

EL IMPACTO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN LA INSTITUCIÓN COLEGIAL A LA LUZ DEL ARTÍCULO 36 CE (*)

MATILDE CARLÓN RUIZ

I. INTRODUCCIÓN.—II. DE CÓMO LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL HA DESCARTADO QUE LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA SEA UNA EXIGENCIA DEL ARTÍCULO 36 CE: MÁRGENES PARA SU CONSTITUCIONALIDAD A LA LUZ DE LAS LIBERTADES DE ASOCIACIÓN (ART. 22 CE) Y DE EJERCICIO PROFESIONAL (ART. 35.1 CE): A) *Claves en la constitucionalización de los Colegios profesionales a partir de los antecedentes parlamentarios.* B) *El limitado alcance de la constitucionalización de los Colegios profesionales según la jurisprudencia constitucional: especial atención a la cuestión de la colegiación obligatoria.*—III. LA EXCEPCIONALIDAD DE LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA A RESULTAS DE LA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: LOS CRITERIOS PARA JUSTIFICAR SU MANTENIMIENTO: A) *Sentido y alcance de una Directiva polémica que afecta a las «profesiones reguladas».* B) *El sometimiento de la colegiación obligatoria al triple test de no discriminación, necesidad y proporcionalidad en el contexto del proceso para la transposición de la Directiva.*—IV. EL SOMETIMIENTO DE LOS SUPUESTOS DE COLEGIACIÓN OBLIGATORIA A UN DOBLE ESCRUTINIO, CONSTITUCIONAL Y COMUNITARIO: PROBLEMAS DE ARTICULACIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 28 de diciembre de 2009 se agotó el plazo para la transposición 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* (1), norma es-

(*) 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), dirigido por el profesor Julio V. González García.

(1) DOUE L 376/36, de 27.12.2006. El plazo para su transposición queda fijado en su artículo 44.1.

pecialmente ambiciosa y, por ello, polémica, cuyo objetivo confesado es materializar las libertades comunitarias de establecimiento y prestación de servicios. En la búsqueda de este objetivo, sin embargo, la norma supera la perspectiva transnacional (la única que retiene, propiamente, dimensión comunitaria) para poner en cuestión los ordenamientos internos de control de acceso a la prestación de actividades de servicios, imponiendo su eliminación en la medida en que así lo exija la aplicación de los principios de necesidad, no discriminación y proporcionalidad.

La amplitud del concepto comunitario de «servicios», a pesar de las muchas exclusiones que la propia Directiva asume como resultado del complejo proceso de su elaboración, explica el fuerte impacto de esta nueva norma. Asumiendo el concepto jurisprudencial que insiste en el criterio de la remuneración, de lo que no cabe duda es de que entre las actividades de servicios que quedan cubiertas por la nueva Directiva se encuentran, con carácter general, las actividades profesionales. Actividades profesionales que, en varios Estados miembros —como el español—, pueden estar sometidas a cierto grado de control por unas entidades de corte colegial cuya supervivencia la Directiva, en principio, asume, si bien no prejuzga su naturaleza. Sucede, sin embargo, que la aplicación de la regla basilar de la Directiva —la que supone la eliminación de los controles previos de acceso a las actividades salvo que esté justificado en los tres principios señalados— puede poner en cuestión modelos colegiales como el español, en el que concurre, además, la peculiaridad de su constitucionalización.

Resulta así que el proceso de transposición de la Directiva de Servicios obliga a reflexionar sobre el sentido y alcance con el que el art. 36 CE ha constitucionalizado efectivamente los Colegios profesionales, cuestión en absoluto inédita, pero que adquiere una nueva dimensión cuando cabe plantearse si una norma comunitaria de Derecho derivado —investida, en cuanto tal, de los rasgos de efecto directo y primacía— puede entrar en contradicción con una norma constitucional de Derecho interno, lo que plantea interesantes cuestiones de articulación entre ambos ordenamientos. La Directiva de Servicios abre así un nuevo capítulo en el ya largo proceso de cuestionamiento de las estructuras colegiales, acentuado por su paralelo proceso de desnaturalización, pero lo hace desde una perspectiva nueva, a impulsos de una norma comunitaria, con lo que ello conlleva.

Así planteada la cuestión, debemos empezar por reflexionar, con espíritu crítico, sobre el modo en que lo que nos adelantamos en calificar de «institución colegial» ha quedado garantizada en el artículo 36 CE, tal y como ha sido interpretado el precepto —de forma no poco polémica— por el Tribunal Constitucional. Y ello centrándonos particularmente en la exigibilidad de la

colegiación obligatoria, cuestión central en la configuración cabal de la institución colegial y en la que inciden, precisamente, la Directiva de referencia y, de forma interpuesta, las normas aprobadas por el Estado español con la intención de garantizar su transposición en plazo. Sólo entonces podremos alcanzar alguna conclusión sobre la cuestión que hemos asumido como objeto de este estudio.

II. DE CÓMO LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL HA DESCARTADO QUE LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA SEA UNA EXIGENCIA DEL ARTÍCULO 36 CE: MÁRGENES PARA SU CONSTITUCIONALIDAD A LA LUZ DE LAS LIBERTADES DE ASOCIACIÓN (ART. 22 CE) Y DE EJERCICIO PROFESIONAL (ART. 35.1 CE)

A) *Claves en la constitucionalización de los Colegios profesionales a partir de los antecedentes parlamentarios*

El artículo 36 CE, como es bien sabido, contiene una particular constitucionalización de los Colegios profesionales cuando prescribe que «la Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas», a lo que se suma la advertencia de que «la estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos».

Es un lugar común advertir que el precepto transcrito no tiene antecedentes en nuestra historia constitucional ni referentes en el constitucionalismo comparado (2). Efectivamente, a pesar de contar tradicionalmente en sus ordenamientos con estructuras de corte colegial para la ordenación de ciertas profesiones, los Estados de nuestro entorno jurídico no recogen en sus textos constitucionales referencia alguna a los Colegios profesionales, sin que ninguna de nuestras Constituciones históricas contemplara previsiones que puedan ser consideradas antecedente del precepto que nos ocupa: es más, si nos remitimos al referente último de la Constitución de Cádiz, cuando falta poco para el bicentenario de su promulgación, comprobaremos que el Decreto CCLXII, de 8 de junio de 1813, *sobre el libre establecimiento de fábricas y ejercicio de cualquier industria útil*, bien al contrario, asestó un duro golpe a las instituciones gremiales, antecedente

(2) Así lo hace notar el Tribunal Constitucional en su Sentencia 89/1989, a la que posteriormente nos referiremos en detalle. Destacan este dato, por otra parte, la generalidad de los autores que han estudiado el precepto: por todos, SÁINZ MORENO, F. (1983): 632.

histórico de la *institución colegial*, al anular la exigencia de inscripción a gremio alguno para el ejercicio de «cualquier industria u oficio útil» (3).

Resulta, con todo, que el tenor literal del artículo 36 CE —muy lejos de la taxatividad con la que el Decreto gaditano recién recordado se pronunciaba respecto de la cuestión vertebral de la obligatoriedad de la inscripción gremial— plantea dudas sobre el alcance con el que se ha constitucionalizado la *institución*: muy particularmente, por lo que a nosotros interesa, en punto a aquella «cuestión vertebral». Dudas que, a pesar de los parámetros interpretativos que los trabajos parlamentarios podrían haber ayudado a disipar, abonaron una jurisprudencia constitucional francamente desnaturalizadora de la *institución* al descartar que la colegiación obligatoria sea consustancial a la misma.

La elaboración parlamentaria del precepto que nos ocupa —que ha sido ampliamente estudiada (4) permite, en efecto, alcanzar algunas conclusiones claves a los efectos de nuestros intereses: de una parte, que los Colegios se distinguen radicalmente de otras entidades de base asociativa por no ser de creación libre, sino de creación legal, y, de otra, de forma conexas, que la colegiación obligatoria se asumía como elemento consustancial a la institución, aun bajo el condicionamiento de la creación coetánea al proceso de aprobación de la Constitución de Colegios de adscripción voluntaria—.

En primer lugar, se hace reconocible en los trabajos constituyentes que la apelación expresa a las «peculiaridades» de los Colegios contenida en la redacción definitiva se explica en la asunción de que, frente a los sindicatos, las asociaciones empresariales y demás organizaciones profesionales —aglutinados todos ellos originalmente en el art. 7 del Dictamen de la Comisión sobre el Anteproyecto—, aquéllos se diferencian radicalmente por ser creados por Ley o en aplicación de una Ley, y no de forma libre. Esta asunción estaba ya latente en la enmienda al Anteproyecto que pretendió introducir en su artículo 5 una referencia a los Colegios junto a sindicatos, asociaciones empresariales y organizaciones profesionales, si bien eliminando la referencia general que en la redacción original se hacía a que «se forman y ejercen su actividad libremente dentro

(3) Establecía el Decreto: «Las Cortes Generales y extraordinarias, con el justo objeto de remover las trabas que hasta ahora han entorpecido el progreso de la industria, destacan. I. Todos los españoles y los extranjeros avecindados o que se avecinen en los pueblos de la monarquía podrán libremente establecer las fábricas o artefactos de cualquier clase que les acomode, sin necesidad de permiso ni licencia alguna, con tal que se sujeten á las reglas de policía adoptadas, ó que se adopten para la salubridad de los mismos pueblos. II. También podrán ejercer libremente cualquiera industria u oficio útil, *sin necesidad de examen, título o incorporación a los gremios respectivos*, cuyas ordenanzas se derogan en esta parte». *Vid.* MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1988): 128-129.

