

28 de Enero, 2009, Rafael del Rosal

Profesionales libres y éticamente responsables: colegialidad imprescindible.

Ponencia presentada por Rafael del Rosal en la jornada celebrada por “Unidad Editorial Conferencias y Formación” (Auditorio Unidad Editorial. Madrid) el día 22 de enero de 2009 sobre “La modernización de los Colegios Profesionales”, en el capítulo “II. Consecuencias del Informe sobre Servicios Profesionales y Colegios Profesionales de la Comisión Nacional de la Competencia”, bajo la rúbrica “Por qué y cómo realizar una modernización de los colegios profesionales sin cambiar su modelo de rganización”, en el que se defiende el actual modelo de autorregulación colegial y se razona jurídicamente la necesidad de la colegiación obligatoria, demostrando que su supresión, con la pérdida de la competencia disciplinaria ética, disuelve a los colegios profesionales.

Ante el informe de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) sobre los Colegios Profesionales y en orden a la rúbrica propuesta para mi intervención, “Por qué y cómo realizar una modernización de los colegios profesionales sin cambiar su modelo de organización”, son de hacer las siguientes reflexiones:

I. Introducción.-

1.- El profesionalismo liberal tiene contraída una deuda extraordinaria con Luis Berenguer y la CNC. Más allá de su razón o sinrazón, su informe nos ha puesto ante el espejo. Al irrumpir en nuestra mesa y abrir sin miramientos el melón de nuestra regulación, nos ha forzado a pensar sobre nosotros mismos y sobre el sistema jurídico institucional que ha sido hasta el presente y desde su creación, hace ya cinco siglos, nuestra carta de naturaleza y nuestra seña de identidad: El sistema colegial de autorregulación profesional.

Si no lo hubieran hecho ellos, antes o después y en todo caso, lo tendríamos que haber hecho nosotros solos. El Profesionalismo liberal tenía y tiene pendiente, muy especialmente en España, una ingente tarea de modernización que no afrontó tras el absolutismo y que retrasó de forma inevitable la dictadura franquista. Nuestra responsabilidad y nuestra culpa, ha sido dejar pasar los últimos treinta años de reforma política constitucional sin hacerlo, quedándonos clara y definitivamente rezagados mientras nuestro país lograba realizar la más completa y definitiva modernización de su historia.

Algo especialmente grave, si se tiene en cuenta que, al tiempo, el ejercicio de las profesiones experimentaba una transformación económica de tal calado y trascendencia que implicaba un verdadero cambio de paradigma, con el paso del ejercicio individual al ejercicio colectivo, escindiendo la función profesional de su economía e imponiendo su reflejo y regulación legal con la promulgación de la Ley de Sociedades Profesionales. Cataclismo jurídico que igualmente nos sorprendió sin que hubiéramos elaborado pensamiento alguno sobre nuestras instituciones y sin haber podido determinar con acierto el sentido de tan importante reforma, que aún no está concluida y que no hemos podido ni sabido resolver de forma conveniente. Lo que nos traerá y nos está trayendo ya a todos, profesionales y usuarios de sus servicios, no pocos desajustes, desarreglos y quebraderos de cabeza.

Lo cierto y en cualquier caso es que, gracias a la CNC y a su informe ya estamos ante el problema. La ventaja que tiene nuestra tarea de pensar y abordar ahora nuestra modernización es que, hacerlo al empuje de un informe que nos cuestiona de forma concluyente nos obliga, al fin, a abordarlo también de forma global y radical. Es decir, esencial y en toda su extensión y profundidad. El inconveniente, es que nos toca hacerlo al filo de nuestra propia existencia y a la defensiva. Como diría un estratega, casi a la desesperada. Lo que no es propicio para pensamientos profundos ni para encontrar camino con la debida calma y nos empujará al error si no avivamos el ingenio y volcamos en la tarea lo mejor de todos nosotros, tanto la Administración, como el sector de los servicios profesionales al que pertenecemos todos nosotros.

2. La primera reflexión general que suscita el informe que nos ocupa, es que sus autores lo han abordado en los extravagantes términos en los que aventura el conspicuo político que protagoniza aquél chiste norteamericano y que actualizaremos con el actual presidente electo. Cuenta que viaja Obama en el tren durante la campaña electoral y, sentado junto a él, se encuentra Rahm Emmanuel, su ya designado jefe de gabinete de la Casa Blanca. Pasa el tren por un campo en el que pasta un rebaño de ovejas recién esquiladas y su jefe de gabinete le dice a Obama: -Candidato, mira, ya han esquilado a las ovejas. – Bueno, dice Obama, lo único que realmente podemos decir es que las han esquilado... ¡del lado que las estamos viendo!.

La CNC ha esquilado a los Colegios profesionales solo de un lado: exclusivamente desde el lado económico-empresarial. Y, dentro de ese lado, exclusivamente desde el problema de la competencia. Y aún y a ésta, sin contar con la ética profesional. Es decir, abordando el problema de la competencia profesional sin su complemento ético, ya hoy solo así defendida por los sectores neocons más ultraliberales. De suerte que, triste e irónicamente, son hoy nuestros ilustrados y liberales primitivos, la gloria y la esperanza de la España moderna, los que nos traen al profesionalismo el ultroliberalismo de última generación, precisamente cuando puede empezar a considerarse felizmente periclitado por el hundimiento en marcha del sistema financiero internacional, basado en la ventaja sin principios, la estafa y la rapiña.

La cuestión se agrava si se tiene en cuenta que mientras los personajes de nuestro chiste venían forzados en su punto de vista, pues no lo habían elegido voluntariamente, nuestra CNC sí ha elegido voluntariamente el suyo. Lo que hace que el informe sea tan inquietantemente subjetivo que haga imposible esquivar el espinoso asunto de determinar por qué lo haya hecho así. No por la simple o mera curiosidad analítica de conocer el móvil de los actos humanos, sino porque, en cuanto de verdad nos interesa, en ese porqué radican nada menos que sus circunstancias políticas o aquellas de las que depende la fuerza que pueda sustentarlo. Lo que nos ayudará a ser protagonistas de nuestro propio futuro, en la medida en la que podemos desactivarlas.

Cuestión que me limito ahora a apuntar y sobre la que volveré al final para conclusiones, con objeto de no romper el hilo argumental de nuestro análisis.

II.- La verdadera sustancia del problema. Un informe sobre los Colegios que no establece su naturaleza jurídica y un informe sobre Competencia que no la enfoca desde la ética jurídica, es un informe condenado al fracaso de sus postulados y soluciones.

3. Entrando en materia de frente y por derecho, la primera seña de identidad sustancial del informe está en su carencia de objeto. En que planteando un análisis de los Colegios Profesionales no tiene anclaje en una definición jurídica clara y cierta de lo que sea un Colegio Profesional. Una definición de la naturaleza jurídica de la institución colegial y de cuáles sean sus elementos sustanciales. Carencia causante de su irrelevancia material, teórica y práctica y, desde luego, de su radical naturaleza equivocada o errónea.

