

# EL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES TITULADAS Y LOS COLEGIOS PROFESIONALES

José M.<sup>a</sup> Baño León

Catedrático de Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho.Valencia

## 1. El encuadramiento constitucional: la libertad de elección y de ejercicio profesionales

### 1.1. El principio de libertad y la reserva de ley

Cualquier análisis sobre el ejercicio de las profesiones tituladas y los Colegios Profesionales tiene que partir de un presupuesto inexcusable: la libertad de elección y de ejercicio profesionales. Constitucionalmente resulta obligado notar que estamos en presencia de un derecho fundamental, aunque no sea susceptible de amparo constitucional.

Como la libertad de empresa, la libre elección y ejercicio de profesión u oficio forma parte esencial del universo de la economía de mercado, pues se trata de una libertad fundamental, sin la cual difícilmente podría subsistir el orden económico. Y junto con la propiedad constituyen la tríada de los derechos básicos de la constitución económica.

Los artículos 35 y 36 CE consagran la perspectiva apuntada. Libertad para elegir la profesión u oficio en el artículo 35; remisión constitucio-

nal a la ley para que regule el ejercicio de las profesiones tituladas en el artículo 36. Más allá del tenor literal de los preceptos, no cabe duda alguna de que tanto la libertad de elección como de ejercicio están sujetas a la reserva de ley, lo que no impide que ésta se remita al reglamento con bastante amplitud.

Dos características destacan notablemente en la libertad de elección y ejercicio profesionales. La primera, se trata de un típico derecho de los que Jellinek denominaba negativos, es decir, que garantizan un cierto ámbito inmune al poder que sólo por la fuerza de la ley puede reducir o limitar las libertades profesionales. Pero ésta es la segunda característica, el campo que el legislador tiene a su disposición es vastísimo. La fijación del número y competencias de cada profesión, sean exclusivas o compartidas, los procedimientos para acceder a la profesión respectiva, la condición de su ejercicio dependen casi por entero del legislador, como reconoció tempranamente la STC 83/84 en estos términos: «no hay un «contenido esencial» constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad empresarial concreta...».

Trasladando las dos notas características a la relación entre ley y reglamento, puede decirse que las restricciones básicas al acceso y el ejercicio de la libertad profesional requieren de su previsión en una ley; pero el desarrollo de los contenidos de cada profesión es materia sustancialmente reglamentaria, como una y otra vez reitera la jurisprudencia: restrictiva cuando se trata de limitar la libertad del profesional (véase la STS de 18 de octubre de 1989, Ar. 7411, sobre las restricciones administrativas a la libertad de prescripción de los médicos, anulando una Orden del Insalud); muy comprensiva con los reglamentos cuando se trata de fijar los contenidos profesionales o los requisitos exigidos para acceder a los títulos profesionales (planes de estudios de los diversos títulos. Vid a título de ejemplo Ss del TS citadas *infra* II).

Esta diferencia sustancial ya notada en nuestra doctrina (F. López-Ramón; F. Sáinz Moreno) entre las restricciones o limitaciones a la libertad profesional (incluyendo lógicamente el *numerus-clausus* en el acceso a los estudios universitarios) y el desarrollo del ejercicio de una profesión, se pone también de relieve al analizar el grave problema de las limitaciones al acceso al ejercicio profesional a quienes ya disponen del título. En España la posesión del título universitario ha bastado por regla general para permitir el ejercicio de la profesión, pero cada vez se levantan más voces para exigir nuevos requisitos de acceso. En particular es una vieja petición de los Colegios de Abogados frente al acceso multitudinario de los licenciados en Derecho.

Bien mirado, las restricciones al ejercicio profesional de los titulados existían ya para la mayoría de las especialidades médicas y farmacéuticas, a través de la reglamentación del M.I.R., de modo que la simple titulación

en medicina no sirve para ejercer una especialidad si no se accede a través de la vía M.I.R. Ahora lo que se pretende, al menos por los Colegios de Abogados, es que el título de Licenciado en Derecho no habilite «*per se*» para el ejercicio profesional de la Abogacía, sino que requiera de pruebas complementarias.

Cualquiera que sea la solución que se postule de lo que no cabe la menor duda es que tendría que ser el legislador quien decidiera tal restricción. No cabe, a mi juicio, como infructuosamente se ha pretendido en algunos medios profesionales, que los Estatutos generales de la profesión establezcan estas limitaciones sin vulnerar abiertamente la reserva de ley del artículo 35 CE.

### 1.2. El condicionamiento del ejercicio de la profesión a la obtención de un título universitario: la evolución sociológica y jurídica de las profesiones

El legislador puede prever que determinadas profesiones sólo puedan ejercerse por quienes acrediten poseer un determinado título universitario. El artículo 36 dispone precisamente eso: «la ley regulará el ejercicio de las profesiones tituladas».

Tradicionalmente por profesiones tituladas se ha entendido las profesiones liberales universitarias, caracterizadas por ser ejercidas predominantemente en régimen autónomo y no de trabajo dependiente o por cuenta ajena, y por requerir además la previa obtención de un título universitario.

Desde un punto de vista sociológico, el estamento profesional (Max Weber) tenía unas características comunes netamente diferentes de los trabajadores, funcionarios y empresarios.

Hoy en día, aunque permanecen todavía algunos rasgos distintivos originales, la evolución de las profesiones ha modificado sustancialmente el panorama. Muchas profesiones virtualmente han visto desaparecer el ejercicio liberal o, al menos, se ha reducido sensiblemente. Los médicos y las profesiones técnicas, ilustran bien el fenómeno, de suerte que en estas profesiones predomina hoy en día el ejercicio dependiente (servicios de salud; Administraciones públicas; grandes empresas constructoras o de ingeniería). Por otro lado, frente al reducido número de profesiones que podía encontrarse en Europa a principios de siglo, hoy a las puertas del siglo XXI, existen una verdadera explosión de nuevos títulos profesionales y de nuevas profesiones. Basta una ojeada a las normas estatales sobre titulaciones, y nada digamos si nos asomamos al mercado, para contemplar un panorama muy distinto.

Naturalmente estas nuevas circunstancias sociológicas han influido sobremedida en la regulación jurídica, propiciando de un lado la hipertro-

fia de titulaciones y, por otro, rompiendo los elementos de homogeneidad de algunas profesiones.

Puede advertirse esta quiebra paradójicamente en los médicos, cuyos Colegios Profesionales se estructuran en secciones con intereses muchas veces contrapuestos.

En fin, la ruptura más llamativa de la estructura profesional tradicional la ha propiciado el principio de libre competencia. Algunos detalles del impacto de la libre competencia sobre las profesiones se analizan más abajo, bastará ahora con reseñar algunos de los rasgos tradicionales de las profesiones en Europa y su contraste con las ideas del mercado. La consideración tradicional de la profesión como actividad vocacional, en la que la idea de ganancia o lucro era residual (la propia palabra profesión, implica vocación; también en alemán «*Beruf*» viene de llamada o vocación); los profesionales no percibían un «precio» por sus servicios, sino honorarios («*ad honorem*»). El ejercicio profesional no se sometía a las reglas del mercado sino que predominaba la moral profesional (normas deontológicas). De ahí las limitaciones tradicionales a la competencia en los «honorarios» (prohibición de cobro por debajo del mínimo establecido) o las reglas, muchas veces simplemente prohibitivas, de la publicidad.