(4) Sobre el proceso de elaboración del artículo 36 CE pueden verse FANLO LORAS, A. (1996): 74-78, y OLAVARRÍA IGLESIA, J. (1997): 157-199.

del respeto a la Constitución y a la Ley» (5). Y reverdece en el Senado cuando el Grupo Socialista buscó enmendar el texto definitivamente aprobado por el Congreso como artículo 7 [acogiendo la fórmula aprobada por el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas (6)], desglosándolo en dos párrafos, el segundo dedicado expresamente y de forma exclusiva a los Colegios para afirmar que «la Ley regulará las *peculiaridades propias* de los Colegios profesionales» (7), y ello, confesadamente, por entender que los Colegios no serían homologables a las otras organizaciones mencionadas en el artículo por cuanto «en el sistema jurídico-administrativo español son tradicionalmente corporaciones de derecho público» —en expresión literal del defensor de la enmienda, el Senador Sáinz de Baranda—, lo que pugnaría con el criterio de la libertad de creación (8). En esta consideración abundó la enmienda presentada *in voce* por el Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes y defendida por el Senador Villar Arregui, abogando por la reubicación del precepto fuera del «frontispicio de la Constitución» (9), en un planteamiento que acogió

(5) Enmienda 587, firmada por D. Antonio Rosón Pérez y D. J. M.^a Pardo Montero, del Grupo Parlamentario de UCD (publicación separada del Boletín de las Cortes Generales, 31 de enero de 1978, págs. 240-241). En la justificación de la enmienda se advertía que «se incluyen expresamente los “Colegios Profesionales”, que son una realidad que ha sobrevivido digna y eficazmente a todos los regímenes políticos».

(6) En su literalidad, «los sindicatos de trabajadores, las asociaciones empresariales, los Colegios y demás organizaciones profesionales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos». El Dictamen de la Comisión puede consultarse en BOC núm. 121, de 1 de julio de 1978, y el texto definitivamente aprobado por el Pleno del Congreso en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 116, de 21 de julio de 1978.

(7) Enmienda núm. 1042 (publicación separada del Boletín de las Cortes Generales, 7 de agosto de 1978, pág. 439).

(8) Diario de Sesiones del Senado, núm. 41, 22 de agosto de 1978, págs. 1691-1692. En afirmación del Senador, la libertad de creación no sería «precisamente lo que se ha querido buscar al constitucionalizar los Colegios profesionales», de modo que «su inclusión en este artículo podría suponer casi su práctica desaparición, por lo menos como corporaciones de Derecho público que deban controlar el ejercicio profesional».

(9) Esta enmienda (Diario de Sesiones del Senado, núm. 41, 22 de agosto de 1978, págs. 1697-1698) propuso eliminar toda referencia a los Colegios en el artículo 7 para crear un nuevo artículo 33 bis que se limitara a prescribir que «la Ley regulará las peculiaridades propias de los Colegios profesionales. Su estructura y funcionamiento se ajustarán a criterios democráticos». Y ello por la sencilla razón de que resultaría «excesivamente pretencioso inscribir a los Colegios profesionales en el frontispicio de la Constitución» (sin que por ello descarte la fórmula de su constitucionalización, conscientemente alejada de las fórmulas del Derecho comparado), a lo que se sumaría la excepcionalidad con la que en esta sede se incorporan mandatos al legislador.

el Senado y, definitivamente, la Comisión Mixta para alcanzar la redacción que resultó definitiva como artículo 36 CE (10).

De otra parte, en los trabajos parlamentarios se asumía en todo momento que la colegiación obligatoria era consustancial a la institución colegial, cuando menos —y esto es clave— para algunas profesiones, por más que en la redacción final no fraguara su consagración expresa.

El texto definitivamente aprobado por el Senado, primero en Comisión, después en Pleno, recogiendo todas las aspiraciones del Senador Pedrol Rius (11), asumía, aun por remisión, la regla de la colegiación obligatoria cuando establecía que «una ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales, con estructura y funcionamiento democráticos, y *con respeto a las normas de adscripción y ejercicio hasta ahora vigentes*» (12).

(10) BOC núm. 170, de 28 de octubre de 1978, pág. 3707.

(11) Y ello a pesar de algunos reveses previos. Una primera enmienda presentada por el Senador «a título personal», la núm. 182 (publicación separada del Boletín de las Cortes Generales, 7 de agosto de 1978, pág. 71), por la que se pretendía introducir en el texto del artículo 7 aprobado por el Congreso, como inciso final el siguiente —«Todo ello sin perjuicio del respeto a los principios de colegiación obligatoria y exclusividad territorial para los Colegios de aquellas profesiones que tradicionalmente los vienen observando»— fue rechazada. La justificación de la enmienda, transcrita por OLAVARRÍA IGLESIA, J. (1997): 167, era la siguiente: «La redacción del texto que pretende enmendarse podría ser interpretada por una ley futura como una ilimitada libertad de creación de Colegios profesionales dentro del mismo ámbito territorial y aun estableciendo como voluntaria la incorporación de los profesionales a los Colegios. Y la experiencia demuestra que existen profesiones donde los principios de colegiación obligatoria, y de exclusividad territorial constituyen la auténtica garantía para los ciudadanos del correcto ejercicio y del respeto a la deontología por parte de los profesionales mediante el control permanente que sobre ellos ejercen los órganos colegiales. Por ello parece necesario asegurar que *en los Colegios de las profesiones tradicionalmente organizadas sobre los principios expresados* continuarán respetándose éstos».

(12) Este texto, definitivamente aprobado por el Pleno como artículo 36 (BOC núm. 161, de 13 de octubre de 1978, pág. 3536), procede de una enmienda *in voce* del Senador Pedrol que, si bien fue propuesta originalmente como nueva Disposición adicional, fue aprobada por el Senado como nuevo artículo 32 bis (Diario de Sesiones del Senado, núm. 45, de 29 de agosto de 1978, pág. 2033), para resultar definitivamente identificada como artículo 36. Aun habiéndose rechazado la enmienda original del Senador, la consideración de que la colegiación obligatoria era consustancial a los Colegios profesionales, al menos para algunas profesiones, se mantuvo latente en la discusión del precepto: de hecho, la propia enmienda original del Grupo Socialista en el Senado, citada más arriba en el texto, partía de entender —en palabras del Senador Sáinz de Baranda— que las «peculiaridades propias» de los Colegios se identifican expresamente con «las que están en lo esencial vigentes hoy día, las que tradicionalmente han venido significando los Colegios profesionales, que vendrían a estar representadas por los principios siguientes: primero, tratarse de corporaciones de Derecho público; segundo, tener una adscripción obligatoria *para el ejercicio de determinadas profesiones*; y tercero, una exclusividad territorial» (Diario de Sesiones del Senado, núm. 41, 22 de agosto de 1978, pág. 1694). A la vista de la enmienda del Grupo Socialista, el Senador Pedrol Rius se acogió —mediante nueva enmienda *in voce*— a su planteamiento, si bien

En él se introdujeron, sin embargo, por parte de la Comisión Mixta Congreso-Senado, modificaciones en dos extremos capitales —por adición y exclusión— para alcanzar la redacción que resultó definitiva como artículo 36: mientras que desaparece la mención al debido respeto a las normas de adscripción y ejercicio hasta entonces vigentes, se añade una referencia expresa al «ejercicio de las profesiones tituladas». Si bien el carácter secreto de las reuniones de la Comisión impide alcanzar conclusiones fiables sobre el sentido que se pretendió imprimir a esta redacción definitiva, por su propio alcance puede deducirse que, a pesar de que se descartó hacer mención expresa al *status quo* en relación con las normas de adscripción y ejercicio, se asumió la particularidad de los Colegios respecto de las demás organizaciones originalmente integradas en el artículo 5 del Anteproyecto —finalmente limitado, en su redacción como art. 7, a los Sindicatos, siendo así que las asociaciones empresariales se derivaron al art. 52— y se los relacionó expresamente con el ejercicio de profesiones tituladas, remitiendo, en todo caso, a la Ley su concreta regulación.

Esta solución final del constituyente ha dejado abiertos algunos interrogantes cruciales respecto del verdadero alcance con el que la institución colegial ha sido, efectivamente, constitucionalizada. Y ello por cuanto, si nos atenemos al tenor literal del artículo 36 tal y como ha quedado finalmente redactado, podríamos entender que la Constitución contempla la existencia de unas organizaciones preexistentes, los Colegios profesionales, remitiendo a la ley su regulación, con el único límite de que en su estructura interna y funcionamiento deben respetar el principio democrático, dato éste que, si bien cualifica, tal y como ha tenido ocasión de destacar la STC 135/2006, de 27 de abril, a los Colegios

instó a que se incorporara mediante Disposición adicional una precisión según la cual la Ley reguladora de los Colegios «respetará los principios de adscripción y de ejercicio hasta ahora vigentes en aquéllos» a fin de blindar en sede constitucional —bajo una fórmula parcialmente distinta— la regla de la adscripción obligatoria, y con la justificación de que sería imposible ejercer un control deontológico del ejercicio de la profesión fuera del seno del control por los propios compañeros de profesión, con la necesidad de garantizar la independencia de la profesión y, finalmente, con la necesidad de mantener un criterio homogéneo con los demás países europeos (Diario de Sesiones del Senado, núm. 41, págs. 1695-1696). El Grupo Socialista no se mostró, sin embargo, proclive a asumir la propuesta del Senador Pedrol en lo que suponía hacer referencia expresa al carácter obligatorio de la adscripción, lo que es bien significativo, puesto que, en palabras del Senador Sainz de Baranda, «el término “obligatoria”, aparte de que puede resultar un poco fuerte, creo que daría lugar a confusión, siendo suficiente “adscripción y ejercicio hasta ahora vigentes”» (Diario de Sesiones del Senado, núm. 41, pág. 1696), lo que no le impidió al Senador Villar Arregui, en su enmienda sucesiva, y aun omitiendo cualquier referencia expresa al régimen de adscripción, acoger el criterio de que la adscripción obligatoria «es una garantía de cara a los clientes que acuden a quienes ejercen las llamadas hasta ahora, profesiones liberales» (Diario de Sesiones del Senado, núm. 41, págs. 1697-1698).

frente a entes de corte netamente asociativo (13), no prejuzga, por ello, radicalmente, cuál deba ser su naturaleza y régimen jurídico. Sucede, sin embargo, que su propia constitucionalización, y el modo en que ésta se ha producido, impone más pautas al legislador que las aparentes —la propia reserva de Ley es una de ellas—, y ello por más que el constituyente —seguramente condicionado por la falta de coherencia plena con la que el modelo colegial acababa de ser regulado, precisamente, en el umbral de la aprobación de la Constitución— no quisiera ser tajante en cuestiones cruciales como la obligación de colegiación.