Se comprenderá fácilmente que la cuestión no es baladí sino decisiva. De una parte, porque solo así podremos saber de qué estamos hablando, sobre todo si el debate es jurídico y se trata de una institución jurídica. Y, de otra, porque solo una vez determinada cuestión tan básica y elemental podremos abordar qué la hace necesaria o innecesaria en este tiempo. Y, en su caso y a la postre, si hay que cambiar algo o no para modernizarla, qué es lo que hay que cambiar y, exactamente, cómo.

Del mismo modo que se comprenderá que a partir de dicha carencia, el resto de cuanto pueda decir el informe da exactamente igual y resulta irrelevante, muy especialmente sus conclusiones. Sencillamente porque no existe una referencia objetiva que permita a sus autores pensar y proponer con acierto y, menos aún justificar sus postulados y conclusiones.

4. Lo peor sin embargo y con ser ello gravísimo, no será lo irrelevante o desacertado que pueda ser el informe en dichos términos. Lo verdaderamente trascendente es que será científica y políticamente insidioso, desde el punto y hora en el que impedirá a sus destinatarios todo debate o discrepancia al privarles de la justificación última de lo informado, colocándolos siempre en la ineficacia al permitirle a su autor en el debate definir su objeto de la forma que más convenga a su propósito y esquivar los argumentos contrarios a éste.

Siendo tan cierto lo dicho que, mientras el Il. Presidente de la CNC que nos acompaña niega que el informe o él mismo estén propugnando la disolución de los Colegios, en el informe se atacan y cuestionan de forma tan clara y concluyente la colegiación obligatoria y otros elementos sustanciales de la institución colegial, que todo el profesionalismo, desde su presidente al que les habla, entiende que por dicho motivo y por otros, la CNC abre una guerra sin cuartel contra los Colegios profesionales y su existencia.

Insidia áurea u homérica, que consiste en que alguien te planta sitio con despliegue de fuerzas mientras niega intención bélica y los sitiados lúcidos ante el desastre, como Casandra ante el caballo de Troya, jamás podrán hacerse creer en su vaticinio.

5. La segunda seña de identidad del informe, radica en la parcialidad arcaica de su punto de vista. De suerte que, centrandó su enfoque exclusivamente en la economía y, dentro de ella, en el mercado y la competencia, no contiene una visión moderna y actual de la competencia y muy especialmente de la competencia de determinados servicios.

Todo su referente jurídico sobre la competencia se limita al derecho común. Es decir a la Ley de Defensa de la Competencia, la Ley de la Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad. Marco regulador de derecho común de los mercados, por cierto bastante tardío en España aunque siempre de saludar que, para nuestros paladines del mercado libre y nuestras autoridades de la CNC, constituyen el Dorado de la economía o el punto de llegada de todo esfuerzo modernizador de los mercados. Olvidando que la

necesidad de contar con dicha regulación básica o común y de someter a ella a toda la economía de intercambio, no impide un fenómeno de la modernidad que la trasciende y que de forma consciente e incomprensible ignora. Probablemente porque, recién creada, sabe que dicho fenómeno alejará de su entorno un factor de los mercados cuyo control se resiste a perder, ignorándolo, negándolo y, en definitiva, impidiéndole el paso. En suma resistiéndose a la modernidad.

Ese fenómeno es el fenómeno de la ética jurídica. Fenómeno que va a ser precisamente la seña de identidad del siglo que comienza, en tanto viene a ser comúnmente admitido que el s. XXI será, está ya empezando a ser, el siglo del conocimiento. Pues no es la ética sino la más alta expresión del conocimiento o conocimiento de la propia experiencia humana, como autoconciencia del valor, de los valores, en el comportamiento de los hombres en sociedad.

III.- Hacia la determinación de la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales y sus elementos sustanciales. El mercado, la dinámica económica y la dialéctica Ética/Independencia: De la ética como mercancía a la ética como responsabilidad.-

LA ÉTICA.-

6. Si existe algo que llama poderosamente la atención en las sociedades avanzadas es el fracaso del derecho común como referente regulatorio de las relaciones económicas. Pues cada vez con más insistencia se empieza a poner de manifiesto que su necesidad como sistema va indisolublemente ligada a su insuficiencia como contenido. Insuficiencia que radica, según entiendo y vengo manteniendo, en sus contenidos morales difusos.

Nadie negará que existiendo el Código Penal y el Código Civil, la Ley de Defensa de la Competencia, la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad, cuando estalla un escándalo en la Bolsa como los que ahora contemplamos con tan dramática nitidez o en los mercados alimentarios, sanitarios, societarios o industriales de todo tipo, resulta significativo que todos los gobernantes y autoridades regulatorias irruman en la escena pública mediática prometiendo de inmediato una regulación ética para dicho mercado o ámbito económico de producción o de intercambio. No ofrecen, ni prometen, ni reivindican más derecho común o solo más derecho común. Ofrecen un nuevo derecho de garantías que va más allá del derecho común. Ofrecen ética hecha derecho en estado puro o regulaciones de conductas éticas codificadas. Un derecho no común sino especial cuyo contenido moral no es ya difuso sino concreto, específico, comportamental.

Tampoco escapará a nadie que la oferta de regulaciones éticas no constituye ya, ni tampoco, patrimonio exclusivo de la dinámica del ejercicio del poder público y de las autoridades en coyuntura de escándalos o crisis sociales de confianza específicos, sino un adelanto general a cuenta de todas las actividades económicas. Todo el mundo ofrece ética en su actividad, como regulación de garantía de su conducta más allá del derecho común. Lo primero que hace cualquier agente económico, del tipo que sea, incluso antes de ofrecer la calidad de sus productos o lo inmejorable de sus condiciones económicas, es mostrar o enseñar públicamente el código ético al que vienen sometidos sus Consejos

de Administración, sus cuadros dirigentes, sus técnicos y sus trabajadores. Ya hay hasta banca ética y la palabra ética es talismán en nombres comerciales de toda índole. De suerte que la ética está empezando a convertirse en el paradigma identitario integrador de las relaciones económicas a escala planetaria. Y, más aún, incluso de las relaciones sociales y políticas. Pues hasta ofrecen ética las administraciones, las instituciones del Estado, los funcionarios, los militares y los políticos, en un paroxismo oferente que, en todo caso y en cuanto aquí nos interesa, resulta imposible ignorarlo.