Ese estado de cosas ha tocado a su fin en Europa y se impone, con mayores o menores resistencias, un nuevo «*ethos*», basado en el análisis económico de la actividad profesional. Las reglamentaciones profesionales no desaparecen pero pierden su papel predominante en la ordenación de la vida profesional. Hoy en día prepondera la consideración de la actividad profesional como un mercado de servicios, basado en la libertad económica. Las regulaciones restrictivas no son la principal fuente del Derecho de las profesiones, sino el Derecho de la competencia. Éste es un fenómeno común a toda Europa y que ahora expresa jurídicamente el artículo 2.3 de la Ley de Colegios Profesionales (modificada por la Ley 7/1997): «Los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica observarán los límites del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia...». La libre competencia es, pues, la perspectiva dominante en la ordenación de las profesiones, cuya vertiente como actividad económica había quedado relegada en la regulación administrativa tradicional.

### 1.3. El condicionamiento del ejercicio profesional al alta en un Colegio Profesional

En las profesiones liberales clásicas se ha anudado el ejercicio profesional no sólo a la posesión del título correspondiente; se exige además el alta en el Colegio Profesional.

La regulación jurídica de los Colegios Profesionales en muchos paí-

ses europeos, como prueba la investigación comparada de José Luis Carro, se ha caracterizado por la heterogeneidad normativa y la reducción de los Colegios o entidades equivalentes a unas pocas profesiones. No existe una normativa de Colegios Profesionales, sino normas específicas sobre cada profesión, con una organización peculiar.

España es una excepción a esta tónica general desde el año 1974. La Ley de Colegios Profesionales no tiene parangón. Su origen sin embargo no obedece tanto a una tradición legislativa distinta, sino a las particulares circunstancias políticas del último periodo del franquismo que ha sido bien analizado entre nosotros (E. García de Enterría, T. R. Fernández, M. Baena del Alcázar, J. M. Sánchez Saudinos, L. Calvo Sánchez).

La Ley de 1974 que pervive a pesar de las numerosas intervenciones quirúrgicas de que ha sido objeto sienta el principio general del alta en el Colegio profesional como requisito «*sine qua non*» para ejercer la profesión, de modo que si una profesión se agrupa en un Colegio profesional la colegiación es condición previa al ejercicio.

Esta exigencia de colegiación obligatoria que puede aparecer como muy lógica en atención a la condición de Corporación de Derecho público de los Colegios, no se cumple en realidad en la práctica en todos los casos, tanto por la especial naturaleza de algunos colegios (que no agrupan en puridad a profesionales: por ejemplo, Colegio de Doctores y Licenciados; de Ciencias Químicas; Colegios Profesionales de funcionarios como el de Notarios, Registradores, o el de Secretarios de Ayuntamientos) como por la circunstancia de que las leyes constitutivas de algunos Colegios expresamente prevén que el alta sea voluntaria.

El Tribunal Constitucional ha establecido la constitucionalidad de esta posibilidad al tiempo que ha proclamado también la conformidad con la Constitución de la afiliación obligatoria (S. 89/1989, cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 3.2. de la Ley de Colegios Profesionales; 131/1989, obligación de afiliación de médicos; 35/1993, colegiación A.T.S.). En la última de las sentencias citadas el Tribunal resuelve una cuestión bien delicada que pone de manifiesto la profunda transformación de los Colegios, pues considera que los médicos, aunque trabajen exclusivamente para entes públicos, deban darse de alta en el Colegio, en razón del control deontológico que corresponde a este último y sin perjuicio de la potestad disciplinaria de la Administración Pública de la que dependen.

Pero como es nota común al ordenamiento de los Colegios Profesionales, tampoco ha existido coherencia en el legislador para prever las consecuencias jurídicas del incumplimiento. Desaparecida la falta penal prevista en el artículo 572 del Código Penal de 1973, no existe sanción administrativa eficaz contra la inobservancia del deber de colegiación. Los Colegios no pueden sancionar más que a sus colegiados y el infractor de aquel

deber no lo es; no hay norma administrativa que tipifique la infracción y tampoco existe cooperación entre la Administración y los Colegios, por lo que demuestra la jurisprudencia, que actualmente sigue insistiendo en la obligación de darse de alta en el Colegio para ejercer la profesión (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1997, Ar. 4284, facultativo de la Seguridad Social). Por lo demás, no cabe subsumir la falta de colegiación en el delito de intrusismo que persigue a quienes no tienen título profesional.

#### 1.4. El condicionamiento del ejercicio profesional a la obtención de un título no universitario

Es perfectamente lícito constitucionalmente que el legislador sujete el inicio de una actividad profesional a la obtención de un título administrativo y no universitario. La Constitución atribuye al Estado (art.149.1.30) la competencia precisamente para «obtener, expedir y homologar títulos académicos y profesionales».

Dentro de estos títulos administrativos, debe distinguirse entre los que propiamente conforman una profesión (por ejemplo Gestor administrativo; Agente de la propiedad inmobiliaria) y aquellos que acreditan una aptitud o habilidad profesionales que no implican la regulación de una profesión exclusivamente.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece tender a reducir el concepto de título a los universitarios, de manera que el concepto de título profesional perdería importancia. La STC 122/1989, *Guías de turismo de Cantabria*, relativa a un conflicto de competencias, atribuyó la titularidad de la competencia sobre guías a Cantabria estimando que al Estado compete sólo las profesiones tituladas y subrayando que «no todas las actividades laborales, los oficios y las profesiones en sentido lato son o constituyen profesiones tituladas»; al tiempo recordaba su S. 42/1986 en la que definía a estas últimas como aquellas «para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiéndose por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia».

Respalda esta posición la STC 111/1993, y otras muchas posteriores, las cuales consideran contrario al principio de legalidad penal la condena por intrusismo del artículo 321 del Código Penal de 1973, a quien ejerce una profesión sin ostentar «título profesional», pues entienden que el Código Penal de 1973 sólo castigaba a quien ejercía una profesión para la que se requiriera título académico sin tenerlo. Según el Tribunal, el artículo 321.1 del Código Penal sólo se refiere a las profesiones que «por incidir sobre bienes jurídicos de la máxima relevancia –vida, integridad corporal, libertad y seguridad– no sólo necesitan para su ejercicio la rea-

lización de aquellos estudios que requieran la posesión de un título universitario *ad hoc*, sino que también merece la especial protección que garantice el instrumento penal frente a toda intromisión que pudiera imponer una lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídicos». En los mismos términos se pronunció la STC 150/1997 respecto a los Gestores administrativos.

Sorprendentemente el Código Penal de 1995, en su artículo 403 castiga no sólo a quienes *no ostentan «título académico»* sino «título oficial»:

«El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses. Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.»

Y como se ha notado en la doctrina penalista (por todos, J. Boix Reig / E. Orts Berenguer) e incluso en la instrucción 2/1996, de la Fiscalía General del Estado, el Código califica de intrusismo el ejercicio sin título de actividades que están sujetas exclusivamente a título profesional, no académico (v. gr. gestores administrativos o los A.P.I.).