No se puede desconocer, en efecto, a la hora de interpretar el artículo 36 CE, que con él se optó expresamente por separar el reconocimiento de los Colegios del de otras organizaciones en función de sus «peculiaridades» —como refleja su propia dicción literal—. *Peculiaridades* que, como se puso de manifiesto durante el trámite de su elaboración, se identificaban primariamente con la imposibilidad de su libre creación. Se asumía así, sin mayor discusión, que el sustrato que sustenta la institución colegial no es propiamente asociativo, lo que facilitaría entender que se asume igualmente —entre tales peculiaridades— el rasgo de la obligatoriedad de la colegiación, con lo que se acogería con perfiles nítidos una institución decantada en la tradición para la organización de determinadas profesiones, siendo a estos efectos reveladora la introducción final de la referencia a las «profesiones tituladas», sobre cuyo alcance posteriormente reflexionaremos. De no ser así, la fórmula del artículo 36 resultaría perfectamente innecesaria, por resultar su contenido reconducible a la garantía de la libertad básica de asociación o, en su caso, de sindicación.

Contra esta interpretación cabe, sin embargo, oponer que el constituyente ha evitado expresamente —tal y como ha quedado descrito— acoger una referencia expresa a la exigencia de colegiación obligatoria. Algo que seguramente encuentre explicación en que, por más que los trámites parlamentarios permiten concluir que el constituyente tenía presente el modelo colegial preexistente cuando incorporó el artículo 36 CE, tal modelo, si bien parecía haber decantado históricamente ciertos rasgos distintivos, no estaba exento en su aplicación extensiva de incoherencias y disfunciones que lastraron el alcance de su efectiva constitucionalización. No en vano, la originalidad misma del artículo 36 tiene un precedente inmediato, en el plano legislativo, en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, *sobre Colegios Profesionales* (LCP), única de nuestro entorno jurídico

(13) Destaca el FJ 5 de la sentencia, *a sensu contrario*, que la llamada al principio democrático en la organización y funcionamiento de los Colegios que el artículo 36 CE contiene, supone *per se* en una nueva excepción a la libertad de asociación entendida en sentido propio, toda vez que resulta radicalmente contradictoria con la potestad de autoorganización que es inherente a aquélla.

que pretende ofrecer una regulación general a las estructuras colegiales, Ley que fue, precisamente, objeto de reforma mediante la Ley 74/1978, de 26 de diciembre, *de normas reguladoras de los Colegios Profesionales*, de tramitación paralela al propio texto constitucional, para eliminar su perfil como elemento de la democracia orgánica. Es en este concreto contexto legal en el que hay que interpretar la definitiva dicción del artículo 36 CE, particularmente por lo que hace a la exclusión última de su redacción de la expresión «y con respeto a las normas de adscripción y ejercicio hasta ahora vigentes», incorporada en la redacción definitivamente aprobada por el Senado.

La Ley 2/1974, en su redacción original, inmodificada por lo que ahora interesa por la Ley 74/1978, contemplaba la existencia de Colegios profesionales sindicales y no sindicales (14), incorporando la exigencia de creación mediante Ley de nuevos colegios a partir de la petición de los profesionales interesados, a los que se exigiría un título universitario [art. 4.1 en relación con el 1.dos.c)], siendo obligatoria la colegiación para el «ejercicio de las *profesiones colegiadas*» (art. 3.2). Por más que la utilización de este mismo término —*profesión colegiada*— parecía confirmar la ecuación colegio-obligatoriedad de colegiación, en el entendimiento de que la existencia de un determinado colegio determinaba por sí misma la consideración de la profesión concernida como colegiada, exigiéndose para su ejercicio la previa colegiación —así lo entendió, de hecho, como veremos, aun como mera opción del legislador, la STC 89/1989, de 11 de mayo—, no podemos ocultar que el mismo día en que se aprobó la Ley de reforma de la Ley 2/1974, y la propia Constitución, se aprobó mediante Ley 73/1978, de 26 de diciembre, la creación del Colegio Oficial de Geólogos, en el que podrían integrarse «voluntariamente» Licenciados y doctores en ciencias geológicas.

Siendo éste el inmediateísimo contexto legislativo en el que se incardinó la discusión y aprobación del artículo 36 CE, parece más que prudente que se evitara incorporar en la constitucionalización de los Colegios la exigencia del

(14) El apartado Uno del artículo Primero, incorporaba al ámbito de aplicación de la Ley, los colegios enumerados en el artículo Segundo, I.i) de la Ley Constitutiva de las Cortes, de 17 de julio de 1942 (es decir, los Colegios de Abogados; los de Médicos; los de Agentes de Cambio y Bolsa, de Arquitectos, de Economistas, de Farmacéuticos, de Licenciados y Doctores en Ciencias y Letras, de Licenciados y Doctores en Ciencias Químicas y Físico-Químicas, de Notarios, de Procuradores de los Tribunales, de Registradores de la Propiedad, de Veterinarios y de los demás Colegios profesionales de título académico superior que en lo sucesivo se reconozcan a estos efectos), los demás colegios que no teniendo carácter sindical se hallaran constituidos válidamente en el momento de promulgación de la Ley, así como los que se constituyan por titulados universitarios, si bien advertía finalmente que la Ley no sería de aplicación «a los Colegios Profesionales Sindicales ni a los que en lo sucesivo se integren en la organización Sindical o hayan de constituirse conforme a lo dispuesto en el artículo 22 y concordantes de la Ley Sindical».

«respeto a las normas de adscripción y ejercicio hasta ahora vigentes». Lo cual no quiere decir, como advertíamos, que en tal constitucionalización el legislador haya quedado desvinculado de otra exigencia que no sea la de garantizar la aplicación del principio democrático a la organización y funcionamiento de los Colegios. El artículo 36 CE, si establece una reserva de Ley en relación con los colegios, es, precisamente, porque sus *peculiaridades* pasan por introducir excepciones a determinadas libertades —en particular, las de asociación (art. 22) y de ejercicio profesional (art. 35 CE)—, en punto a su creación y a la obligatoriedad de incorporación de sus miembros, y ello con independencia de que la práctica previa, simultánea y posterior a la elaboración del precepto constitucional haya permitido la expansión de la fórmula colegial más allá de su *espacio natural*, el de las profesiones cualificadas por los especiales intereses públicos implicados en su ejercicio. Fuera de este «espacio natural», los condicionantes de la fórmula colegial —cifrados, no se olvide, en limitaciones a libertades públicas— dejan de estar justificados y, en ocasiones, decaen —en particular, la exigencia de colegiación—, con lo que se pone en duda la consistencia misma de la institución colegial y, en todo caso, la razón de ser de su constitucionalización.

En esta paradoja se ha debatido, de hecho, la jurisprudencia constitucional habida en relación con el artículo 36 CE. Jurisprudencia que interesa repasar, particularmente en lo que hace a la consideración de la colegiación obligatoria, para extraer un perfil definitivo del precepto que ahora nos ocupa.

B) *El limitado alcance de la constitucionalización de los Colegios profesionales según la jurisprudencia constitucional: especial consideración a la cuestión de la colegiación obligatoria*

La doctrina constitucional respecto del alcance con que el art. 36 CE ha constitucionalizado los Colegios profesionales se muestra con cierta ambigüedad —e incoherencia— en algunas cuestiones claves —y, en particular, en lo que se refiere a la exigencia de colegiación obligatoria—, lo que no le ha impedido decantar ciertos parámetros para abordar la cuestión.

La primera sentencia en la que el Tribunal se enfrenta frontalmente con la cuestión de la constitucionalidad de la colegiación obligatoria —la STC 89/1989, de 11 de mayo— no deja de sembrar ciertas dudas sobre el alcance que reconoce a la constitucionalización de los Colegios profesionales.

Con anterioridad, las Sentencias que habían tratado de los Colegios profesionales o, más en general, del contenido del artículo 36 CE, abarcando la

referencia al ejercicio de las profesiones tituladas, lo habían hecho de forma tangencial, si bien marcan algunas pautas que la STC 89/1989 no puede desconocer. Así, la STC 23/1984, de 20 de febrero, advierte del limitado contenido del artículo 36 CE para descartar que el artículo 23.2 CE pueda proyectarse sobre los Colegios profesionales (15), mientras que la STC 69/1985, de 30 de mayo, asume que la relación funcional que vincula a los Letrados con la Administración autonómica «viene a privar de razón de ser del sometimiento a una organización colegial justificada en los demás casos» (FJ 2), lo que implica partir, aún implícitamente, de la obligatoriedad de la colegiación como regla. La STC 83/1984, de 24 de julio, por su parte, excluye que el ejercicio de profesiones tituladas incorpore ningún derecho fundamental al afirmar que la reserva de ley que el artículo 36 CE contiene a este respecto no queda constreñida por el debido respeto al contenido esencial que para la regulación de los derechos y libertades impone el artículo 53.1 CE (16), siendo así que la sucesiva STC 42/1986, de 10 de abril, aún sin referirse a este precedente, perfila algo más el contenido de esta reserva de ley para advertir que implica que «compete, pues, al legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuándo existe una profesión, cuándo esta profesión debe dejar de ser enteramente libre para pasar a ser profesión titulada, esto es, profesión 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» (FJ 1), en un argumento que presume —bien es verdad que sin especial argu-

(15) Advierte el FJ 4 de la Sentencia que «la Constitución remite a la Ley la regulación de las peculiaridades propias de los Colegios profesionales, en los términos vistos, pero no los configura directamente como Corporaciones de Derecho público ni les atribuye funciones relativas al ejercicio de las profesiones, limitándose a señalar —al igual que sucede con los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales (arts. 6 y 7)— que «la estructura interna y el funcionamiento deberán ser democráticos».