7. Tan abrumadora oferta de ética en los mercados, partiendo de la ley fundamental que los rige, solo puede tener como causa la existencia de una fuerte demanda de ética. La ecuación, sin embargo, es la expresión de un síndrome o conjunto de síntomas cuyas características, en parte apuntadas, son o serían las siguientes:

a) Que la ética es una demanda propia y genuina de las sociedades avanzadas.- La demanda social de ética estricta, expresa que están satisfechas de forma razonable o al menos suficientemente las demandas de bienes de primera necesidad como el alimento, la sanidad o la educación, los derechos fundamentales y un sistema jurídico general regulatorio de derecho común pues, de lo contrario, las demandas sociales estarían centradas en las reivindicaciones referidas, básicas o primarias y no en la ética. Lo que significa que es una señal de identidad propia y genuina de las sociedades avanzadas que permiten su reivindicación como plus excedentario de bienestar.

b) Que la ética es el paradigma nuevo y futuro de los mercados.- De modo que, siendo una señal de identidad propia y genuina de las sociedades avanzadas, también y de forma inescindible significa que la demanda de ética es el nuevo paradigma de las relaciones económicas y que éste marca y señala de forma insoslayable su futuro, no solo en las sociedades avanzadas sino también de todas las demás que aún no lo son y siguen el camino de serlo. Pues, salvo cataclismos de destrucción impensables, el único futuro económico posible a escala planetaria, global u oceánica, es el de sociedades desarrolladas en las que estarán razonablemente satisfechas las necesidades básicas de la población, entregándola de forma general a la exigencia de ética como sustento irrenunciable del intercambio económico.

c) Que es síntoma de quiebra de confianza en la calidad sostenida de la oferta y el intercambio.- Si el mercado se satura de oferta de ética, tan marcado fenómeno no solo es síntoma de su fuerte demanda sino, igualmente y en lo que nos importa, de que hay déficit de confianza en los mercados y de que éstos buscan resolverlo con ética. Fenómeno más señalado de la actual crisis financiera, en el que coinciden todos los comentaristas económicos de cualquier signo y que convierte a la confianza y a su semilla, la ética, en piedras angulares de los mercados y en bienes públicos de interés general de primer orden.

d) Que es síntoma de la insuficiencia del derecho común.- La creciente demanda de ética expresa de forma inequívoca que su exigencia no viene satisfecha por el derecho común, pues sigue manifestándose y crece pese a la existencia y natural crecimiento del derecho común, muy especialmente diversificado y saturado en las sociedades avanzadas, en las que ya no existe rincón de la existencia y de la vida social sin regulación común. Pues, en caso contrario, la codificación ética difusa propia del derecho común bastaría para dotar al mercado de la confianza necesaria para impedir la

demanda de ética en presencia, que aparece como un plus imprescindible de la oferta más allá de la que garantiza el derecho común.

e) Que impone el nacimiento y consolidación de un nuevo derecho más allá del derecho común y complementario de éste.- Conclusión más que evidente de la propia insuficiencia del derecho común. Pero, también, de la propia naturaleza y finalidad de la ética exigida y ofertada pues tan crucial ingrediente de los nuevos mercados como nos está resultando ser la ética, no puede quedar sin control, al albur de la voluntad aleatoria del oferente, de tal modo que juegue como mero señuelo incorporado a la mercancía a modo de envoltorio sin contenido real garantizado y, por tanto, como parte de un nuevo y estructural mercado fraudulento. De tal modo que solo un sistema jurídico que garantice que la ética ofertada se codifica suficientemente y se exige bajo responsabilidad puede dar cobertura jurídica a la oferta de ética y satisfacción a su demanda en presencia. Tal sistema es la ética jurídica o ética autorregulada, común y equívocamente denominado autorregulación, pues a veces dicho término se usa como ausencia de regulación y que, nada más lejos de ello, viene compuesto de forma inexcusable de Código ético sustantivo, procedimiento adjetivo sancionador e institución reguladora o administradora de carácter público. Solo existe una manifestación o consecución histórica de dicho sistema y es el arbitrado por y para el profesionalismo liberal o mercado de los servicios profesionales, cuya institución emblemática son los Colegios Profesionales. Su aparición o las causas y el proceso histórico que lo propiciaron es lo que veremos a continuación.

LA INDEPENDENCIA.-

8. Si cuando hablábamos de la ética como ingrediente o elemento sustancial de la formación jurídica de los Colegios Profesionales señalábamos que era perceptible de forma manifiesta la oferta desbocada de ética en los mercados como punto de partida de su síndrome regulatorio, en cuanto hace a la independencia, nadie podrá negar que la independencia es la base sustancial del mercado libre y de la libre competencia, pues no otra cosa que una manifestación de la libertad es la independencia o derecho fundamental e irrenunciable del ser humano a buscar su sustento del modo y en el lugar y forma que estime conveniente. De tal modo y hasta tal punto que la independencia constituye otro bien público de interés general que reclama protección y garantía públicas, no solo por venir ligada al ejercicio de derechos fundamentales, sino también y muy especialmente porque constituye el motor del desarrollo económico y de la generación de riqueza. Lo que es tan cierto que son precisamente esa protección y garantía de la libertad e independencia las que pretende y busca el informe que comentamos.

9. Independencia, además, para ejercer la actividad económica elegida de forma autodeterminada, sin injerencias de ningún tipo, públicas o privadas, que se manifiesta como un motor de libertad en las actividades económicas, que tiende a resistirse a las restricciones. Una fuerza tan potente y poderosa que no solo ha hecho desembocar históricamente a las sociedades en la economía de libre mercado, sino que mantiene una fricción permanente con el derecho y el poder del Estado en torno y frente a las restricciones y barreras de todo tipo que de continuo y aras del interés general de la igualdad de oportunidades y de la confianza, imprescindibles para la propia supervivencia del mercado, se ve abocado a establecer.

9. Siendo este el problema central de la independencia que, como en el caso de la libertad, no es otro que su ejercicio en sociedad. Pues no puede olvidarse que las principales barreras a la independencia y a la libertad económica, al mercado libre, nacen y se forman en el propio mercado que, al propio tiempo que constituye la fuente principal de creación de progreso, riqueza y bienestar, constituye también la fuente principal de poder, porque en él se fraguan posiciones económicas de tal magnitud, que no solo otorgan a sus detentadores capacidad para intervenir en la toma de las decisiones políticas, sino también y sobre todo capacidad para desactivar la propia virtualidad del mercado o libre competencia, al acabar consiguiendo posiciones de dominio en su sector, que acaban otorgándole la exclusividad o casi la exclusividad de la oferta. En otras palabras, lo que comúnmente llamamos posiciones monopolísticas o excluyentes del propio mercado en tanto que acaban colapsando en él la competencia.

Tal es motivo por el que la dinámica de la competencia acaba haciendo aparecer en los mercados, en aras de la consecución de la preponderancia económica y de posiciones de poder, conductas desleales con los consumidores, bien por ir en detrimento de la calidad de la oferta, bien por ir en detrimento de la leal competencia, provocando el estallido de grandes escándalos por fraude, de grandes crisis económicas o de grandes crisis de confianza. Y, a veces y como ahora contemplamos en los mercados mundiales, la competencia de turbulencias producto de estallidos de los tres tipos a un tiempo.

Quiebra recurrente de los mercados que se fragua en su propio seno y que ha provocado que la competencia deba ser, haya sido y sea modulada continuamente a lo largo de la historia por necesidades de supervivencia colectiva, es decir de respeto y lealtad colectivas, orden público o confianza, eficacia y solidaridad. De donde se desprende, que la independencia y la libertad no han parado de sufrir limitaciones y barreras a lo largo de la historia bajo el principio ético o civilizatorio, las más importantes de las cuales son el Derecho y el Poder del Estado como administrador del derecho para su elaboración y aplicación.