Resulta en verdad sorprendente que el Código Penal haya querido reafirmar la tutela penal frente a los títulos no académicos después de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, máxime tratándose de un Código que invoca por doquier el principio de intervención mínima.

## 2. La ordenación profesional y los colegios profesionales

Más sorprendente, en fin, resulta esta apelación a la tutela penal renovada de las profesiones con título no académico si se contrasta con la amplísima jurisprudencia de la Sala 3ª relativa a los títulos de formación profesional que en algunos casos se refieren a profesiones con un gran campo en el mercado (por ejemplo técnico ortoprotésico o técnico superior en levantamiento y desarrollos urbanísticos). El Tribunal Supremo ha establecido una doctrina muy consolidada en relación a la impugnación de esos títulos que puede resumirse del modo siguiente:

a) El Tribunal Supremo rechaza, en primer lugar, que la audiencia a las organizaciones profesionales en la tramitación de estas disposiciones sea preceptiva. Aunque se trata de una cuestión procedimental, el argumento de base no es irrelevante: la disposición impugnada establece *un título de formación profesional (no universitario) y no afecta al patrimonio profesional, ni a los intereses corporativos que defienden las entidades recurrentes.*

Con respecto al Real Decreto que estableció el título de Técnico Superior en levantamientos y Desarrollos Urbanísticos, la Sentencia de 14 de mayo de 1997 (Ar. 4370) lo expresa en los siguientes términos:

*«Ni por la razón del contenido de la norma impugnada, ni por razón de la naturaleza del título que establece, de formación profesional, diferenciado y no confundible con el título universitario de Arquitecto, se llega a la conclusión de que aquella afectara a los intereses de carácter corporativo representados o defendidos por los Colegios Oficiales cuyo Consejo General acciona en este proceso, cuya audiencia por tanto en el procedimiento de elaboración de la norma no devenía preceptiva. Con otras palabras, el Real Decreto impugnado no afecta al «patrimonio profesional» de los miembros de los Colegios cuyos intereses defiende el Consejo General demandante. Sus alegaciones sobre las facultades de proyecto a que hace referencia en el apartado 2.3.2 del Anexo del Real Decreto («Entorno funcional y tecnológico»), donde se consideran como ocupaciones o puestos de trabajo tipo más relevantes, entre otros, los de «proyectista de obras civiles» y «proyectista de urbanismo», no pueden tener el alcance que pretenden. Para darse cuenta de que no hay invasión de atribuciones profesionales de los Arquitectos basta con leer el apartado 2.1.3 («Responsabilidad y Autonomía») del mismo Anexo, en el que se dice textualmente: «El Técnico en Levantamientos y Desarrollos Urbanísticos se integrará en los departamentos de proyectos o de ejecución, dependiendo orgánicamente de los responsables de los mismos (jefe de proyecto, jefe de obra)».*

b) En cuanto a la reserva de ley sobre el ejercicio de las profesiones tituladas (art. 36 CE), el Tribunal afirma que no hay posible confusión entre las funciones previstas en los títulos de formación profesional y las de las organizaciones profesionales recurrentes, pues los respectivos títulos amparan ámbitos específicos de competencias. Las disposiciones impugnadas se limitan a regular el derecho al título, las específicas enseñanzas que hay que superar para su obtención, así como las capacidades profesionales que se reconocen como inherentes al mismo; *no se define una profesión, ni se exige la posesión de un título para su ejercicio*. Así lo expresa la Sentencia de 17 de marzo de 1997, Ar. 2443:

*«Y por lo que se refiere al segundo motivo de impugnación, ese mismo estudio del Real Decreto 811/1993 pone de manifiesto que en él no se define una o unas profesiones cuya posibilidad de ejercicio se subordine jurídicamente a la posesión del título que establece; dicho muy sintéticamente, lo que en él se hace es definir y organizar las enseñanzas mínimas que conducen a su obtención, y definir cuál es el perfil profesional asociado al título, es decir, las acciones o realizaciones profesionales con valor y significado en el empleo que cabe esperar de quienes obtengan el título. El efecto jurídico de la norma se limita por tanto a regular el derecho al título, que se adquiere por la superación de las específicas enseñanzas que se establecen y organizan, y a reconocer como inherente a él unas determinadas capacidades profesionales. No regula el ejercicio de una profesión titulada, esto es, de un empleo, facultad u oficio que deja de ser libre por quedar su ejercicio subordinado a la posesión de un título, ni penetra por tanto en el ámbito jurídico constitucionalmente reservado a la ley».*



En términos muy similares, la Sentencia de 30 de mayo de 1997 (Ar. 4451):

«Tal pretensión no puede tener acogida, porque una cosa es definir los campos de actuación de un titulado, que han sido identificados mediante el análisis de los procesos productivos realizados por expertos en este campo profesional y con su participación, y otra muy distinta es regular una concreta profesión. Además, no se dice en el Real Decreto, que para el ejercicio de la profesión en tales campos sea preciso el título que regula, sino que se limita a cumplir el mandato contenido en el artículo 35 de la LOGSE de establecer los títulos correspondientes a los estudios de formación profesional, para hacer realidad la finalidad perseguida –art. 30.2– de «preparación de los alumnos para la actividad de un campo profesional». Si en el artículo 30.4 se señala que «la formación profesional específica comprenderá un conjunto de ciclos formativos con una organización modular, de duración variable, constituidos por áreas de conocimiento teórico-prácticas, en función de los diversos campos profesionales», mal podía llevarse a cabo esta relación si tales campos no estuvieran previamente determinados por el Gobierno, al regular cada título conforme a la habilitación que le otorga el mencionado artículo 35, que, por lo demás, dado su carácter marcadamente técnico y preciso, pueden escapar a la misión más genérica de la Ley».

c) Y, en fin, se rechaza que la definición del ámbito competencial de los titulados en formación profesional lesione el honor y la imagen de los titulados superiores, no sólo porque este derecho fundamental no tiene nada que ver con el uso de un título universitario, sino por la supremacía profesional y científica de los profesionales titulados sobre los técnicos de formación profesional.

«La referencia que se hace a una lesión del derecho fundamental a la propia imagen, que se ocasiona, a juicio del recurrente, a los Ingenieros Técnicos Industriales con el establecimiento del Título Superior en Curtidos, carece de base sustancial, pues, aparte de tener tal derecho un contenido ligado al honor individual, en nada afectado por la norma en cuestión, la hipotética lesión no se produce cuando la intromisión está autorizada por la Ley, cual es el caso –art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil de este derecho–, bastando mencionar las indicaciones contenidas en el Anexo del Real Decreto impugnado, de que estos técnicos están llamados a actuar en determinados campos bajo la supervisión general de técnicos y/o profesionales de nivel superior al suyo, para poner de manifiesto la supremacía profesional y científica que se atribuye a unos sobre los otros; quedando salvadas, por otra parte, las relaciones mutuas, con la mención que se hace en la disposición adicional única del Real Decreto 736/1994, del «respeto al ámbito del ejercicio profesional vinculado por la legislación vigente a las profesiones tituladas».