(16) En los términos literales de la Sentencia, «éste es el caso, y con ello pasamos al último de los puntos antes señalados, del ejercicio de las profesiones tituladas, a las que se refiere el artículo 36 de la CE, y cuya simple existencia (esto es, el condicionamiento de determinadas actividades a la posesión de concretos títulos académicos, protegido incluso penalmente contra el intrusismo) es impensable sin la existencia de una Ley que las discipline y regule su ejercicio. Es claro que la regulación de estas profesiones, en virtud de ese mandato legal, está expresamente reservada a la Ley. También es claro, sin embargo, que dada la naturaleza del precepto, esta reserva específica es bien distinta de la general que respecto de los derechos y libertades se contiene en el artículo 53.1 de la CE y que, en consecuencia, no puede oponerse aquí al legislador la necesidad de preservar ningún contenido esencial de derechos y libertades que en ese precepto no se proclaman, y que la regulación del ejercicio profesional, en cuanto no choque con otros preceptos constitucionales, puede ser hecha por el legislador en los términos que tenga por conveniente» (FJ 3 *in fine*).

mentación al respecto— que la colegiación se apoya en la identificación de una profesión titulada (17). La STC 20/1988, de 18 de febrero, finalmente, se remite a previas sentencias (SSTC 76/1983, de 5 de agosto; 23/1984, de 20 de febrero, y 123/1987, de 15 de julio) para reiterar que la configuración de los Colegios profesionales como «corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero que también atienden a finalidades de interés público, en razón de las cuales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho público cuyo origen, organización y funciones no dependen sólo de la voluntad de los asociados, sino también, y en primer término, de las determinaciones obligatorias del propio legislador [...] se trata de una *legítima opción legislativa* que no sólo no contradice el mandato del artículo 36 de la Constitución, sino que guarda una estrecha conexión instrumental con el régimen de ejercicio de las profesiones tituladas a que este mismo precepto constitucional se refiere». Todo ello para precisar, como advirtiera la STC 76/1983, que «corresponde a la legislación estatal fijar los principios y reglas básicas a que han de ajustarse su organización y competencias las Corporaciones de Derecho público representativas de intereses profesionales» (FJ 26).

Aun con estos precedentes, la STC 89/1989 es, en efecto, la primera en plantearse frontalmente la constitucionalidad de la colegiación obligatoria. Y ello por la sencilla razón de que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad que le fue planteada en relación con el ya mencionado artículo 3.2 de la LCP en la redacción entonces vigente, según la cual «será 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. Así, planteada la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal se enfrenta con la cuestión nuclear del alcance de la constitucionalización de los Colegios y lo hace con cierta ambivalencia: así, en sus FFJJ 4 y 5, si bien su razonamiento preliminar parecería dar carta de naturaleza a la conclusión —defendida por la mayor parte de la doctrina— de que el artículo 36 CE integra una garantía institucional a favor de los Colegios profesionales en su configuración clásica, en la que la cole-

(17) Esta afirmación es sucesiva a la que advierte que «la garantía de las libertades y derechos de los ciudadanos consiste en que esta materia sea regulada por el legislador, que no encuentra, como es obvio, otros límites que los derivados del resto de los preceptos de la Constitución y, principalmente, de los derechos fundamentales».

giación obligatoria es requisito imprescindible (18), se aparta sucesivamente de tal conclusión para colegir 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 (19).

Resulta así que la Sentencia da una de cal y otra de arena cuando, tras afirmar, en su FJ 5, que «cierto es que la CE, como antes se ha dicho, si bien constitucionaliza la existencia de los Colegios profesionales, no predetermina su naturaleza jurídica, ni se pronuncia al respecto, pero hay que convenir que con su referencia a las peculiaridades de aquéllos y a la reserva de Ley, remitiendo a ésta su regulación (art. 36), viene a consagrar su especialidad —«peculiaridad»— ya reconocida, de otro lado, por la legislación citada», concluye, sin embargo, que «es el legislador, por tanto, dentro de los límites constitucionales y de la naturaleza y fines de los Colegios, quien puede optar por una configuración determinada (STC 42/1986), dado, además, que la reserva legal citada no es equiparable a la que se prevé en el artículo 53.1 C.E. respecto de los derechos y libertades en cuanto al respeto de su contenido esencial, puesto

(18) Claramente a favor de esta interpretación FANLO LORAS (1996): 79-85, quien glosa la doctrina previa y, entre ella, de forma coincidente ARIÑO ORTIZ, G., y SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.^a (1984): 88-89, y divergente, SÁINZ MORENO, F. (1983): 556-557. SAZ, S. del (1996): 93-100, y CALVO SÁNCHEZ, L. (1998): 665-691, consideran también que el artículo 36 CE ha constitucionalizado la obligatoriedad de la colegiación como rasgo de la institución colegial.

(19) Efectivamente, el FJ 4, aun cuando parte de la advertencia de que «el artículo 36 CE no se refiere a la naturaleza jurídica de los Colegios profesionales», se apoya en la que califica de posición doctrinal mayoritaria para sustentar la «concepción mixta o bifronte» de los Colegios, ya que, «pese a la base común asociativa de todas las personas jurídicas, persiguen fines más amplios que las de simple interés particular o privado, concediéndoseles por ello legalmente ciertas atribuciones o potestades —especie de delegación del poder público— para que puedan realizar aquellos fines y funciones, que no sólo interesan a las personas asociadas o integradas, sino a las que no lo están, pero que pueden verse afectadas por las actuaciones del ente». Concepción que el FJ 5 identifica en la legislación vigente, empezando por el artículo 1 de la propia Ley 2/1974, para concluir que «la Constitución no ha modificado ni alterado esta concepción legal, pese a la novedad que supone en la historia constitucional haber introducido la nuestra una norma como la del artículo 36. Antes bien reconoce y sanciona la intermediación de la Ley, con un importante matiz justificativo, al señalar «las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios profesionales», con lo que parece ya distinguirlos de las restantes personas jurídicas y asociaciones, sean de interés público o privado». Matiza, sin embargo, a renglón seguido que el precepto constitucional «únicamente —constitucionalizando la norma— ordena que «la estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos», precepto éste sí aplicable o común a otras asociaciones (sindicatos y asociaciones empresariales —art. 7—, partidos políticos —art. 6— y organizaciones profesionales para la defensa de intereses económicos —art. 52—). Distinción que, por otra parte, resulta también de la comparación del artículo 36 con los artículos 6 y 7, en cuanto estos dos últimos, y no el 36, sancionan la libertad de creación —y del ejercicio de la actividad— de los partidos, sindicatos y asociaciones empresariales».

que en los Colegios profesionales —en la dicción del art. 36— no hay contenido esencial que preservar (STC 83/1984), salvo la exigencia de estructura y funcionamiento democrático». Sorprende la cita a la STC 83/1984, que —como vimos anteriormente— se pronunció sobre la ordenación del ejercicio de las profesiones tituladas y no, propiamente, sobre la configuración de los Colegios; pero sorprende aún más que la Sentencia advierta sin solución de continuidad que «otra cosa es que el legislador, al hacer uso de la habilitación que le confiere el artículo 36 CE, deberá hacerlo de forma tal que restrinja lo menos posible, y de modo justificado, tanto el derecho de asociación (art. 22) como el de libre elección profesional y de oficio (art. 35), y que al decidir, en cada caso concreto, la creación de un Colegio profesional, en cuanto tal, haya de tener en cuenta que, al afectar la existencia de éste a los derechos fundamentales mencionados, sólo será constitucionalmente lícita cuando esté justificada por la necesidad de servir un interés público». Argumento este último que, parece evidente, sólo es coherente con la premisa de que la institución colegial, *per se*, se construye sobre la base de la adscripción obligatoria.

Después de glosar su propia jurisprudencia al respecto en el FJ 6, con cita de las SSTC 23/1984, 123/1987 y 20/1988, el Tribunal da una muestra definitiva de su ambivalencia, cuando, a pesar de insistir en su FJ 7 en que «los Colegios profesionales, por su tradición, por su naturaleza jurídica y fines y por su constitucionalmente permitida regulación por Ley, no son subsumibles en la totalidad del sistema general de las asociaciones a las que se refiere el artículo 22 CE, porque, aunque siendo en cierto modo asociaciones, constituyen una peculiar o especial clase de ellas, con reglas legales propias (art. 36), distintas de las asociaciones de naturaleza jurídico-privada», para lo cual insiste en que el precepto —a diferencia de los arts. 6 y 7 CE— no ha previsto que su «creación y ejercicio sean libres», descarta en el FJ 8 que la colegiación obligatoria vulnere los artículos 22 y 35 CE, si bien en la medida en que el artículo 36 da libertad al legislador para configurar los Colegios profesionales. En sus propias palabras, «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».

En la consideración del Tribunal Constitucional el alcance del artículo 36 CE resulta, en definitiva, francamente devaluado, en unos términos que resultan un tanto paradójicos. Habilita al legislador para, si lo estima oportuno, configurar los Colegios profesionales en unos términos que pueden restringir las libertades de asociación y de elección de oficio —y, en particular, imponiendo la obligación de colegiación—, siempre que así se justifique por los intereses públicos vinculados a determinadas profesiones; criterio este último apenas esbozado en la STC 89/1989, pero que en jurisprudencia posterior, como veremos inmediatamente, reaparece, aún no de forma nítida. Nada le impone, sin embargo, al legislador esta tal ordenación de los colegios. ¿Para qué, entonces —surge la pregunta— el artículo 36 CE? No olvidemos que, como el propio Tribunal se ocupa de recordar —y los antecedentes del trámite constituyente permiten colegir—, este artículo se explica en la intención de distinguir los Colegios —por sus *peculiaridades*, que se dan por supuestas y, en todo caso, preexistentes al texto constitucional— frente a otras organizaciones cercanas, pero en absoluto idénticas, como sindicatos y organizaciones profesionales, de las que les separa el dato crucial de su creación por ley.

A estos efectos es expresiva 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. 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* y 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 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 concurre 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 (20). Planteamiento que se confirmó

(20) Recordemos que el artículo 11 del Convenio, bajo el enunciado «Libertad de reunión y de asociación», prescribe, en su primer apartado, que «toda persona tiene derecho a la libertad de

posteriormente, también con posterioridad a la STC 89/1989, en la Sentencia de 30 de junio de 1993, dictada en el *Asunto Sigurdur 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 art. 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 asociación.