En tal sentido, a nadie escapará que el Código civil o el mercantil o la Ley de de Defensa de la Competencia, la Ley de la Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad constituyen barreras a la Independencia a libertad de mercado y a la libre competencia con la finalidad reguladora de la misma ya mencionada. Del mismo modo que la irrupción en el intercambio económico de la necesidad de ética y de su regulación en aras de la confianza, con la aparición de un nuevo sistema jurídico de control ético de los mercados, va a constituir y constituye una nueva barrera en el ejercicio de las actividades económicas.

10. Debiendo concluir que, en cuanto aquí nos interesa que, por cuanto queda dicho Toda empresa o actividad económica, en aras de la libertad y la competencia, es dos cosas a un tiempo o presenta una naturaleza bifronte. De un lado un factor de supervivencia colectiva en tanto generador de riqueza, de desarrollo y de bienestar y, por tanto, un bien de interés público de primer orden, cuya trascendencia para la sociedad va más allá del mercado y de los intereses particulares del propio empresario, sea individual o colectivo, en tanto del conjunto de ellas depende la supervivencia de toda la sociedad. Y por tanto y como tal, solo sujeta al interés general y colectivo como factor de progreso y desarrollo. Y de otro, un agente económico privado al que mueve su propio y particular interés, que vive y se desarrolla en el seno del mercado y sujeto a

sus leyes, que no son otras que las del máximo beneficio en el menor tiempo posible y, como tal, un poderoso motor de autonomía frente al poder político y la burocracia.

Doble naturaleza antagónica que convive en su existencia única y que hace que discurra en permanente contradicción generando beneficios y quebrantos de forma aleatoria, fuente de las intervenciones normativas apuntadas.

LA DIALÉCTICA ÉTICA/INDEPENDENCIA.

11. Es en esa dinámica escindida entre las dos naturalezas de la actividad económica y en la aparición de crisis y escándalos en los mercados a pesar del derecho común, la que pone sobre la mesa la ética como elemento imprescindible para recuperar o mantener la confianza, más allá del derecho común. Ética que se presenta como fórmula de solución del conflicto permanente entre las dos naturalezas del sujeto empresarial tendente a sujetarlo a una dinámica en la que, al borde de la ambición desmedida, renuncie a actuar solo como factor privado y en interés particular y actúe como factor público y en interés general.

12. Ética que, como decíamos, ya se ofrece en los mercados por todas las empresas y agentes económicos y que ya ofrecen los poderes públicos ante los ciudadanos cuando airados naufragan en las crisis, no solo defraudados en su patrimonio por la quiebra de los mercados, sino llamados también fiscalmente y por segunda vez, al esfuerzo de saldar las pérdidas a través de las arcas públicas.

13. Pero la regulación ética privada no llega a cuajar voluntariamente y, si lo hace, solo se logra con un gran esfuerzo asociativo parcial y voluntario en el imperceptible reducto de los sectores más avanzados y dinámicos socialmente y con resultados limitados al grupo, sin trascendencia pública relevante. De modo que la oferta de ética, como ya quedó apuntado, se debate en un papel de mercancía o envoltorio que, atrayendo al consumo lo defrauda recurrentemente con su ineficacia.

La inevitable respuesta del poder público ante tan escasos resultados y la repetición imparable de crisis recurrentes, no ha podido ser otra que la intervención directa en la vida empresarial mediante la introducción de un nuevo ordenamiento para-ético o comportamental, es decir, no autónomo sino de policía administrativa, de regulación de conductas empresariales, más allá del derecho común de la competencia. Es lo que venimos llamando en España Las Normas de Buen Gobierno Corporativo.

14. Se trata aún de una leve incursión en el funcionamiento interno de las empresas destinado a impedir la aparición de conductas desleales como las apuntadas y a fortalecer la confianza en los mercados. Su mecánica, por ahora y ante la radical independencia empresarial, no es otra que abocar a las empresas a asumirlo y a practicarlo voluntariamente, premiando su asunción y castigando su carencia con barreras de acceso a determinados privilegios. Y su tendencia, a la vista de las crisis recurrentes y del compromiso del poder público en ellas, es a ir imponiendo su cumplimiento bajo sanción a ir ampliando la codificación de conductas. Derecho sancionador de carácter administrativo, independiente y añadido, como plus de responsabilidad, a las responsabilidades civiles o penales e incluso administrativas de derecho común de la competencia.

15. A pesar de los extraordinarios cuidados puestos de manifiesto en su intervención por el poder público ante la independencia empresarial, de todos es conocida la continua y permanente reacción de los agentes económicos frente a ella. Basta repasar cualquier diario económico para encontrar en artículos y entrevistas a representantes de asociaciones empresariales o empresarios de renombre clamar contra la excesiva intervención del poder público en la vida de las empresas y su rechazo a lo que consideran una ingerencia no deseada y no debida en su toma de decisiones que, adelantando airados, solo puede perjudicar no solo a su libertad e independencia, ya constreñida sino, además, a su propio desarrollo y competitividad, enervando su pujanza y provocando a la postre su declive o desaparición.

16. Tal dialéctica aparece repetitiva e insoluble por los factores descritos en presencia. El poder público está llamado a intervenir e incluso a acentuar su intervención mientras no aparezcan elementos privados de control ético empresarial y los agentes económicos no avanza en soluciones de prestación ética privada sin perjuicio de su insuficiencia y se resisten a la intervención pública en aras de su independencia, en medio de un mercado con crisis recurrentes. Su duración aparece indefinida y será duradera, salvo acontecimientos de calado como los que hoy contemplamos en la crisis en curso o incluso otras que puedan sucederle de más trascendencia, que provoquen un cambio sustancial en otra dirección, inevitable e impredecible.

17. Pues bien, ese cambio se puede producir y se puede predecir, aún y a pesar de que sea imposible determinar cuándo. Porque la solución existe y ya se ha producido en el mundo económico empresarial: en el sector de los servicios profesionales o profesionalismo liberal. Es el sistema de autorregulación ética de garantía pública colegiada, arriba apuntado. Y todo el mundo económico está abocado a él de forma ineluctable, bajo una u otra forma y bajo instituciones de uno u otro nombre que concluyan por ofrecer al mercado –es decir, a los ciudadanos- y a los propios agentes económicos, una doble y respectiva garantía de ética e independencia con respaldo y trascendencia públicos.

IV.- Hacia la determinación de la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales y sus elementos sustanciales. La dialéctica ética/independencia en el mercado de los servicios profesionales: Un caso paradigmático. El ciclo de la ética jurídica.

DEL DERECHO COMÚN A LA REGULACIÓN PÚBLICA PARA-ÉTICA DE POLICÍA ADMINISTRATIVA

18. La dinámica económica descrita, que dibuja la dialéctica ética/independencia, ha venido siendo así en todos los ámbitos desde que la sociedad se rige por el derecho como sistema o cuerpo jurídico cierto y estable. Es decir, desde Roma. Lo que ocurre, como casi siempre en todo tipo de fenómenos, económico, político o social, es que no se produce de golpe, en un solo y único acto y a escala universal, sino que se produce de forma paulatina, asincrónica y asimétrica y, desde luego, siempre suelen iniciarse en ámbitos o entornos paradigmáticos dentro de su misma especie y adelantándose a su tiempo.