Así pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido con acierto que la posesión de un título de formación profesional no puede equipararse a la de un título académico que da acceso a una profesión titulada. Estos títulos sólo implican la aptitud de una persona para desarrollar

una actividad, pero no constituye la regulación de una profesión ni denotan exclusividad: el ámbito de actividad al que afecta el título está abierto a la libre iniciativa personal. El contraste es muy acusado respecto a la tendencia manifestada por el Código Penal, pues si se protegen títulos profesionales y no simplemente los académicos se está considerando implícitamente que la realización de ciertas actividades queda condicionada a la posesión de un título. Nuestra doctrina penalista ha observado que «el interés público del Estado constituye el bien jurídico protegido» en el delito de intrusismo», pues «el Estado se ha arrogado la exclusiva para otorgar los títulos que facultan para el desempeño de determinadas profesiones» (BOIX/ORTS, quienes dudan de que el intrusismo «*per se*» sea de digno de tutela penal, si no se causa «un quebranto de intereses particulares o generales»). Obviamente a nuestro juicio ello presupone que el título profesional faculta exclusiva o concurrentemente con otros títulos al ejercicio de determinadas actividades. Y éste es el punto nuclear de la cuestión: me parece que títulos profesionales como los de formación profesional o típicamente administrativos como los de gestores administrativos o los de Agentes de la propiedad inmobiliaria no constituyen el campo propio de una profesión basada en una determinada «*lex artis*» sino simples actividades reglamentadas para las que el título constituye simplemente una presunción de aptitud y no la exclusiva total o parcial sobre el ejercicio de determinadas actividades.

### 3. Los colegios profesionales y las profesiones tituladas

#### 3.1. La garantía constitucional de la institución colegial

El sinnúmero de interrogantes que plantea esta compleja materia en la que no existen en la práctica unos principios vertebradores claros se puede ejemplificar también a propósito de los Colegios Profesionales. Tanto del artículo 36 de la Constitución como del origen histórico de los Colegios (Baena del Alcázar, T. R. Fernández, L. Calvo) cabría deducir un principio general que se expresaría en una ecuación: Colegios Profesionales es equivalente a la organización pública de una profesión titulada, es decir, de una titulación académica que consecuentemente con lo antes expuesto habilitaría en exclusiva para el ejercicio de una determinada actividad que requiera unos conocimientos más o menos especializados («*lex artis*»).

Pero situados en el alféizar de la realidad la ecuación resulta incorrecta. Hay títulos universitarios que no habilitan para el ejercicio de una profesión, en el sentido que este término tiene de actividad reservada a quienes poseen el título, (Licenciado en Historia o en Filosofía y Letras, pues se puede ser historiador o filósofo sin contar con el título) pero tienen Colegio Profesional. Y viceversa: hay Colegios Profesionales que agrupan

no a quienes ostentan un título académico, sino simplemente profesional (mediadores de seguros, gestores administrativos, A.P.I., Colegios de tipo funcionarial, etc. ).

Esta realidad tiene amparo legal en el artículo 3.1. LCP que emplea la expresión «titulación requerida» sin exigir que sea titulación universitaria y, sobre todo, en la derogación expresa del artículo 1.2.c que llevó a cabo la Ley 74/1978, de 26 de diciembre, precepto que delimitaba el ámbito subjetivo reduciéndolo a los Colegios que se constituyeran por titulados universitarios (L. Calvo). La derogación, pues, no podría tener otro sentido que ampliar el concepto de Colegio Profesional, a todas las titulaciones, aunque puede discutirse «*lege ferenda*» la oportunidad de tal solución.

Por lo demás tanto o más grave es para la «identidad histórica» de estas Corporaciones (si es que de tal puede hablarse) la apertura de la institución colegial a titulados universitarios, que en rigor no ejercen una profesión «*sensu strictu*», que la creación de Colegios de profesionales no titulados universitarios. Aún podría decirse que el primer fenómeno es más sorprendente que el segundo, pues históricamente el origen de estas Corporaciones se vincula al ejercicio de las profesiones liberales.

A la vista de la heterodoxia de muchos Colegios existentes respecto de la tradición histórica, es obligado pronunciarse sobre el alcance del artículo 36 CE, en particular en lo relativo al sentido que deba darse al concepto de Colegio Profesional.

Es difícilmente discutible, aunque el precepto no tenga parangón en el Derecho comparado (Sáinz Moreno, Saudinos) que el artículo 36 establece una garantía institucional de los Colegios Profesionales. El mandato de la Constitución al legislador es terminante: «La Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas». En consecuencia y al hilo de lo que el Tribunal Constitucional ha proclamado respecto a otras instituciones reconocidas constitucionalmente, el legislador no podría prescindir totalmente de la institución ni desvirtuarla al punto de que no fuera «reconocible para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (STC de 25 de julio de 1981). Aunque sea aventurado interrogar a la «conciencia social» del momento, siguiendo los desarrollos de la doctrina alemana de la garantía institucional, bien puede decirse que el límite que no podría vulnerar el legislador es cercenar el margen de autonomía de los Colegios Profesionales frente a la Administración, pues en verdad se trata de instituciones que encierran la misma idea que la ley reconoce a determinadas agrupaciones (Corporaciones), la capacidad de autoadministrarse. El autogobierno, con todos los límites que quieran establecerse, es la cifra misma de estas instituciones que ejercen determinadas funciones públicas.

Ahora bien, como ocurre con otras garantías institucionales (entes locales, universidades) el aval constitucional no alcanza a los concretos sujetos titulares de esa garantía. Los entes locales, las universidades, los Colegios Profesionales en concreto son producto del legislador y de la misma forma que son creados pueden desaparecer. La Constitución tampoco exige que sólo agrupen a los profesionales con título universitario. El margen de maniobra del legislador es amplísimo y, de hecho, tanto el Estado como, sobre todo, las Comunidades Autónomas, han dado pruebas sobradas de la creación de Colegios Profesionales variopintos (desde los que agrupan a los licenciados universitarios que no ejercen profesión alguna hasta los detectives o los periodistas) sin que pueda predicarse tacha de inconstitucionalidad alguna, por más que se esté produciendo una hipertrofia colegial.

### 3.2. Los Colegios como Corporaciones de Derecho Público.

#### La ambigüedad de su calificación como entes sectoriales de base privada

Los Colegios, como nos consta, tienen un estatus constitucional, de suerte que el legislador no puede con carácter general hacer tabla rasa de la institución colegial. Pero jurídicamente su creación, modificación y extinción son siempre consecuencia de un acto normativo del poder público, al margen del substrato sociológico que animan a estas Corporaciones, como ocurre típicamente con otros entes públicos, como son las Corporaciones locales (en particular los Municipios).

A partir del Código Civil, es indudable que las Corporaciones de Derecho Público no pueden confundirse con las asociaciones (como probó contundentemente G. Fernández Farreres). La recepción por el Tribunal Constitucional de la doctrina de E. García de Enterría y T. R. Fernández sobre el carácter de Corporaciones de Derecho público con base sectorial privada puede haber ayudado a cierta confusión, propiciada además por la primera Sentencia del Tribunal Constitucional sobre Cámaras de Comercio. Pero, en mi opinión y comparto las tesis de los profesores Fernández Farreres, Fanlo Loras, y Rebollo Puig/López Benítez, el carácter de Corporación demuestra que el fondo asociativo no es jurídicamente el relevante. Los Colegios son Corporaciones públicas cuya existencia individualizada depende en definitiva del criterio del legislador. Es indiscutible que sociológicamente son la expresión histórica –y aún actual– del deseo de agrupación de algunos profesionales, pero su existencia va anudada a la decisión del legislador (Vid STC 179/1994).