Se hace, pues, evidente que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos descarta que el derecho de asociación encuentre escenario en unos organismos colegiales configurados sobre la base de su creación *ex lege*, dotados de personalidad pública con el objetivo de garantizar los intereses generales implicados en una concreta profesión en correlación con las funciones que tienen atribuidas: de ahí que no considere siquiera la posibilidad de que en tales casos la colegiación obligatoria tenga capacidad de lesionar la vertiente negativa del derecho de asociación, derecho que, simplemente, no entra en juego. No, como afirma la STC 89/1989, que «la obligación de inscribirse los profesionales en el Colegio y someterse a su disciplina no supone una limitación injustificada, y menos una supresión del derecho garantizado en el artículo 22 CE y reconocido en el 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos». Diferencia de no poca trascendencia, ya que la conclusión —contradictoria, a pesar de lo afirmado, con la jurisprudencia del Tribunal Europeo— de que en los Colegios, aun en su configuración pública más estricta, está presente el derecho de asociación, obliga a justificar caso por caso en las concretos intereses públicos implicados la excepción a aquel derecho, operación en la que ha de jugar el principio de proporcionalidad.

A la vista de lo anterior, 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. Si el artículo 36

reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses», para precisar, en el segundo, que «el ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de éstos por los miembros».

CE contempla de forma separada los Colegios profesionales es, evidentemente, porque los *reconoce* como una realidad jurídica preexistente trabada en función de unas peculiaridades ya decantadas, que los separan radicalmente de otras organizaciones, y entre las que destacan la creación por ley y la colegiación obligatoria. Cosa distinta es determinar para qué profesiones tituladas —recuérdese la dicción del precepto que fue objeto de cuestionamiento en la STC 89/1989, referida a las «profesiones colegiadas»— está justificada la opción por la fórmula colegial, decisión en la que no podrán obviarse criterios que ponderen la consideración de los intereses públicos vinculados a la concreta profesión de que se trate. En definitiva, no toda profesión debería ser profesión titulada y, sucesivamente, no toda profesión titulada debería, necesariamente, ser profesión colegiada. El Tribunal devalúa este planteamiento al considerar que es una mera opción del legislador la identificación de la colegiación obligatoria como elemento caracterizador de la fórmula colegial, lo que abre la puerta, en la jurisprudencia posterior a la STC 89/1989 —y de forma contradictoria con ella: no olvidemos que el art. 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales tiene vocación de generalidad—, al reconocimiento de la constitucionalidad de los Colegios de adscripción voluntaria, proyectando la ponderación de los intereses públicos en presencia sobre la exigibilidad o no de la colegiación obligatoria, rota la ecuación Colegio-obligatoriedad de la colegiación.

Parece, en efecto, que en su jurisprudencia posterior a la STC 89/1989 el Tribunal, no sin ciertos desfallecimientos (21), se contagia de su propia doctrina acerca de las Cámaras —abierta por las SSTC 132/1989, de 18 de julio, y 139/1989, de 20 de julio, relativas a las Cámaras Agrarias, continuada por la STC 113/1994, de 14 de abril, relativa a las Cámaras de Propiedad Urbana, y consolidada con las SSTC 179/1994, de 16 de junio, y 107/1996, de 12 de junio, respecto de las Cámaras de Comercio—, según la cual la constitucionalidad de la adscripción obligatoria a las mismas —a la luz del art. 22 CE— dependerá de «las características de los fines de interés público que persigan, de las que resulte cuando menos la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente» (22). Y ello para acabar asumiendo con naturalidad que cabe

(21) En la STC 131/1989, de 17 de julio, el Tribunal insiste en la correlación Colegio-colegiación obligatoria como opción constitucional del legislador, hasta el punto de sostener que los médicos deben colegiarse aun prestando servicios para el INSALUD en función de la «tutela del interés general que concurre en el ejercicio de la profesión médica: disciplina profesional, normas deontológicas, tutela de la buena fe de los terceros...» (FJ 4), aun admitiendo la posibilidad de que el legislador o la Administración puedan establecer excepciones.

(22) En cita literal de la STC 113/1994, FJ 10. Doctrina ésta no poco polémica, tal y como puso de manifiesto FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1996): 339-358, para quien el error de plantea-

la existencia de Colegios de adscripción voluntaria, por más que algunos pronunciamientos tangenciales contenidos en algunas sentencias, como las SSTC 132/1991, de 18 de julio (FJ 7); la 113/1994, de 14 de abril (FJ 9), y 179/1994, de 16 de junio (FFJJ 4 y 5), marcan una diferencia radical entre los Colegios y las Cámaras, al afirmar para aquéllos y negar para éstas la constitucionalización de su garantía institucional en los artículos 36 y 52 CE, respectivamente (23). Con todo, en esta senda de la 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 colegiación (24)— 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 régimen de las «corporaciones públicas» regulado por la Ley de Colegios Profesionales (25).

El golpe definitivo a la concepción *canónica* de la *institución* colegial vino dado por 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

miento de dicha jurisprudencia se deriva de que parte de la premisa de que la libertad de asociación, en su vertiente negativa, encuentre escenario en las relaciones establecidas entre las Cámaras y sus miembros.

(23) La STC 132/1991, de 18 de julio, por su parte, 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 art. 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, sin embargo, 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).

(24) 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.

(25) En los términos literales del FJ 3, «no hay en la Constitución ningún precepto que establezca, a favor de los Colegios profesionales, una concreta reserva material indisponible para el legislador, ni tampoco materias consustanciales a los Colegios profesionales». De forma significativa, el apartado D) del FJ 5 de la misma Sentencia concluye afirmando que «la determinación de los requisitos previos para el ejercicio de una profesión entra en las potestades del legislador» (sin que) «se deriv(e) de la Constitución la exigencia de que toda profesión, titulada o no, haya de ser, necesariamente, *profesión colegiada de adscripción obligatoria*».

generalidad todos los paradigmas clásicos de aquella institución, 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. A pesar de ello, decimos, la Sentencia se pronuncia en términos rotundos:

«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 (FJ 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» (26).

(26) La importancia de las afirmaciones creemos justifica la larga cita. No podemos dejar de destacar, en todo caso, cómo el Tribunal Constitucional mantiene este criterio totalmente flexible respecto del contenido del artículo 36 CE en lo que se refiere a los márgenes de exigibilidad de la colegiación obligatoria en paralelo a otras doctrinas —respecto de la conexión de la institución colegial y el derecho de asociación— con las que no deja de entrar en contradicción. Así, el Tribunal no duda en afirmar respecto de los Colegios profesionales —como, en general, respecto de todas las Corporaciones Públicas— que no puede «con toda evidencia [...], predicarse la libertad positiva de asociación, pues su creación no queda a la discreción de los individuos [...] y tampoco les es aplicable la garantía del 22.4 en cuanto a su disolución o supresión, al constituirse como creaciones de los poderes públicos, y sujetas, por tanto, a la decisión de éstos en cuanto a su mantenimiento y configuración» (STC 132/1989, de 18 de julio, FJ 6; de forma implícita, STC 5/1996, de 16 de enero, FJ 10). Y ello por cuanto —como recuerda el FJ 10 de la más reciente STC 251/2006— «en cuanto a los Colegios profesionales, hay que recordar que su existencia no se vincula directamente a los intereses de los ciudadanos, pues no existe “un derecho de los ciudadanos a crear o a que los poderes públicos creen Colegios profesionales (SSTC 89/1989, 131/1989, 139/1989 y 244/1991)”, de manera que su creación responde a “la exigencia de cumplimiento de fines públicos relevantes”

Posteriormente, la STC 194/1998, de 1 de octubre, fue la primera en plantearse frontalmente la constitucionalidad de la colegiación 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 recién citada STC 330/1994— que «la calificación de una profesión como colegiada, con la consiguiente incorporación obligatoria (27), 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 (28). La sucesiva Sentencia 76/2003, de 23 de abril, por su parte, 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,

(STC 194/1998, de 1 de octubre, FJ 4 y 7)», lo que supone reconocer en la institución colegial en sí una especialidad respecto de las entidades asociativas. A ello se añadiría la doctrina, ya destacada, fijada por la STC 135/2006, respecto de la llamada al principio democrático en su organización y funcionamiento.

(27) Obsérvese que parece volverse a la identificación profesión colegiada-colegiación forzosa. De hecho, en ello parece redundar el FJ 5 cuando advierte que «la Constitución exige que sea el legislador quien deba determinar qué profesiones quedan fuera del principio general de libertad, valorando cuáles de esas profesiones requieren, por atender a los fines mencionados la incorporación a un Colegio profesional, así como, en su caso, la importancia que al respecto haya de otorgar a la exigencia de una previa titulación para el ejercicio profesional. Así lo establece el artículo 36 CE al afirmar que “la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas”».

(28) El Voto particular del Magistrado Sr. Gimeno Sendra llama la atención sobre algunas inconsistencias del razonamiento. Conviene advertir, en todo caso, que la Sentencia resolvió, para desestimarlo, un recurso de amparo interpuesto por quien fuera condenado por delito de intrusismo por ejercer la profesión de profesor de educación física sin estar colegiado, estando tal colegiación exigida por el correspondiente estatuto colegial.

Interventores y Tesoreros de Administración Local (29), por descartar que los mismos desarrollen fines o funciones públicas constitucionalmente relevantes en relación con la ordenación de la profesión que lo justifiquen, conclusión en la que pesa, sin duda, el carácter exclusivamente funcionarial de los miembros del Colegio (30).