De tal forma que las primeras intervenciones del poder público en la vida empresarial, mediante regulaciones comportamentales más allá del derecho común y bajo control de policía administrativa, tal y como las vemos para el conjunto de las actividades y agentes económicos con las Normas de Buen Gobierno Corporativo, se produjeron por los emperadores romanos a partir del s. I (d.C.) mediante la regulación de las profesiones liberales que podríamos llamar clásicas. Muy especialmente y con carácter, también paradigmático, la abogacía.

19. Ni que decir tiene que el origen y causa de dicha intervención reguladora de los poderes públicos no fue otra que la misma que acabamos de describir más arriba en relación con todas las actividades económicas, es decir, los escándalos públicos que se empezaron a producir en el entorno de la prestación de dichos servicios profesionales y a la imposibilidad del poder público de seguir indiferente a la presión social. Escándalos de los que nos quedan rastros escritos en Juvenal o Marcial y en los que se describen conductas de abogados especulando por causa de la justicia mediante la compra de pleitos a pérdida-ganancia, la defensa de ambas partes en el mismo pleito, los honorarios exorbitantes y otros.

20. Escándalos, al fin, que se producían, también e igual que ahora, a pesar de la existencia ya entonces del derecho civil común, cuyo nacimiento y consolidación se estaba produciendo en el mismo entorno social y político. Derecho en el que ya estaba regulado el derecho de obligaciones y, por tanto, un derecho regulatorio germinal de los mercados con normas que exigían, la diligencia y la buena fe en el cumplimiento de los contratos de servicios y otras obligaciones de la misma índole, destinadas al buen comercio y al leal tráfico económico.

21. Lo que igualmente hacía, que dicha intervención fuera mediante un derecho paratético o comportamental, de regulación de conductas empresariales más allá del derecho común y de policía administrativa, que venía a recoger las normas éticas ya fijadas tiempo atrás y con carácter privado y sacramental en la etapa anterior o pre-económica.

22 Y siendo finalmente de señalar, que la razón última de la intervención y exactamente igual que ocurre ahora con el resto de las actividades económicas y empresariales, no era otra que la doble naturaleza de los servicios profesionales de ser por una parte una actividad económica privada lucrativa y germinalmente empresarial y, por tanto, sometida a las leyes del mercado. Y, de otra, una actividad institucional de carácter público y no lucrativo, ligada al mantenimiento y satisfacción del interés general, como eran y siguen siendo, la justicia, la sanidad, la vivienda, etc. Doble naturaleza de la prestación de servicios que tuvo su arranque precisamente en Roma, a partir de cuyo desarrollo económico imperial, los profesionales, hasta entonces ligados a mandato gratuito y a prácticas de casta o religiosa, ambas cuasi-sacramentales, comenzaron a cobrar por sus servicios con el paso del mandato gratuito al mandato oneroso, una vez que les fue permitido mediante la derogación de las leyes que lo prohibían.

23. De suerte que, curiosamente y como queda adelantado, de entre todas las actividades económicas y empresariales, ya inmersas todas ellas desde Roma en la dinámica independencia/ética que hemos descrito, fueron las recién llegadas, es decir, las propias de los servicios profesionales, las que desde el mismo inicio de su era económica, las primeras en ser intervenidas y reguladas por el poder público, mediante un derecho de policía administrativa más allá del derecho común. Fenómeno que, como ha quedado

señalado más arriba, solo ha empezado a producirse en el resto del mundo empresarial en los primeros años del s. XXI. Es decir, dos mil años después.

Lo que, aparte otras consideraciones y sin perjuicio de ellas, indica que nos encontramos ante un fenómeno jurídico de carácter geológico, en el que los tiempos que marcan su formación, manifestación y apogeo son extraordinariamente largos. Apunte decisivo a la hora de su estudio y, muy especialmente y en cuanto aquí nos interesa, a la hora de la intervención pública normativa en ellos pues, de no tenerlo en cuenta y actuar de coyuntura o a partir de análisis y conclusiones basadas en períodos de tiempo inferiores a milenios o, incluso, a su mitad, las actuaciones serán fácilmente erróneas, imposibles o poco duraderas, con costes impredecibles. Si bien es cierto que, por la misma razón, la responsabilidad por los costes del error cometido, será difícilmente imputable a sus autores y fácilmente achacable al maestro armero. Lo que sin duda deberán anotar muy especialmente los autores del informe debatido, para reconsiderar sus conclusiones y abordar el problema con otras mimbres y en distinto sentido. Exactamente como aquí proponemos.

24. El fenómeno convierte a los servicios profesionales, sin duda y como acabamos de apuntar, en su sector económico paradigmático en cuanto aquí nos concierne. Las razones son muchas y variadas, pero confluyen en dos. La primera de ellas, que es en el que de forma más patente e inmediata se manifiesta la doble naturaleza pública y privada de toda actividad empresarial y, muy especialmente, su trascendencia pública y su peso decisivo en el interés general, por venir ligadas sus prestaciones clásicas (abogacía, medicina, ingeniería, arquitectura) a demandas sociales de primera necesidad. Hasta el punto de que, al contrario de lo que ocurre en el resto de actividades económicas, es su aspecto público el más evidente al principio, siéndolo menos el privado o económico-empresarial, recién adquirido entonces y solo ahora evidente con la llegada de las sociedades profesionales. Y la segunda, que es el sector en el que, precisamente por tratarse de prestaciones destinadas a dar satisfacción a demandas sociales de primera necesidad, ni los escándalos y perjuicios de sus malas prácticas son fácilmente tolerables por los ciudadanos ni, por dicha razón, pueden permanecer inactivos ante ellos los poderes públicos.

25. Lo que, en resumidas cuentas y a modo de conclusión, pone de manifiesto y acredita de forma incuestionable, que el proceso o dinámica reguladora que pone en marcha la dialéctica ética/independencia, es exactamente el mismo en todas las actividades económicas y, por tanto, que la dinámica del mercado lleva a la quiebra del derecho común como único medio suficiente para su regulación y para el mantenimiento de la confianza en la que se asienta el tráfico económico. De suerte que, las crisis de confianza que de forma recurrente se producen en su seno a manos de la codicia y de las malas prácticas en aras de la prevalencia y de las posiciones de dominio, acaban imponiendo barreras públicas a la libertad de mercado y a la independencia económica, mediante un derecho sancionador de policía administrativa con normas de comportamiento para-éticas que desbordan al derecho común para restablecer la confianza mediante un plus de garantía.