Por lo mismo, no cabe deducir de su régimen jurídico diferencias sustanciales con otros entes públicos. Que sus contratos, su patrimonio o el régimen presupuestario no se someta al Derecho público no significa en

absoluto que sea equivalente al de una asociación, pues queda al arbitrio del legislador. Debe notarse, en fin, que el Tribunal Constitucional ha consagrado la competencia básica del Estado sobre Colegios en el artículo 149.1.18<sup>a</sup> CE, es decir, precisamente en el hecho de que sean Administraciones públicas (“bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento común») y le sean aplicables los principios del procedimiento administrativo. (STC 76/1983, de 5 de agosto, LOAPA; 20/1998, de 18 de febrero sobre el mismo asunto y 330/1994, de 15 de diciembre, Mediadores de Seguros).

Por lo demás, como ya se ha comentado, el contexto histórico en que aparece la doctrina de las Corporaciones de base sectorial privada es muy diferente al actual. Es claro que sería inconstitucional la privación a los Colegios de un mínimo de capacidad de autogobierno, pero no lo sería, según creo, que se sometieran algunos de sus aspectos económicos o el régimen de contratación del personal o algunos de sus contratos a controles de derecho público. Tanto en la jurisprudencia como en la doctrina se ha propugnado la aplicación a estas Corporaciones de diversas normas de la Ley 30/92 aunque no están contemplados en los estatutos, aplicación que sólo es entendible si se refiere a entes públicos (Vid SSTs de 3 de noviembre de 1988, Ar. 9264; 5 de febrero de 1996, Ar. 987; 8 de julio, Ar. 7253, aplicando la responsabilidad administrativa).

El origen legal de la personificación de los Colegios como Corporaciones de Derecho público explica también que no sea aplicable a la adscripción obligatoria de sus miembros, la libertad de asociación en su vertiente negativa (G. Fernández Farreres), aunque el Tribunal Constitucional no siempre haya acertado a expresarlo con la claridad suficiente. Esta solución es idéntica a la proclamada en el Derecho Alemán, donde los Colegios Profesionales tienen precisamente el carácter de Corporaciones de Derecho Público.

### **3.3. La personificación pública de los Colegios y el debilitamiento de las funciones públicas que tradicionalmente se le han atribuido**

Al margen de circunstancias históricas que explican la eclosión de Colegios Profesionales durante el franquismo (fidel a las ideas más o menos precisas del Estado corporativo) la proliferación actual de Colegios Profesionales responde más a un afán de las nuevas profesiones en obtener un estatuto que los singularice en el mercado, que al efectivo ejercicio de funciones públicas, que es el sello de contraste de los Colegios tradicionales.

No conviene olvidar que en los países anglosajones (particularmente en EE.UU.) la inexistencia de entes públicos representativos de las profe-

siones no ha impedido el nacimiento de poderosas asociaciones de profesionales que virtualmente ordenan la profesión y se encargan de asegurar la deontología profesional, por cierto con más ahínco que el que es usual entre nosotros. Pues bien, en España se ha asociado siempre la deontología profesional y el control de la misma con la existencia de un Colegio profesional, de manera que toda profesión que quiere consolidarse intenta hacerlo mediante la creación de «su» Colegio (Souviron Morénilla). Diríase que a pesar de la crítica a que los Colegios fueron sometidos en los primeros años de la democracia, han seguido conservando entre los sectores profesionales no vertebrados colegialmente un aura de prestigio, una suerte de sello de calidad.

De manera que la constitución de muchos nuevos Colegios prescinde de algunas notas tradicionales: la incorporación puede ser de hecho o de derecho voluntaria, frente a la adscripción obligatoria; la desvinculación del Colegio del ejercicio de una profesión hace virtualmente inaplicable el régimen deontológico que sólo se justifica en una «*lex artis*» previa; las funciones públicas atribuidas a muchos Colegios se reducen a una cierta representatividad ante la Administración.

Podría aventurarse que algunos nuevos Colegios buscan ante todo el reconocimiento social de la profesión más que el ejercicio de funciones públicas que son en muchos casos inexistentes. Piénsese paradigmáticamente en un Colegio de Periodistas, que tiene mucho de asociación representativa de intereses más que de Corporación para la ordenación de una profesión.

#### **3.4. Las cuotas obligatorias y el intrusismo legal: dos ejemplos de la heterogeneidad de los Colegios y de la dificultad de reducirlos a una disciplina unitaria**

La heterogeneidad de los Colegios, el hecho de que bajo el ropaje de una Corporación de Derecho Público actúen en el mercado, por un lado, Corporaciones profesionales cuyo substrato es una profesión basada en el conocimiento de técnicas específicas y, por otro, Corporaciones que asocian a titulados con intereses comunes, pero que no son profesionales, explica la dificultad del análisis jurídico.

Así en relación a las cuotas obligatorias, expresión de una adscripción forzosa, los problemas sólo son aplicables a los Colegios Profesionales puros, es decir, aquellos que representan a un grupo profesional (Abogados, Médicos, Arquitectos, Ingenieros) pero carece de significación en el caso de Colegios que de hecho o de derecho son voluntarios porque no representan a una profesión (Licenciados en Filosofía y Letras o en Químicas). Observemos por lo demás que esas cuotas, no obstante exigirse

ante la jurisdicción civil, son indudablemente exacciones públicas para-fiscales.

En cuanto al intrusismo profesional, bastará citar dos hechos. El primero que no existe norma alguna que castigue la falta de colegiación (aunque algunos Estatutos han querido imponer multas retroactivas, como cuenta L. Calvo). El segundo dato es que el intrusismo sólo puede tener sentido en los Colegios que agrupan a profesionales pues difícilmente puede hablarse de intrusismo si no existe un título que habilita para una profesión (podrá hablarse penalmente de falsedad pero no de intrusismo).

#### 4. El impacto del derecho de la competencia sobre los colegios profesionales

Sin duda la irrupción del Derecho de la Competencia sobre los Colegios Profesionales es la novedad llamada a tener –ya está teniéndolo– un mayor impacto en las atribuciones colegiales.

La impronta de un Colegio profesional la marca la regulación de la actividad profesional, y ésta giraba sobre dos pivotes: las reglas deontológicas y la fijación más o menos clara de honorarios mínimos. Ambos extremos han sido profundamente afectados por la disciplina de defensa de la competencia: toda actividad colegial que tenga repercusión económica queda sujeta al Tribunal de Defensa de la Competencia. La reforma de la Ley de Colegios Profesionales por la Ley 7/1997 es sin duda la de mayor calado desde el año 1978, virtualmente toda la actividad de los Colegios puede ser escrutada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y los Colegios como cualquier otro operador económico deben abstenerse de cualquier acuerdo colusorio o solicitar previamente la autorización correspondiente.