Resulta así, a la vista de todo lo anterior, que la jurisprudencia constitucional ha dejado sentado —por más que la dicción del art. 36 CE, a la luz de sus antecedentes parlamentarios, podría haber dado cobertura a una interpretación más *garantista* de la institución colegial— que la colegiación obligatoria no es consustancial a la misma. No ha quedado, pues, constitucionalizada, en el artículo 36 CE, la colegiación obligatoria como elemento de la institución colegial, sino que su constitucionalidad, a la luz de los artículos 22 y 35 CE, queda supeditada a la comprobación, caso por caso, en relación con cada concreto Colegio para el que se exija la colegiación, «de las características de los fines de interés público que persigan, de las que resulte cuando menos la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente», en la expresión literal de la doctrina sentada en relación con las Cámaras. Criterio éste que, en su aplicación, exige indagar en las concretas funciones asignadas a cada concreto ente colegial y que, aplicado en sus propios términos, resulta, tal y como se ha señalado, «infranqueable» (31), por más que en la limitada práctica habida hasta ahora en relación con los Colegios profesionales haya resultado más que flexible, como lo demuestra la STC 194/1998. Sentencia que acierta, sin embargo, al apuntar —con independencia de las concretas conclusiones alcanzadas *ad cassum*— que en la valoración de la constitucionalidad de la exi-

(29) 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.

(30) De hecho, estas sentencias se apoyan en la doctrina sentada por la STC 131/1989, de 19 de julio, FJ 4, cuando afirma en relación con la obligación de colegiación de los profesionales al servicio de las Administraciones Públicas, que «es perfectamente admisible que las exigencias establecidas con carácter general, como es el requisito de la colegiación obligatoria, cedan o no sean de aplicación en casos, como el que motiva el presente recurso de amparo, de que quienes ejerzan la profesión colegiada lo hagan únicamente como funcionarios o en el ámbito exclusivo de la Administración Pública, sin pretender ejercer privadamente la actividad profesional, con lo cual “viene a privarse de razón de ser al sometimiento a una organización colegial justificada en los demás casos” (STC 69/1985, FJ 2); en tal supuesto la Administración asumiría directamente la tutela de los fines públicos concurrentes en el ejercicio de las profesiones colegiadas que, con carácter general, se encomiendan a los Colegios profesionales».

(31) En este punto venimos a coincidir con FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1996): 353-355, quien señala cómo, en puridad, no cabe imaginar función alguna que no pueda ser ejercida directamente por la Administración.

gencia de colegiación debe atenderse a la existencia o no de derechos, bienes o valores constitucionales vinculados a cada concreta profesión cuya tutela quede encomendada a los entes colegiales en interés de sus destinatarios; lo que se traduce en que no toda actividad profesional, en función de los concretos ámbitos en los que actúe, puede justificar la excepción a las libertades de asociación y ejercicio profesional que el Tribunal Constitucional considera implícita en la colegiación obligatoria.

III. LA EXCEPCIONALIDAD DE LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA A RESULTAS DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: LOS CRITERIOS PARA JUSTIFICAR SU MANTENIMIENTO

A) *Sentido y alcance de una Directiva polémica que afecta a las «profesiones reguladas»*

La Directiva 2006/123/CE, conocida como Directiva de Servicios, en su objetivo de materializar, de forma pretendidamente definitiva, las libertades de establecimiento y prestación de servicios consagradas originalmente en los Tratados fundacionales, incorpora a los Colegios profesionales como objeto y sujeto de su regulación. Siendo las actividades profesionales actividades de cariz servicial o prestacional, quedan inmediatamente sometidas, aun con excepciones, al ámbito de aplicación de la Directiva, con la consecuencia de someter el régimen de acceso a las mismas a las severas reglas que convierten en excepcional cualquier régimen de control *ex ante*, lo que afectará intensamente al régimen de colegiación obligatoria, y ello a pesar de que la propia Directiva asuma la existencia de Colegios profesionales, aun sin prejuzgar su naturaleza jurídica, bajo la categoría de las «autoridades competentes», a las que se responsabiliza de su transposición. Nos encontramos, pues, ante un texto de Derecho comunitario derivado que, en el proceso de su debida transposición, tendrá una clara incidencia en el régimen de obligatoriedad de la colegiación.

No es ésta ocasión adecuada para pronunciarnos sobre el sentido y alcance de esta norma comunitaria (32). Nos ha de bastar con poner de manifiesto que la polémica que ha envuelto el proceso de su elaboración, sostenida ahora en la fase de su transposición, se explica por la ambición con la que se ha acometido una tarea que, en clave de principios, no implica novedad alguna en el marco normativo

(32) Nos permitimos remitirnos a nuestras reflexiones, conectadas igualmente con la institución colegial, contenidas en CARLÓN RUIZ, M. (2010).

comunitario. Bien al contrario, la Directiva sólo pretende hacer definitivamente efectivas las libertades de establecimiento y prestación de servicios que encuentran reconocimiento en los Tratados desde su redacción original [en los arts. 49, antiguo 43, y 56, antiguo 47, respectivamente, del hoy Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (33)], superando definitivamente las «fronteras nacionales» que, como había constatado la Comisión Europea en su *Informe al Consejo y al Parlamento sobre el estado del mercado interior de servicios* —francamente revelador (34)—, venían actuando como rémora insalvable frente al objetivo de creación de un verdadero mercado interior. El modo en que la Directiva se enfrenta al reto, superando incluso la más generosa jurisprudencia en la materia, ha puesto, sin embargo, en duda la legitimidad de una norma que indudablemente supera la perspectiva transnacional, incidiendo en los regímenes internos de ordenación de las actividades prestacionales (35). Y, entre ellas, aún con ciertas excepciones, las actividades profesionales (36), como no permite dudar el texto de la Directiva, que incluso se refiere en ocasiones expresamente a ellas (37), en plena coherencia con la referencia contenida en el artículo 50 del Tratado (38),

(33) DOCE C 115/47, de 9.5.2008.

(34) Informe presentado en marco de la primera fase de la estrategia para el mercado interior de servicios COM (2002) 441 final, de 30.07.2006.

(35) Después de insistir el cdo. 2 de la Directiva en el carácter transnacional de las operaciones afectadas por las libertades comunitarias en juego a los efectos de delimitar su objeto, el cdo. 3 apela al Informe de la Comisión citado en el texto 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 cdo. 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 se considera indispensable para realizar un auténtico mercado interior de servicios de aquí a 2010».

(36) La Directiva excluye, en efecto, expresamente de su ámbito de aplicación ciertas actividades prestacionales que implican el ejercicio de profesiones: en particular, los servicios sanitarios, los servicios de seguridad privada y, con todas sus peculiaridades, los notarios [apartados *f*), *k*) y *l*) del art. 2.2, respectivamente].

(37) Así, por ejemplo, al tratar de las comunicaciones comerciales (art. 24), del régimen de las actividades multidisciplinarias (art. 25) o de los códigos de conducta (art. 47).

(38) Advierte el precepto, después de prescribir en su apartado primero que «se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en

con apelación al concepto de «profesiones reguladas», procedente de la Directiva 2005/36/CE, de *Reconocimiento de Cualificaciones Profesionales* (39).

Se ha afirmado, como el propio Informe de la Comisión, ya citado, da a entender, que la Directiva acoge el modelo de «acceso al mercado», inaugurado por la Sentencia dictada en el caso *Säger*, que resulta inevitablemente más incisivo en los regímenes nacionales que el «modelo no discriminatorio» que tradicionalmente ha sostenido la jurisprudencia comunitaria en relación con el alcance de las dos libertades comunitarias en juego (40). Si este último se limita a eliminar las restricciones basadas, directa o indirectamente, en criterios

la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas», que «los servicios comprenderán, en particular: (...) d. *Actividades propias de las profesiones liberales*».

(39) DO L 16 de 23.1.2004, pág. 44. De hecho, el artículo 4.11) de la Directiva de servicios se remite al concepto fijado por el art. 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 cualificaciones profesionales [...]», y de la que prescribe 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 abogado), 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 art. 17.6—, pero sin incidir en ningún momento en cuestiones como las de la fijación del régimen interno de colegiación, ya que por su propio objeto presume la dimensión transnacional.

(40) *Vid.* al respecto, aun en términos no conclusivos, BARNARD, C. (2008): 339-340. En todo caso, en el Informe de la Comisión de continua referencia 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 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).

de nacionalidad, el modelo de «acceso al mercado» proyecta ambas libertades comunitarias sobre las que se califican como «medidas nacionales indistintamente aplicables», lo que, en lo que respecta a la libertad de prestación, primera a la que se aplicó esta doctrina, «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» (41). En su proyección sucesiva sobre la libertad de establecimiento, inaugurada en 1993 con la sentencia dictada en el asunto *Kraus* (42), esta línea jurisprudencial ha dado frutos especialmente relevantes a nuestros efectos, y, en particular, la Sentencia dictada en el asunto *Gebhard*, de 30 de noviembre de 1995 (43), en la que, para 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, «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 in-

(41) 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.

(42) 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)».

(43) Asunto C-55/94.

terés 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, de este modo, enunciados los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad que, como veremos, asume la Directiva de Servicios como canon 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.

El análisis del contenido de la Directiva conduce, con todo, a la conclusión de que su *vis expansiva* supera incluso la generosa perspectiva de esta última jurisprudencia, ya que obliga a aplicar los criterios impuestos por esta jurisprudencia para valorar los regímenes nacionales de acceso y ejercicio de las actividades de servicios, partiendo axiomáticamente de la premisa de que 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 —no ya de prestación— de servicios en un Estado distinto al de origen (44). Bajo estos parámetros, la Directiva asume abiertamente objetivos de coordinación, cooperación y, en menor grado, de armonización, sea por vía directa o indirecta, a los efectos de lo cual el proceso para su transposición se plantea —como veremos inmediatamente— en términos peculiares.

Las tensiones derivadas, inevitablemente, de una apuesta tan arriesgada explican que la norma definitivamente aprobada esté plagada de especificaciones

(44) Obsérvese que la jurisprudencia de referencia sólo asume que los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad deben entrar en juego *en el caso de que* los regímenes nacionales indistintamente aplicables puedan producir ese efecto indirecto de vulneración de las libertades que nos ocupan, sin que se dé 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 restricción. Es más, tal y como pone de manifiesto PRIETO, C. (2003): 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). ROTH, W.-H. (2002): 1-7, por su parte, advierte, por lo que se refiere a la libertad de prestación de servicios, que en la jurisprudencia del 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.

de supuestos de excepción a la hora de definir su ámbito de aplicación (45), así como que dé pábulo a las aceradas críticas de quienes destacan la falta de base competencial de un texto europeo que obvia la dimensión comunitaria o no de las relaciones que regula (46). Todo lo cual no ha de impedir reconocer que el propio proceso de aprobación de la Directiva —avalada por la mayoría cualificada de los Estados miembros, a través del Consejo— supone, por sí mismo, un marchamo a su legitimidad, a lo que se suma el entusiasmo y ambición con los que, en particular, el Estado español ha asumido el proceso de su transposición, como se demuestra particularmente en relación con las actividades profesionales, siquiera sea por la coincidencia en el tiempo con una enésima iniciativa al respecto de las instancias de defensa de la competencia. Veamos en qué términos.