**DE LA REGULACIÓN PÚBLICA PARA-ÉTICA DE POLICÍA ADMINISTRATIVA
A LA AUTORREGULACIÓN**

26. Desde el mismo momento en el que se produjo en Roma la intervención pública de policía en la regulación y control de los comportamientos de los profesionales –siempre que digamos profesionales nos estamos refiriendo a las profesiones entonces existentes y que ya hemos señalado y denominado como clásicas- se puso en marcha de igual modo y con igual intensidad el fenómeno reactivo de la independencia que ya describimos para el conjunto del mundo empresarial en el momento actual, reactivo y resistente a toda incursión del Estado en su vida interna o aquella que atañe a su toma de decisiones empresariales y profesionales de todo tipo. Especialmente si son especializadas y atañen al modo o manera en el que desempeñan o ejercen su actividad, realizan sus prestaciones o fabrican sus productos; o al modo en el que orientan y realizan su penetración en el mercado y amplían su cartera de clientes y encargos o pedidos.

27. Fenómeno reactivo de la independencia frente a la ingerencia de los poderes públicos que vino a resultar igualmente paradigmático en el ámbito o mercado de los servicios profesionales pues, en este supuesto, se trataba de unas prestaciones o servicios muy especiales, en los que el factor de la confianza, imprescindible en el mercado, venía especialmente reforzado. En general por las razones recién apuntadas en orden a la intervención pública, de tratarse de prestaciones de primera necesidad social pero, además, por dos características muy particulares de la función profesional. La primera de ellas, su marcado carácter altamente especializado y sujeto a conocimientos, ciencias y artes que dominan exclusivamente los que los prestan, prácticamente inaccesibles al común. Y, la segunda, su marcado carácter mandatario. Pues, aunque la división del trabajo convierte toda actividad humana productiva en una especie de mandato universal impropio, en el que otro nos sustituye en la realización de una actividad que en el origen de los tiempos vendríamos llamados a realizar nosotros mismos, en lo relativo a los servicios, el mandato es propio y la sustitución se realiza, no solo intuitu personae, sino también en la gestión de negocios personalísimos, muchos de ellos de trascendencia básica o de primera necesidad.

Carácter de propio mandato especializado que genera una fuerte delegación personal de independencia en el mandatario, profesional llamado a la toma de decisiones de su libérrima conciencia y ciencia, altamente refractaria a toda injerencia y llamada a mantenerse inmune a todo tipo de restricción no solo de los particulares y usuarios, sino muy especialmente de los poderes públicos.

Fenómeno reactivo de la independencia en el que, de entre todos los profesionales, vuelve también e igualmente a ser paradigmática la abogacía. Pues, sumado a cuantos factores quedan apuntados de especialización y sustitución mandataria, a la abogacía se le suma un último y marcado elemento en el que la independencia se convierte en decisiva, que no es otro que la vocación sustancial que tiene su función profesional, de fricción permanente con los poderes públicos, pues es habitualmente ante ellos –especialmente la burocracia y el poder judicial- ante quines gestiona los intereses ajenos que le vienen confiados. Lo que convierte la independencia del abogado en paradigma de las independencias, pues de forma natural vendrá llamado a rechazar la injerencia del poder público en su actividad y comportamiento en tanto que su función lo pondrá de continuo frente al poder público, ante el que verá minorada la pujanza de su gestión si, por ella, pudiera sufrir reproche o persecución.

28. Posición paradigmática que, del mismo modo que llevó a los servicios profesionales a ser los primeros en sufrir la intervención o control público de policía administrativa para-ética más allá del derecho común, dos mil años antes de lo que lo están empezando a sufrir el resto de las actividades económicas (Normas de Buen Gobierno Corporativo actuales), los iba a llevar a ser los primeros en forzar el paso de ese régimen de control a uno nuevo, arrancado del poder público mediante un pacto normado y regulado, por el que el control administrativo de policía para-ético de su actividad más allá del derecho común, iba a pasar de manos del poder público a las propias profesiones, a las que les iba a ser atribuido bajo un régimen y un sistema jurídico que llamamos de autorregulación. Recuperando con ello su independencia perdida, si bien ya no sería la desregulada del paraíso originario, sino formal y de garantías. Y que, como veremos, se produjo cuando se pudo producir, es decir, cuando concurren las circunstancias propicias para el triunfo de la independencia con el derrumbe del régimen feudal.

29. Fenómeno que, precisamente, nos lleva a las siguientes conclusiones científico-jurídicas: 1. Que la ética jurídica es un propio ciclo biológico de la regulación del mercado más allá del derecho común, que también lo regula, y que transita en tres fases en virtud de la dialéctica ética/independencia y de las desviaciones de la competencia por la primacía, desde la regulación común a la autorregulación ética, pasando por la fase de intervención normativa y de control público para-ético. 2. Que dicho ciclo es y será universal, comprendiendo a todas las actividades económicas. 3. Que ello se puede afirmar con seguridad a la vista de lo ocurrido en el mercado de los servicios y a la vista de que ya se está produciendo para el resto del mercado en todas las demás actividades económicas, la segunda fase del ciclo o de intervención normativa y de control público para-ético, más allá del derecho común. 4. Que en el resto de actividades económicas se ponen de manifiesto las mismas reacciones que provoca la independencia frente a la intervención pública de policía. Y 5. Que el hecho de que se haya ido produciendo siempre por delante en el mercado de los servicios profesionales, ha sido debido a su carácter paradigmático en los elementos que configuran y determinan el motor del ciclo de la ética jurídica.

30. Pese a ello y como queda dicho –y este sería el sexto elemento confirmatorio de la tesis científico-jurídica que acabo de formular-, todavía tardó siglos en el mercado de los servicios profesionales el paso de la fase de control y regulación públicos a la de autorregulación. Exactamente los mil quinientos años transcurridos entre la decadencia del imperio romano en que comenzara la intervención pública de policía (s. I d.C.) y el final de la Edad Media (1492, con el descubrimiento de América, comúnmente aceptado). Momento éste hasta el cual, las profesiones siguen siendo reguladas e intervenidas por los señores y reyes durante toda la Edad Media y, a partir del cual, empiezan a aparecer en Europa los primeros Colegios Profesionales, Órdenes Profesionales o Congregaciones Profesionales, lógicamente y los primeros los paradigmáticos de la abogacía, instituciones genuinas de la autorregulación ética del mercado de los servicios profesionales, cuya naturaleza jurídica nos ocupa, ha quedado apuntada y abordamos a continuación.

V. Los Colegios Profesionales: Doble garantía de una oferta insoslayable de ética responsable y una necesidad irrenunciable de independencia de la economía y la función profesional. Su naturaleza jurídica como instituciones paccionadas de un sistema jurídico regulador de la Competencia, propio del mercado de los servicios profesionales.