La Ley 7/1997 introduce dos preceptos capitales. El artículo 2.1. párrafo 2º, dice 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 sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia desleal. Los demás aspectos del ejercicio profesional continuarán rigiéndose por la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión aplicable»

Y el mismo artículo 2 en su apartado 4º advierte que:

«los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica observarán los límites del artículo 1 de la Ley 17/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, sin perjuicio de los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el artículo 3 de dicha Ley.

Se exceptúan y, por tanto, no requerirán de la referida autorización singular, los convenios que voluntariamente puedan establecer, en representación de sus colegiados, los Colegios Profesionales de Médicos, con los representantes de las entidades de seguro libre de asistencia sanitaria, para la determinación de los honorarios aplicables a la prestación de determinados servicios».

Si bien antes de esta modificación legal, el TDC había mantenido la sumisión de los Colegios a la ordenación de la libre competencia, los preceptos nuevos refuerzan el papel del Tribunal. Todo acuerdo colegial con relevancia económica queda sujeto a la legislación de defensa de la competencia. Hasta ese momento la regla general era que sólo quedaban sujetos al TDC los actos colegiales que no pudieran ampararse en las competencias atribuidas por la Ley de 1974 o por los Estatutos dictados en cumplimiento de las previsiones de la Ley (artículo 2 Ley de Defensa de la competencia).

Puede distinguirse tres grandes fases en la evolución legislativa. La primera que comprende hasta la Ley 16/1989, de 28 de diciembre, de Defensa de la Competencia, caracterizada por la exclusión casi absoluta de los Colegios de la libre Competencia. Esta fase por lo demás viene definida por la poca importancia del TDC, cuyo ideario era difícilmente compatible con un régimen económico sumamente intervenido y regulado por razones políticas.

La segunda fase arranca de la nueva ley. La doctrina gira alrededor del artículo 2º de la Ley que excluye del ámbito de aplicación de las normas de competencia los acuerdos o restricciones que estén amparados en una Ley o en normas dictadas en aplicación de la Ley. La vigencia de la Ley de Colegios Profesionales obliga a determinar en cada caso si el acuerdo del Colegio Profesional está o no amparado en una Ley.

Las normas de competencia de conformidad con la jurisprudencia comunitaria parten, no obstante, esta limitación de la LDC, de que los profesionales son operadores económicos y que no están excluidos por el carácter de su actividad de las reglas de mercado. Por eso –es importante notarlo– lo que se aplica es una excepción y no un régimen peculiar.

La libre competencia opera transversalmente sobre todos los operadores del mercado, independientemente de que sean sujetos públicos o sujetos privados y de la forma que adoptan (entes públicos, entes públicos sujetos al Derecho privado, sociedades, asociaciones o corporaciones). Por tanto, en principio, pertenece al Derecho de la competencia la determinación de si un agente actúa en el mercado y qué efectos produce en la competencia. El Derecho público puede eximir por virtud del artículo 2 LDC a un acuerdo restrictivo de la libre competencia del control del TDC (no de la Unión Europea), pero no cambia la naturaleza de las cosas. Y si una Administración o una Corporación de Derecho Público



actúa como agente en el mercado o no, si tiene efectos económicos es materia atinente en exclusiva al análisis «antitrust».

En consecuencia, como hemos defendido en otro lugar, la Ley se aplica a las conductas de cualquier sujeto u organización que intervenga en el mercado, prescindiendo de su personalidad. Ello abarca también a la Administración Pública en la medida en que ésta actúe como oferente o demandante en el mercado. Se sigue en esto un concepto funcional de empresa. La Ley (art.2º) exime aquellas conductas restrictivas, con excepción del abuso de posición dominante (art.6º de la LDC), que deriven necesariamente de la ley o de un reglamento dictado en su ejecución.

La Ley, pues, al excluir los acuerdos y prácticas exigidas por una norma de rango legal, está indudablemente reconociendo que el hecho de la condición personal o institucional, pública o privada, de quien realiza la práctica es indiferente para la aplicación de la LDC. Lo que cuenta, en rigor, es si se está en presencia de una actividad empresarial, en el sentido funcional que antes se ha expuesto de intervención o mediación en el mercado, y si una ley prevé o no la restricción de la competencia.

Sin embargo, alguna Sentencia de la Audiencia Nacional subraya que en las materias sujetas al Derecho Administrativo no cabe la libre competencia. La SAN de 16 de mayo de 1998, *Unión de Cirujanos taurinos*, dice lo siguiente:

«Por ello puede concluirse (tal como lo hacía esta misma Sala y sección en la Sentencia de fecha 23 de febrero de 1998 en el recurso 736/94) que cuando la Administración Pública actúa sometida al derecho administrativo no se encuentra sometida al principio de libre competencia (ello dada la habilitación legal de las potestades actuadas y la posición de derecho público que ocupa), pero que otra cosa es cuando actúa sometida al derecho privado y al margen de la habilitación legal de potestades, momento en la cual, no puede someter a los preceptos de la Ley 16/89».

Y más adelante señala:

«Por tanto, la función del reconocimiento de la colegiación (o la denegación de la misma) es una función claramente pública de aquellas que realizan los colegios en el ejercicio de las facultades que le son propias y cuya revisión se encuentra sometida a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa».

Frente a esta reacción jurisdiccional que, a nuestro juicio, carece de fundamento, pues lo que debía analizar la Sentencia es si el ejercicio de la potestad administrativa justificaba o no la restricción de la competencia, la modificación de la Ley de Colegios Profesionales pone de manifiesto –y ésta sería la fase actual– que el entero ordenamiento de los Colegios queda sujeto en cuanto tenga relevancia económica a la LDC. El régimen de honorarios, el visado profesional, y cuantos otros actos pueden dictar los Colegios se someten al análisis «antitrust». Lo más relevante no es tanto

que expresamente se haya suprimido los honorarios vinculantes o la limitación del visado a aspectos estrictamente técnicos, como el hecho de que cualquier acuerdo colegial, aunque recaiga en el ámbito de sus competencias, puede ser fiscalizado por el TDC si tiene relevancia económica. Virtualmente toda la actividad de los Colegios puede ser escrutada por el Tribunal. Piénsese simplemente en las normas deontológicas, verdadero contenido esencial de la materia propia de un Colegio Profesional. Apparentemente nada más alejado del Derecho de la competencia. En la práctica no es así, basta que se considere que la norma deontológica produce un efecto restrictivo en el mercado para que se abra la puerta al análisis «antitrust».

La reciente resolución del TDC de 18 de enero de 2000, *Reglamento de Publicidad de los Abogados*, confirma esta nueva vuelta de tuerca a los Colegios Profesionales. La resolución sanciona al Consejo General de la Abogacía con una multa de treinta millones de pesetas por infringir el artículo 1 LDC (pactos y acuerdos colusorios de la competencia). Estima el TDC que el reglamento restringe la competencia al limitar e incluso prohibir determinados canales de publicidad restringiendo las posibilidades de competencia entre los abogados. Para la resolución «tal restricción no actúa sólo en detrimento de los consumidores, sino que también constituye una barrera de entrada para nuevos profesionales y limita la posible expansión de aquellos abogados que estén dispuestos a buscar formas más activas de darse a conocer».

