nueva obligación impuesta a las «organizaciones colegiales» —es decir, en los términos de la nueva Disposición adicional tercera de la LCP, al «conjunto de corporaciones colegiales de una determinada profesión», donde son corporaciones colegiales el Consejo General o Superior de Colegios, los Colegios de ámbito estatal, los Consejos autonómicos de Colegios y los Colegios Profesionales— de elaborar y publicar una Memoria anual. Memoria anual que, en los términos del nuevo artículo 11 LCP, cada una de ellas elaborará conteniendo información sobre la gestión económica, sobre el importe de las cuotas aplicables, información agregada y estadística relativa a los procedimientos informativos y sancionadores en fase de instrucción o que hubieran ganado firmeza y a las quejas y reclamaciones presentadas por los consumidores y usuarios o sus organizaciones representativas, noticia de los cambios en el contenido de los códigos deontológicos, cuando dispongan de ellos, precisión de las normas sobre incompatibilidades y situaciones de conflicto de intereses en que se encuentren los miembros de las Juntas de Gobierno y, finalmente, información estadística sobre la actividad de visado⁸⁹. Como expresión máxima del principio de trans-

⁸⁸ Literalmente, en los términos del artículo 27.4, «los Estados miembros tomarán las medidas generales necesarias para que los prestadores sujetos a un código de conducta o que sean miembros de una asociación u organismo profesional en los que esté previsto el recurso a un mecanismo de resolución extrajudicial informen de ello al destinatario, lo mencionen en todo documento en que se presente de forma detallada uno de sus servicios e indiquen la forma de acceder a información detallada sobre las características y condiciones de uso de este mecanismo».

⁸⁹ Si el apartado 1 precisa que la Memoria deberá ser elaborada por *cada* organización colegial, el apartado 3 impone al Consejo General la obligación de ofrecer, junto a su propia

parencia que expresamente inspira la imposición de esta nueva obligación colegial, la Memoria deberá hacerse pública a través de la página web en el primer trimestre de cada año.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARNARD, C. (2008): *Unravelling the Services Directive*, CMLR, 45.
- CALVO SÁNCHEZ, L. (1998): *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Unión Profesional-Civitas.
- ENTRENA RUIZ, D. (2009): «La génesis de la Directiva sobre liberalización de servicios», en T. DE LA QUADRA-SALCEDO (Dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea: Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid.
- FANLO LORAS, A. (1996): «Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial», en L. MARTÍN-RETORTILLO (Coord.), *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Unión Profesional-Civitas, Madrid.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2006): «Reflexiones sobre la configuración de las organizaciones colegiales en la Constitución Española de 1978», en vol. col. *Direito Administrativo. Estudos en homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto*, Lumen Juris Editora, Río de Janeiro.
- (2009): «La llamada Ley Ómnibus y la reforma del marco regulatorio de los Colegios Profesionales», texto de la conferencia pronunciada el 2 de diciembre en II Jornadas de Estudio «La Transposición de la Directiva de Servicios en España», Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid.
- PRIETO, C. (2003): «Liberté d'établissement et de prestation de services», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 39 (3).
- QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. de la (2009): «La Directiva de Servicios y la libertad de empresa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, octubre.
- ROTH, W.-H. (2002): «The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services: Is Keck Relevant?», en M. ANDENAS y W.-H. ROTH (eds.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, Oxford.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.ª A., y VILLAREJO GALENDE, H. (2007): «La Directiva de Servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra», *RJN*, 45.
- SAZ, S. del (1996): *Los Colegios Profesionales*, Colegio de Abogados de Madrid-Marcial Pons, Madrid.

Memoria, la información estadística de la que ésta consta «de forma agregada para el conjunto de la organización colegial», a los efectos de lo cual los Consejos autonómicos y los Colegios territoriales facilitarán a sus Consejos Generales o Superiores la información necesaria (ap. 4).