B) *El sometimiento de la colegiación obligatoria al triple test de no discriminación, necesidad y proporcionalidad en el contexto del proceso para la transposición de la Directiva*

El artículo 9.1 de la Directiva, que encabeza la Sección I del Capítulo III —dedicado a la *Libertad de establecimiento de prestadores* (47)— bajo la rúbrica «Autorizaciones», como máxima expresión del objetivo de «Simplificación de los procedimientos» (48), 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

(45) 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, su ámbito de aplicación.

(46) Destacadamente, QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. de la (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.

(47) Obsérvese que este precepto no tiene, propiamente, correlato en relación con la libre circulación de servicios, a la que se dedica el Capítulo IV.

(48) Objetivo que se formula en términos un tanto vacuos en el artículo 5.1, que en su literalidad, que casi recuerda a un trabalenguas infantil, prescribe que «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». El cdo. 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».

por una razón imperiosa de interés general; c) el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz».

Resulta así que, en la consideración de la Directiva, la plena materialización de la libertad de establecimiento pasa, bajo los parámetros ya descritos en el apartado anterior, por la eliminación de los regímenes nacionales de autorización previa para el acceso de las actividades de servicios, salvo que se justifique lo contrario en función del triple test que implica la aplicación de tres principios clave procedentes, como sabemos, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: el de no discriminación, el de necesidad [que implica la valoración de la concurrencia de «una razón imperiosa de interés general», en la variadísima expresión reconocida por la jurisprudencia (49)] y el de proporcionalidad. 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 cdo. 39 de la Directiva (50).

Este planteamiento se traduce, en la peculiar lógica de la Directiva, en la exigencia de auto-revisión 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), lo que obliga a la eliminación de los regímenes autorizatorios no justificados, con el horizonte del 28 de diciembre de 2009 (art. 44), fecha en la que los Estados miembros quedaron emplazados a elevar un informe a la Comisión Europea sobre la compatibilidad con el trascrito art. 9.1 de los propios regímenes autorizatorios cuya pervivencia pretendieran a los efectos de su circulación entre los restantes Estados miembros para que emitieran observaciones en un plazo de seis meses, dentro del cual serían consultadas las «partes interesadas» para la remisión de todos los comentarios suscitados a un Comité de Reglamentación (51). Todo ello con vistas a presentar

(49) 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 cdo. 40, que glosa sucesivamente múltiples y muy variados supuestos decantados por la jurisprudencia.

(50) Tal y como precisa el cdo. 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».

(51) Comité que, tal y como dispone el artículo 40.1, se constituirá en los términos de lo previsto en la Decisión del Consejo 1999/468/CE, de 28 de junio de 1999, *por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución* (DOCE L 184/123,

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 complementarias», y sin perjuicio de la posible iniciación de procedimientos de infracción por parte de la Comisión (cdo. 75).

Implicadas en este esfuerzo todas las «autoridades competentes» —estatales, autonómicas o locales o, incluso, por lo que ahora nos interesa especialmente, los Colegios profesionales, tal y como se hace expreso en el art. 4.9 de la Directiva—, el Estado español ha articulado la estrategia para su transposición, como es sabido, a través de la aprobación de dos Leyes distintas. Por una parte, la conocida como «Ley paraguas», aprobada como Ley 17/2009, de 23 de noviembre, *sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, que pretende la transposición formal, en la misma clave horizontal, de la Directiva. Por otra, la llamada «Ley ómnibus», cuyo 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 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*, introduce, en efecto, en un impulso bien ambicioso (incluso superador del ámbito de aplicación de la Directiva), modificaciones en más de cincuenta leyes estatales. Y entre ellas, en este caso de forma obligada, en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios profesionales, en cuya reforma —no puede ocultarse— ha influido también el «Informe sobre el sector de servicios profesionales y los Colegios profesionales» adoptado por la Comisión Nacional de la Competencia en septiembre de 2008 (52). Concentrándonos en el extremo que centra ahora nuestro interés, el régimen de colegiación, el artículo 5 de la Ley

de 17.7.1999). La consulta a las partes interesadas se abrió en junio de 2010 hasta el 13 de septiembre.

(52) 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). Sea como fuere, 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 impulsa una reforma del régimen de los colegios profesionales: 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.

25/2009 introduce modificaciones sustanciales en el artículo 3.2 LCP para prescribir, después de mantener en su apartado primero la premisa de que el acceso a un colegio exige una previa titulación (53), que «será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio profesional correspondiente *cuando así lo establezca una ley estatal*». Remisión a una ley estatal que se concreta en la disposición transitoria cuarta de la misma Ley, en la que se establece un plazo de doce meses a contar desde su entrada en vigor —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.

Con independencia de que la mera introducción de este plazo, pronto a agotarse, supone por sí misma un incumplimiento de la Directiva durante un mínimo de un año (54), a nuestros efectos interesa destacar que la modificación impuesta en el artículo 3.2 LCP por la Ley 25/2009 deja ya meridianamente claro en sede legal que no todos los Colegios podrán exigir obligatoriamente la colegiación como requisito de acceso a la correspondiente profesión. Obsérvese que desaparece, respecto de la redacción original del precepto —que no de la LCP—, la referencia misma a las «profesiones colegiadas» (55), 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

(53) 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».

(54) 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».

(55) Recordemos la dicción original 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.

la misma a la previa colegiación. La concreción de qué concretas profesiones quedarán sometidas a un régimen de colegiación obligatoria queda, en todo caso, diferida a lo que establezca una Ley estatal de aprobación sucesiva (56), lo que no obsta a 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 sujetas 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 implicados.

(56) Obsérvese, con todo, que el nuevo artículo 3.2 LCP especifica que será una «Ley estatal» la que precise qué profesiones deben exigir la colegiación obligatoria, lo que resulta perfectamente coherente con la jurisprudencia constitucional sobre la distribución de competencias en la materia, en la que ha quedado confirmado que el Estado es competente para establecer las bases del régimen colegial, *ex* artículo 149.1.18.^a CE, formando parte de dichas bases la fijación del régimen obligatorio o no de la colegiación, lo que —dicho sea de paso— no deja de generar una cierta paradoja a la luz 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, 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. Sea como fuere, la competencia estatal al respecto ha quedado establecida en la ya citada STC 330/1994 (FJ 9, con específica mención al régimen de colegiación) y, en último término, en las SSTC 76/1983, de 5 de agosto, y 20/1988, de 18 de febrero, 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) al reconocer a la Generalitat, «en todo caso», la competencia sobre «el régimen de colegiación y adscripción» de los Colegios, 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» (FJ 64). FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2009): 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. Conviene advertir, en todo caso, que 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 cuando el artículo 3.3 advierte que «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»: al respecto, nos permitimos remitirnos a CARLÓN RUIZ (2010).

En este punto se pueden plantear, como anunciábamos en la introducción a este estudio, problemas de articulación entre el ordenamiento interno, particularmente desde la perspectiva constitucional, y el ordenamiento comunitario. Problemas en los que nos detendremos a continuación.

IV. EL SOMETIMIENTO DE LOS SUPUESTOS DE COLEGIACIÓN OBLIGATORIA A UN DOBLE ESCRUTINIO, CONSTITUCIONAL Y COMUNITARIO: PROBLEMAS DE ARTICULACIÓN

A la vista de todo lo anterior podemos alcanzar algunas conclusiones sobre la cuestión que ha inspirado nuestras reflexiones.

Podemos, en primer lugar, descartar que se produzca, propiamente, una contradicción entre las previsiones de la Directiva de Servicios y el artículo 36 CE. En la medida en que, como hemos visto, la jurisprudencia constitucional ha descartado que el precepto constitucional haya integrado, como elemento consustancial a la institución colegial, la colegiación obligatoria, queda descartado que nos encontremos ante un supuesto de radical contradicción entre una norma de Derecho derivado y una norma constitucional interna, con la consecuencia última de forzar, por efecto del principio de primacía, la reforma constitucional, como sucediera en el bien conocido asunto *Kreil* (57). Ni siquiera debemos plantearnos si se puede haber producido, de forma más sutil, una *mutación* constitucional en este punto (58). Si el artículo 36 CE no consagra la ecuación Colegio profesional-colegiación obligatoria, el sometimiento de los concretos supuestos de colegiación obligatoria al triple test impuesto por la Directiva no supone, por sí mismo, una vulneración del precepto constitucional. Cosa distinta es determinar en qué términos debe articularse este triple test de escrutinio comunitario con los criterios de ponderación de constitucionalidad

(57) *Vid.* STSJCE de 10 de enero de 2000, asunto C-285/98, *Kreil c. República Federal de Alemania*, que declaró que la prohibición de que las mujeres prestasen servicios con armas en el Ejército alemán contenida en el entonces vigente artículo 12.a de la Ley Fundamental de Bonn resultaba contraria al principio de igualdad de sexos tal y como ha sido definido y protegido por los Tratados y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, lo que, en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, determinó de forma inmediata la inaplicabilidad del precepto constitucional, forzando finalmente su modificación formal. Sobre este asunto hemos reflexionado en CARLÓN RUIZ, M. (2001).

(58) Fenómeno que —identificado por Jellinek, tal y como recuerdan MUÑOZ MACHADO, S. (1993): 56-59, y PAREJO ALFONSO (2008): 853-856— si se habría producido, a juicio de QUADRASALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. de la (2009): 60, en relación con el artículo 38 CE como consecuencia de la aprobación de la Directiva de Servicios.

de la colegiación obligatoria impuestos por la jurisprudencia constitucional, no ya a partir del artículo 36 CE, sino *ex* artículos 22 y 35 CE. Resulta, en definitiva, que, hoy por hoy, la colegiación obligatoria está sometida a un doble test —de constitucionalidad y de fidelidad a una norma comunitaria— que no tiene por qué conducir, necesariamente, a idénticas conclusiones, por más que existan ciertas concomitancias entre los criterios que dan contenido a uno y otro cánones.