Conviene notar en un análisis elemental de la resolución lo siguiente:

a) Pertenece a la competencia del Tribunal establecer si el Reglamento de Publicidad, vale decir cualquier acto o acuerdo colegial tiene «trascendencia económica». Esta declaración nos parece impecable. Lo hemos defendido en otras ocasiones: el hecho de que se actúe en el ejercicio de una función pública no impide el análisis desde la perspectiva de la competencia si produce un efecto en el mercado.

b) No obstante lo anterior, falta en la resolución del Tribunal un análisis exhaustivo de las peculiaridades del mercado analizado (difícilmente podrá decirse que no hay competencia entre los Abogados, y lo mismo puede decirse de otras profesiones) y de la medida en que la ordenación profesional puede exigir ciertas restricciones a la publicidad. Recuérdese que la STEDH «*Casado Coca*» de 24 de febrero de 1994, declaró legítimo, desde la perspectiva de la libertad de expresión que los Colegios introdujeran limitaciones a la publicidad, siempre que fueran proporcionadas a los fines públicos que se traban de preservar. En la resolución del TDC hay un pie forzado. El Reglamento excluye la competencia, luego el reglamento vulnera la ley, pero no se analiza la cuestión de fondo: si el Reglamento «per se» es contrario a la LDC o si lo es el analizado por introducir restricciones o limitaciones injustificadas. Prescindir en absoluto del acervo

profesional y de las reglas deontológicas habituales y no establecer ninguna limitación puede tener efectos perversos e incluso contrarios a la libre competencia. Conviene recordar ahora lo que dijo el TEDH en el caso Casado Coca:

«El Tribunal no tiene motivo para dudar de que las disposiciones colegiales objeto de discusión tendían a la protección del interés público respetando a los miembros del Colegio. A este respecto es necesario tener en cuenta el carácter específico de la profesión que ejerce el abogado: en su condición de auxiliar de la justicia, debe mostrar discreción, honradez y dignidad en su conducta; las limitaciones a la publicidad encuentran su fuente en esas particularidades.

(...)

La publicidad constituye para el ciudadano un medio de conocer las características de los servicios y bienes que se le ofrecen. No obstante, a veces puede ser objeto de limitaciones con el fin sobre todo de impedir la competencia desleal y la publicidad falsa o engañosa. En ciertos contextos, incluso la publicación de mensajes publicitarios objetivos y verídicos, puede ser objeto de limitaciones tendentes al respeto de los derechos de terceros o basadas en las peculiaridades de una actividad comercial o profesión determinadas. El Tribunal debe ponderar las exigencias de las citadas peculiaridades en relación con la publicidad en cuestión».

En EE.UU. sigue siendo un asunto muy discutido tanto el de las restricciones a la publicidad de los Abogados como en general las restricciones o limitaciones a la competencia por razones deontológicas o de interés público. Olavarría y Viciano que han estudiado la jurisprudencia norteamericana llegan a la conclusión de que se ha consolidado «la posición de que cuando se alega razonablemente que la conducta enjuiciada está motivada por razones éticas, la «*rule of reason*» en vez de la prohibición «*per se*» («*per se rule*») es el estándar apropiado para valorar las conductas profesionales. En Alemania el *Bundeskartellamt* ha considerado compatible con las normas de competencia la prohibición de publicidad de los médicos prevista en la Orden federal reguladora. Son ejemplos ilustrativos de que probablemente la resolución del TDC simplifica en exceso los términos del asunto.

c) Si las Corporaciones profesionales tienen competencia para regular la publicidad en las profesiones, se echa en falta en el razonamiento jurídico del TDC un examen de los límites que el Derecho de la competencia impone a esas normas, supuesto que no puede admitirse que exista una prohibición total de medidas colegiales restrictivas de la publicidad siempre que estén justificadas en la defensa del buen orden profesional y estén justificadas.

d) Interpretada literalmente la resolución del TDC llega a la conclusión de que los Colegios de Abogados no pueden dictar Reglamentos de

publicidad, lo que supondría negar a estas Corporaciones su competencia de ordenación de la profesión. De modo que la citada resolución o debe interpretarse de otra manera o vulnera el ordenamiento jurídico.

e) Es indudable, a tenor de la STEDH, de la jurisprudencia comparada y de un mínimo conocimiento de la realidad de las profesiones liberales, que determinadas medidas restrictivas de la publicidad pueden estar justificadas en la protección de fines superiores. De ahí que la Ley General de Publicidad no se aplique íntegramente a los Colegios y que incluso no se introdujera en la modificación de la Ley de Colegios Profesionales de 1997 la sujeción a las reglas de publicidad. (Crf. Luis Calvo). De ahí también que el ordenamiento jurídico se haya preocupado en muchas ocasiones de limitar la publicidad de productos o servicios que podían afectar a la salud u otros valores dignos de protección.

## 5. ¿Una tierra de nadie al margen del derecho?: La inexistencia de controles eficaces de la gestión colegial

A pesar de las numerosas aportaciones doctrinales en torno a los Colegios Profesionales se echa en falta un tratamiento completo de los controles económicos y presupuestarios, pues lo cierto es que no existen medidas de fiscalización eficaces sobre la gestión económica de estas Corporaciones.

Se ha discutido tanto sobre la naturaleza de los Colegios como entes públicos que se ha olvidado analizar la clamorosa laguna que existe en nuestro Ordenamiento, pues estas Corporaciones profesionales carecen de cualquier control de Derecho público y de cualquiera de las técnicas preventivas de fiscalización previstas para las sociedades mercantiles o para las fundaciones. De manera que en el ordenamiento español todo queda fiado a la autotutela de los propios organismos como si se trataran de simples asociaciones.

Este estado de cosas ni es aconsejable *«lege ferenda»* ni satisfactorio *«lege data»*. Las corporaciones de Derecho público obligatorias tendrían que tener mecanismos de control de la gestión económica. El Ordenamiento jurídico mercantil ha dispuesto en beneficio de los socios y del tráfico mercantil determinados mecanismos de control. La entrega de cuentas y del balance anual al Registro mercantil, que es de conocimiento público aseguran ambos objetivos. En otros casos (Sociedades Anónimas) se exige auditoría externa. En materia de fundaciones siempre ha existido la obligación de comunicación del presupuesto y balance del ejercicio económico, además de otros controles del Protectorado. En el ámbito público, la Ley General Presupuestaria establece mecanismo de fiscalización

previa mediante la intervención y controles «*a posteriori*» del Tribunal de Cuentas.

Los Colegios Profesionales, sin embargo, no participan de ninguno de estos controles. No propugnamos naturalmente tutela alguna de las Administraciones públicas, aunque el Tribunal Constitucional las haya admitido incluso para los entes locales y el legislador las prevea para las Cámaras de Comercio. Lo que sostenemos simplemente es que no hay razón alguna para que el ordenamiento jurídico renuncie a establecer en beneficio de la transparencia de estas instituciones, algunos instrumentos de control.