NATURALEZA JURÍDICA

31. A la vista de cuanto queda expuesto, la naturaleza jurídica de los Colegios profesionales es paccionada o contractual de carácter público y sinalagmático. Contrato que se alcanza entre el Estado y las profesiones a petición de éstas y se establece por ley, mediante el cual éstas se comprometen a garantizar a la sociedad que los profesionales respetarán y cumplirán bajo responsabilidad disciplinaria administrativa un Código ético autoproclamado y el Estado se compromete a garantizar a los profesionales su libertad e independencia mediante un estatuto privilegiado de inmunidad en el ejercicio de su función y a disponer para ello un sistema jurídico especial y singular para la constitución de las instituciones jurídicas pertinentes dotadas por su delegación de las competencias necesarias para ello. Es el sistema jurídico de autorregulación ética y de amparo y su piedra angular serán los Colegios Profesionales, institución jurídico-profesional llamada a posibilitar el cumplimiento del contrato adquirido, de modo que en ella radiquen mediante la delegación pública correspondiente, las competencias públicas disciplinaria y de amparo que permitan a la profesión garantizar de forma independiente la ética que habrán de prestar los profesionales a la sociedad y el amparo de la libertad e independencia de éstos que habrá de prestar el Estado.

ELEMENTOS SUSTANCIALES

32. El sistema que nace y se consolida en todo el continente europeo es el que podría denominarse de autorregulación fuerte y sus elementos sustanciales serán su doble naturaleza pública y privada, la exclusividad territorial –un solo colegio por cada profesión y territorio- y su adscripción obligatoria –resulta imprescindible la inscripción (colegiación) en el Colegio profesional respectivo para poder ejercer la profesión elegida-.

33. Tales elementos van destinados a dotar de virtualidad al sistema jurídico de autorregulación adoptado y sin los cuales sería imposible. Efectividad que gravita sobre el cumplimiento del sinalagma sobre el que se funda el contrato colegial, que impone necesariamente el sometimiento universal o colegiado de toda la profesión pues, de otro modo, ni toda participaría de la independencia alcanzada ni todos responderían éticamente del ordenamiento punitivo público que, por primera vez en la historia, sería ley punitiva de cumplimiento voluntario.

Siendo de señalar en cuanto se refiere a la colegiación obligatoria que la sumisión al ordenamiento ético que persigue de todos los profesionales, no es sino heredera de la que estos tenían a la burocracia y al poder público en la etapa histórica precedente siendo, por tanto, la mera continuación de la intervención pública previa en el comportamiento de los profesionales más allá del derecho común pero, ahora, en manos de las propias profesiones. Y, por tanto, tan obligatoria como aquella en aras de la garantía de la finalidad pública que perseguía y persigue y del interés general que satisfacía y continúa destinada a satisfacer.

Y siendo de incidencia especial en la independencia la exclusividad territorial en tanto que, de no existir, posibilitaría la existencia dentro de un sistema general e igual para todos en la prestación técnica de un servicio, la división ideológica, política, religiosa o

económica, anotando una inscripción previa y diversa a elemento extraño a la función profesional de carácter público que desempeña, que le restaría independencia.

FINES

34. Los fines sustanciales de los Colegios, de acuerdo con su naturaleza, son los allí expuestos, de tal modo que el resto de fines que pueda llegar a atribuirles la ley resulta absolutamente circunstancial, por importante que fuera. Por lo que son fines de los colegios profesionales el control disciplinario del cumplimiento por sus colegiados del Código ético de la profesión correspondiente y la prestación a los colegiados de Amparo colegial de su libertad e independencia facultativas.

Sin embargo, resulta evidente que tales fines conllevan lo que podríamos denominar, actividades anejas o accesorias que podrían considerarse coadyuvantes de su virtualidad e incluirse de forma justificada como esenciales entre sus fines. La primera de las cuales sería sin duda la formación. Pero también lo es la representación de la profesión ante los poderes públicos en relación con sus funciones y, desde luego en relación con el contenido facultativo de la función profesional de que se trate o con el contenido jurídico, político y social del mismo, la colaboración de la Administración Pública al respecto en tareas legislativas y normativas de todo tipo etc.

35 Todos los fines referidos y desde luego los que hemos señalado como sustanciales, en modo alguno tienen por objeto finalidades ajenas a la intervención pública en el mercado de los servicios profesionales para que la competencia entre éstos se desarrolle de acuerdo con unos estándares de calidad y ética más allá del los establecidos y previstos en el derecho común. Y, por tanto, lejos de ir destinados a favorecer intereses particulares, económicos, corporativos o de casta de los propios profesionales, todos ellos y los propios Colegios, con sus elementos constitutivos, incluida la colegiación obligatoria, constituyen precisamente un haz de garantías para los consumidores y usuarios superiores a los que le ofrece el derecho común de la competencia y, por tanto también, una contribución pública de primer orden e indeclinable a la defensa y garantía del interés general, de toda la sociedad y, muy especialmente, del mercado de los servicios profesionales y de sus consumidores.

NOTA FINAL

36. Constituye un debate permanente si la naturaleza jurídica de los Colegios viene sancionada por la ley y viene o no viene protegida por la Constitución, a la vista de su art. 36, de la Ley de Colegios Profesionales y de la jurisprudencia que los interpreta. La cuestión tiene trascendencia y no cesa de ser traída y llevada desde la propia inclusión del art. 36 en la Constitución hasta hoy.

A mi humilde entender la naturaleza jurídica de los Colegios viene plenamente tipificada en la realidad, en el ordenamiento jurídico y en la Constitución y resulta necesario ir haciendo algunos apuntes básicos para ir cerrando el tema y determinando de forma concluyente qué elementos del debate lo vienen haciendo oscuro y si son sustanciales o circunstanciales para, en todo caso, intervenir legislativamente al respecto:

a) La naturaleza jurídica de los colegios y sus elementos sustanciales son los que son, materialmente y, por tanto y de acuerdo con el principio espiritualista de nuestro derecho civil común, más allá de lo que las partes puedan decir que son.

b) Por supuesto, que vienen sancionados por la ley de Colegios Profesionales. Aunque su carácter contractual y sinalagmático, sea un apunte doctrinal que viene manteniendo esta Ponencia y que, siempre sujeto a debate, entiende se desprende de forma indubitada de sus elementos sustanciales y de su realidad constitutiva.

c) Cuando el art. 36 de la Constitución los recoge aunque sin definir su naturaleza, solo está dando respaldo constitucional a la institución y haciendo distinción de ella frente o junto a las otras instituciones de carácter gregario que reconoce o garantiza. Es decir, Las Asociaciones comunes de carácter privado y los Sindicatos. Por lo que el respaldo constitucional recibido por la Institución, es evidente que solo puede serle otorgado a ésta con su naturaleza material y jurídica y no de cualquier otra manera.

d) Que algo tan nítido y claro como lo que queda dicho solo ha venido oscurecido, dicho sea con el debido respeto a tan Alta Magistratura, por un uso alternativo del derecho al que se ha visto abocado el Tribunal Constitucional por dos circunstancias de oportunidad que están llamadas a corregirse a la larga por su escasa razón jurídica estricta. La una, lo controvertido de la obligatoriedad de la colegiación tras la dictadura. Y, la otra, el propio uso alternativo del derecho previamente realizado por el legislador, con la creación de Colegios no sujetos a la ley general que los regula.