Recordemos que, a juicio del Tribunal Constitucional, la colegiación obligatoria resultará constitucional, a la luz de los derechos reconocidos en los artículos 22 y 35 CE, en función de los fines de interés público que esté llamado a cumplir el concreto colegio de que se trate, siempre y cuando tales fines sean de difícil cumplimiento sin recurrir a la exigencia de la colegiación, lo que supone, por sí mismo, una llamada al principio de proporcionalidad en sentido estricto. Criterio éste que no difiere sustancialmente, si bien se mira, del que impone, en general, para las «autorizaciones» el artículo 9.1 de la Directiva, siempre a salvo la llamada específica al principio de no discriminación insito a las relaciones intracomunitarias: la llamada al principio de necesidad, en términos de justificación de la autorización en una «razón imperiosa de interés general», aplicado bajo el criterio del principio de proporcionalidad, por cuanto el objetivo perseguido no pueda ser alcanzado mediante una medida menos restrictiva, bien puede conducir a conclusiones equivalentes a las que se deriven de los criterios de constitucionalidad recién recordados. El problema se puede plantear porque uno y otro control son administrados, en último término, por instancias judiciales distintas —Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y Tribunal Constitucional— que, en cuanto tales, pueden, evidentemente, alcanzar conclusiones distintas. Y ello por más que, mirando hacia el pasado, en la escasa práctica habida hasta ahora en una y otra instancia respecto de la cuestión de la colegiación obligatoria, ambas se hayan mostrado generosas (59),

(59) Recordemos, en lo que hace al Tribunal Constitucional, la STC 194/1998, que declaró constitucional la colegiación obligatoria de los profesores de educación física, mientras que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha venido asumiendo que la exigencia de colegiación —en particular, de los abogados— no es, *per se*, contraria a la libertad de establecimiento cuando esté justificada en razones de interés general. Así se afirmó en la Sentencia de 19 de enero de 1988 dictada en el asunto Gullung (C-292/86), sucesivamente en la ya citada Sentencia del caso Gebhard, y así se deduce del contenido mismo de las Directivas dirigidas a facilitar la libre prestación de servicios profesionales en un Estado distinto al del establecimiento y, en particular, de la ya citada Directiva 2005/36/CE, cuyo artículo 6.a) establece que el «el Estado miembro de acogida dispensará a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de las exigencias impuestas a los profesionales establecidos en su territorio relativas a: a) la autorización, inscripción o adhesión a una organización u organismo profesionales».

a lo que se suma, mirando hacia el futuro, que las pautas ofrecidas por la propia Ley 25/2009 para revisar el actual *statu quo* de la exigibilidad de la colegiación parecen favorecer la conciliación de las dos perspectivas (60).

Sea como fuere, de lo que no cabe duda es de que ambas instancias retienen, sin lugar a mixturas, la respectiva competencia proyectada sobre la ley —general o específica— que transponga finalmente la Directiva para determinar los supuestos de colegiación obligatoria: el Tribunal Constitucional será el único competente para pronunciarse sobre su constitucionalidad, mientras que el Tribunal de Justicia retendrá la competencia para pronunciarse sobre su fidelidad a la Directiva y, en último término, a la libertad de establecimiento. Lo que obliga a llamar la atención sobre la conveniencia de que el juez nacional, en su papel de juez comunitario, de prioridad al planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria frente a la cuestión de inconstitucionalidad para prevenir supuestos en los que, confirmada la constitucionalidad de una ley por el único competente para ello, el Tribunal de Justicia pudiera llegar a confirmar la existencia de desconformidad con el Derecho comunitario (61). Y ello dejando a salvo la posibilidad de que el propio Tribunal Constitucional plantee él mismo la cuestión prejudicial, siguiendo la senda ya abierta por otros Tribunales constitucionales europeos, como el belga, el austríaco o más recientemente el italiano, si se encuentra ante una duda de Derecho comunitario al conocer de la norma enjuiciada, sea en el seno de un recurso de amparo o de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad (62).

(60) La propia Disposición transitoria cuarta de la Ley 25/2009 impone al legislador un doble criterio a la hora de precisar las profesiones que deberán mantener la exigibilidad de la 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», 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 cuestiones 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.

(61) Así lo ha defendido, entre otros, ALONSO GARCÍA, R. (2006), quien pone de manifiesto que la declaración, por el TJCE, de una contradicción entre la Ley nacional y la norma comunitaria, determinará, en principio, su inaplicación como consecuencia del principio de primacía, haciendo innecesaria la cuestión de inconstitucionalidad, mientras que una declaración de conformidad al Derecho comunitario derivada de la cuestión prejudicial previa facilitará el enjuiciamiento de constitucionalidad de la norma nacional puesta en su debido contexto comunitario.

(62) Sobre la obligatoriedad, para los Tribunales Constitucionales nacionales, de plantear la cuestión prejudicial cuando se den las circunstancias previstas en el artículo 177 del TCE, hoy

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R. (2006): «Los Tribunales constitucionales y el control del Derecho interno conectado con el comunitario», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 11.
- ARIÑO ORTIZ, G., y SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.^a (1984): *Constitución y Colegios Profesionales*, Madrid, Unión editorial.
- BARNARD, C. (2008): «Unravelling the Services Directive», *Common Market Law Review*, núm. 45, págs. 323-395.
- CALVO SÁNCHEZ, L. (1998): *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Madrid, Unión Profesional-Civitas.
- CARLÓN RUIZ, M. (2001): «La paradójica garantía comunitaria del acceso de las mujeres al ejército alemán (Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de enero de 2000, en el asunto *Kreil c. República Federal de Alemania*)», *Revista de Administración Pública*, núm. 154, págs. 175-201.
- (2010): «El impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en el régimen de los colegios profesionales», *RAP*, núm. 183, págs. 99-137.
- FANLO LORAS, A. (1996): «Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial», en MARTÍN-RETORTILLO, L. (coord.), *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Madrid, Unión Profesional-Civitas, págs. 67 y sigs.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1996): «Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y el Derecho de asociación», en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.), *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. I, Madrid, Civitas, págs. 339-358.
- (2009): «La llamada Ley Ómnibus y la reforma del marco regulatorio de los Colegios Profesionales», Texto de la conferencia pronunciada el 2 de diciembre de 2009 en II Jornadas de Estudio «La transposición de la Directiva de Servicios en España», Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1988): *Derecho Administrativo Económico*, T. I, Madrid, La Ley, págs. 128-129.
- MUÑOZ MACHADO, S. (1993): *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Madrid, Alianza Universidad.
- OLAVARRÍA IGLESIA, J. (1997): «El artículo 36 de la Constitución: su elaboración en las Cortes Constituyentes», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 11, págs. 157-199.

267 del Tratado de Funcionamiento, insisten RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y VALLE GÁLVEZ, A. (1997): 359-361, y, dándola por sobreentendida, RUIZ-JARABO, D. (2006): 192. Si la brecha fue abierta por la Cour d'Arbitrage de Belgique, con funciones constitucionales, en el asunto C-93/97, que fue resuelto por la STJCE de 16 de julio de 1998, y seguida por el *Verfassungsgericht* austriaco (STJCE de 8 de noviembre de 2001, dictada en el asunto C-143/99), la reciente STJCE de 17 de noviembre de 2009, dictada en el asunto C-169/08, resuelve una cuestión prejudicial planteada por la *Corte Costituzionale* italiana.

- PAREJO ALFONSO, L. (2008): «Las mutaciones constitucionales. Algunos ejemplos extraídos de la experiencia española y europea», en *Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. II, Madrid, Dykinson, 2008, págs. 853-908.
- PRIETO, C. (2003): «Liberté d'établissement et de prestation de services», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 39 (3), págs. 489-527.
- 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, págs. 46-61.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y VALLE GÁLVEZ, A. (1997): «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 2, págs. 329-376.
- ROTH, W.-H. (2002): «The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services: Is Keck Relevant?», en ANDENAS, M., y ROTH, W.-H. (eds.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, Oxford University Press.
- RUIZ-JARABO, D. (2006): «Los Tribunales Constitucionales ante el Derecho comunitario», en HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., y ZAMORA ZARAGOZA, F. J. (dirs.), *La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 6, CGPJ, págs. 185-201.
- SÁINZ MORENO, F. (1983): «Artículo 36. Colegios Profesionales», en ALZAGA, Ó. (ed.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, T. III, Edersa, págs. 601-665.
- SAZ, S. del (1996): *Los Colegios Profesionales*, Madrid, Colegio de Abogados de Madrid-Marcial Pons.

RESUMEN

El proceso de transposición de la polémica Directiva de Servicios, en cuanto que incluye en su ámbito las actividades profesionales, invita a volver sobre el sentido y alcance con que la Constitución española, con plena originalidad, ha constitucionalizado los Colegios profesionales en su artículo 36. Concentrado el análisis en la obligación de colegiación como elemento definidor de los Colegios profesionales, un repaso de la jurisprudencia constitucional habida en la materia descarta que exista contradicción radical entre la norma europea y el precepto constitucional, pero plantea ciertas cuestiones de interés respecto de la articulación entre los ordenamientos constitucional y comunitario.

PALABRAS CLAVE: Colegios profesionales; Directiva de Servicios; Derecho comunitario; cuestión prejudicial.

ABSTRACT

The process for the transposition of the controversial Services Directive, as far as it regulates professional activities, offers an occasion to re-visit art. 36 CE, where professional bodies have been mentioned as a complete originality of the Spanish Constitution. Focusing on the compulsory registration as a key element of professional bodies, a review of the constitutional case-law leads to the conclusion that there is no open contradiction between the European regulation and the constitutional norm, but reveals some interesting issues regarding the specific relationships between constitutional and European legal systems.

KEY WORDS: Professional bodies; Services Directive; European Law; preliminary question.