Téngase en cuenta que al estar las Corporaciones de Derecho Público sujetas al Derecho Privado en todo lo que no se refiera al ejercicio de potestades públicas, eventualmente los Colegios tienen un vasto campo de actuación pudiendo ser sujetos pasivos del Impuesto de Sociedades por todas las actividades económicas que traspasen el ámbito de sus funciones típicas. No tiene sentido alguno que presupuestos, en algunos casos, nada despreciables, no requieran obligatoriamente de una auditoría externa o que no exista directriz pública alguna sobre las garantías presupuestarias, pues por lo común los estatutos se limitan a provisiones muy genéricas.

El absentismo tradicional de muchos colegiados en las Asambleas o Juntas generales exige mecanismos complementarios al control mediante la participación democrática en el proceso de formación de la voluntad del órgano supremo de cada Colegio. Y desde luego no justifica que la gestión colegial pueda virtualmente carecer de fiscalización efectiva alguna.

El asunto es aún más grave por el hecho de que las Corporaciones de Derecho público no forman parte del sector público. A efectos económicos y jurídicos sus presupuestos quedan al margen del sector público como demuestra la Ley General Presupuestaria, e incluso desde el punto de vista del Derecho Comunitario, no pueden considerarse por regla general como entes públicos ya que no se financian con los recursos de un ente público y sus órganos toman decisiones en régimen de autonomía respecto del poder público. Esta realidad normativa que no les hace reductibles a simples Administraciones públicas no sólo no justifica la carencia de controles presupuestarios y económicos, sino que la hace más necesaria si cabe. En las Administraciones públicas de una manera directa o indirecta hay un control democrático de la gestión. Sin embargo en los Colegios Profesionales ese control se reduce a los procedimientos que prevean sus Estatutos. El absentismo ya aludido y la falta de cohesión de los miembros de muchos Colegios son un campo abonado para que puedan gestionarse partidas económicas notables sin más control que el representado por la Asamblea general de colegiados.

Por tal razón sería muy aconsejable que el ordenamiento previera me-

canismos de fiscalización ya ensayados en las empresas privadas (por ejemplo auditorías públicas y obligatorias de la gestión) así como algunas reglas elementales de la presupuestación. Analizando los Estatutos generales de todas las profesiones se observa por lo común que no existen dichos controles. Como el Tribunal de Cuentas tampoco puede acceder a la fiscalización de estas Corporaciones que no forman parte del sector público económico, virtualmente hay una ausencia absoluta de controles sobre la gestión económica colegial que no parece de recibo cuando se trata de Corporaciones públicas, en la mayoría de los casos de adscripción obligatoria con cuotas de exacción forzosa para los colegiados.

El replanteamiento de esta cuestión sometiendo a los Colegios a más disciplina económica no constituye en modo alguno una merma de su autonomía, sino al contrario, un reforzamiento de su capacidad de autogobierno que no debe rehuir los controles a que todo administrador público o privado es acreedor. 

## Referencia bibliográfica

- Para el encuadramiento constitucional, S. MUÑOZ MACHADO, en la obra con L. PAREJO y E. RUILOBA *La libertad de ejercicio de la profesión y el problema de las atribuciones de los técnicos titulados*, Madrid 1983, pág. 115-131. F. Sáinz Moreno, *Profesiones tituladas y Colegios Profesionales en los Comentarios a la Constitución española de 1978* dirigidos por O. ALZAGA VILLAAMIL, Madrid 1996. F. LÓPEZ RAMÓN, R.A.P.100-102, I, pág. 651 y stes. J. M. SÁNCHEZ SAUDINOS, *Los Colegios Profesionales en el Ordenamiento Constitucional*, Madrid 1996 y el vol. colectivo dirigido por L. MARTÍN-RETORTILLO, *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Madrid 1996. J. OLAVARRÍA IGLESIA, «El artículo 36 de la Constitución: su elaboración en las Cortes Constituyentes». *Derecho Privado y constitución*, n° 11 (1997).
- Sobre la configuración histórica y constitucional de los Colegios Profesionales, M. BAENA DEL ALCÁZAR *Los Colegios Profesionales en el Derecho Administrativo español*. Madrid 1968. L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Madrid 1998. ARIÑO/SOUVIRON, *Constitución y Colegios Profesionales*, Madrid 1984. SILVIA DEL SAZ *Los Colegios Profesionales*. Madrid 1996. A. FANLO LORAS, *El debate sobre Colegios Profesionales y Cámaras oficiales*. Madrid 1997. Leopoldo ALAS TOLIVAR, «La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio» y J. L. VILLAR PALASI/J. L. VILLAR EZCURRA, «La libertad constitucional del ejercicio profesional» ambos trabajos en S. MARTÍN-RETORTILLO, (Coor.) *Estudios sobre la Constitución Española*, (Homenaje al profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA, vol. II, Madrid 1991. De notable interés son las contribuciones de L. MARTÍN-RETORTILLO, A. FANLO LORAS, G. FERNÁNDEZ FARRERES, F. LÓPEZ RAMÓN y L. MARTÍN-REBOLLO, en la obra, *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, coordinada por el primero de los autores citados, Madrid 1996.
- La distinción entre asociación y Corporación de Derecho público en G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Asociaciones y Constitución*, Madrid 1987, pág. 183 y sgtes. Cfr. también M. LÓPEZ BENÍTEZ, M. REBOLLO PUIG, «Aplicabilidad y extensión del artículo 149.1.18. de la Constitución a entes no administrativos», en *Administración instrumental. Libro Homenaje a M. F. Clavero Arévalo*, Madrid 1994, pág. 507 y sgtes.
- En cuanto a la Unión Europea, J. F. MESTRE DELGADO, «Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios profesionales en la Unión Europea», en *Derecho Privado y Constitución*, n° 11.
- En relación a Alemania, IMMENGA/MESTMÄCKER, *Gwb Kommentar zum Kartellgesetz*, 2ª edición. Munich 1992, pág.87.
- Un análisis concreto de las peculiaridades de los nuevos Colegios en C. GAY «La regulación del ejercicio de la profesión periodística», R.A.P. n° 126 (1991), pág. 385 y sgtes.
- Sobre los problemas de las atribuciones de los titulados S. MUÑOZ MACHADO/L. PAREJO ALFONSO/ E. RUILOBA SANTANA *La libertad de ejercicios de la profesión y el problema de las atribuciones de los técnicos titulados*. Madrid 1983. Los problemas jurídicos que plantea el delito del intrusismo en J. BOIX REIG / E. ORTS BERENGUER, «Sobre algunos aspectos del delito de intrusismo», *Estudios Penales y Criminológicos XXI*, Universidad de Santiago, pág. 7 y sgtes.
- Respecto de la libre competencia, J. M.ª BAÑO LEÓN, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*. Madrid 1996. J. OLAVARRÍA y J. VICIANO, «Profesiones liberales y Derecho de la competencia: crónica de la situación», en la misma Revista y número. F. LÓPEZ RAMÓN, «Libre competencia y Colegios Profesionales» en L. MARTÍN-RETORTILLO *Los Colegios ...*. Ob. cit. pág. 243 y sgtes. M. BAENA DEL ALCÁZAR, «La nueva regulación de los Colegios Profesionales. La reestructuración por la vía de la defensa de la competencia», *Derecho Privado y Constitución*, n° 11 (1997).