De suerte que cuando su paradigmática sentencia TC n° 89/89, de 11 de mayo -y sus iguales- vino a establecer con carácter general la naturaleza jurídica de los Colegios ya apuntada y sancionó que la Constitución no establecía reserva alguna sobre la Naturaleza o regulación de los Colegios, cuya determinación quedaba para el legislador ordinario, solo estaba estableciendo algo ya establecido y de toda evidencia, que no es otra cosa que la regulación de todos los derechos constitucionales –fundamentales o no- está diferida al legislador ordinario y que nadie podría afirmar que por el hecho de que la constitución no los regule, no tienen respaldo constitucional. Piénsese, por ejemplo, en el derecho a la igualdad o en el derecho de propiedad.

Sin embargo, se olvidó que dicho respaldo constitucional viene conferido a tales derechos e instituciones en los términos en los que lo son materialmente. De ahí el respaldo constitucional, que no es otra cosa que posibilitar el control del legislador ordinario para que con su regulación no desnaturalice las instituciones jurídicas garantizadas por la Constitución o que, al menos, pertenezcan a lo que se ha dado en llamar el bloque de constitucionalidad.

De modo que en la propia sentencia, olvidó el derecho constitucional para tranquilizar el debate sobre la colegiación obligatoria y soltó la mano del legislador ordinario, al que permitió regular los Colegios con otros elementos constitutivos distintos de los que ahora le venía conferidos por ley –carácter publico/privado, exclusividad territorial y colegiación obligatoria- introduciendo un obiter dicta en tal sentido, contrario al respaldo constitucional de la institución que acababa de realizar, más arriba, en la propia sentencia.

Del mismo modo que volvió a hacer, en este caso por elevación al absurdo, cuando declaró la constitucionalidad de la creación del Colegio de Mediadores de Seguros Titulados, por transformación del preexistente de Agentes y Corredores de Seguros, que ni tenía colegiación obligatoria, ni tenía competencia disciplinaria. Así lo sancionó mediante su sentencia, también paradigmática nº 330/94 de 15 de diciembre, en la que vino a sancionar algo que desdecía todo lo dicho hasta entonces, a saber, que ya no es que el legislador pueda optar por una u otra configuración determinada de los Colegios, sino puede optar en cada caso por la que desee sin perjuicio de la regulación general de los Colegios por ley pues, afirma la sentencia sin empacho, “la Constitución no impone en su art. 36 un único modelo de Colegio Profesional”. Bajo esta peculiar figura con rasgos asociativos y corporativos pueden englobarse por el legislador (...), situaciones bien distintas”. Y todo ello sin ni siquiera exigir ley especial al efecto, bajo las premisas de razonabilidad y proporcionalidad en el sentido de la doctrina acuñada en su sentencia 166/86 de 19 de diciembre. Posiblemente porque, de haberlo hecho, aparte de haber tenido que justificar la excepcionalidad del supuesto para justificar el canon de constitucionalidad del legislador, chocando con el insalvable problema de la excepcionalidad de dicho Colegio, porque y sobre todo, habría incorporado la Ley de Colegios Profesionales al bloque de constitucionalidad, en el sentido que latía en la exitosa propuesta del Decano Pedrol que cuajara en el art. 36 de la Constitución.

e) Que resulta evidente que una doctrina de oportunidad jurídica o política sobre el respaldo constitucional a una institución jurídica no puede derivar en un cuestionamiento de su naturaleza jurídica material. Menos aún si dicha naturaleza está recogida en las leyes. Y mucho menos, si ha sido respaldada por la Constitución. Motivos todos por los que el contenido de las sentencias meritadas es meramente circunstancial y con toda seguridad deberá y, en todo caso, es seguro será corregida con el tiempo, bien que no sea la coyuntura actual la más propicia para ello a la vista del informe que se discute.

f) En cualquier caso, no parece que dos sentencias de oportunidad y con claro y descarado uso alternativo del derecho frente a cuanto queda dicho, pudiera ser criterio para afrontar una reforma de la Ley de Colegios Profesionales que desvirtuara su naturaleza material sin incurrir en frivolidad y, menos aún, si la iniciativa de la reforma parte de juristas sin condicionamientos políticos de carácter histórico o de oportunidad intuitu caso jurídico extraordinario. Sobre todo, teniendo en cuenta que se trata de proteger la seguridad ética del mercado de los servicios profesionales más allá del insuficiente derecho común de la competencia y el interés general de toda la sociedad y, muy especialmente, de los consumidores.

VI. Conclusiones y acotaciones acerca de la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales en relación con el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia que analizamos.-

CONCLUSIONES

37. Los Colegios Profesionales, con la naturaleza jurídica, elementos constitutivos y finalidades que quedan expuestas y su justificación jurídico-material, hoy respaldada por las leyes y por la Constitución Española, constituyen en nuestro suelo y en toda

Europa instituciones imprescindibles para la autorregulación ética de la competencia en el mercado de los servicios profesionales, más allá y sin perjuicio del derecho común de la competencia y, por tanto, bienes públicos de primer orden para garantizar y satisfacer el interés general, bajo todos los criterios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión. Lo que impide, desde cualquier punto de vista o consideración calificarlos o caracterizarlos institucionalmente como barreras a la competencia, sin perjuicio de su modernización o la actualización necesaria de los Códigos de Conducta o Éticos que regulen a las profesiones que correspondan.

38. Que, como tales, vienen reconocidos como “autoridades reguladoras competentes” por la Unión Europea.

39. Que, por tanto, toda reforma que implique modificación sustancial de su regulación de forma que desvirtúe cualesquiera de sus elementos constitutivos o fines, será la que deba venir justificada en términos jurídicos que acrediten suficiente y científicamente su carencia de virtualidad material o la desaparición de las circunstancias sociales o económicas que les dieron vida.

40. Criterio anterior que deberá hacerse extensivo a la disolución de cualquiera de los Colegios existentes.

41. Que el informe hace preterición de la naturaleza jurídica de los colegios para analizarlos abstracción hecha de ella y su función, mostrándolos vacíos de contenido jurídico y material, de la forma que resulta más conveniente a su pretensión: hacerlos desaparecer para mostrar sus restos fantasmagóricos como mero estorbo o barrera sin sentido a la competencia.

42. Que el informe analiza y recurre a un concepto de competencia periclitado en la actualidad, anterior a la etapa reguladora de la competencia de derecho común y, por tanto, de la forma mas conveniente a su propósito: mostrar unos mercados ideales sin las crisis de confianza que sancionan la actual quiebra del derecho común como único garante de aquella y la necesidad de la ética como única fórmula para recuperarla.

43. Y, finalmente, que plantear una reforma de los Colegios desde esa perspectiva, en esas condiciones de partida y cuestionando los elementos constitutivos de su naturaleza jurídica como la colegiación obligatoria o la competencia disciplinaria delegada por el Estado que detentan, no es modernizar los Colegios, es disolverlos.

Afirmación contra la que ninguna virtualidad pueden tener, las sentencias citadas y comentadas del Tribunal Constitucional por los motivos que quedaron allí apuntados.

ACOTACIONES

44. Resulta conveniente apuntar que es cierto que no en todos los Colegios o en todas las profesiones se pone de manifiesto con la misma intensidad la necesidad de ética e independencia, pero también lo es que: a) Ha quedado analizado que dentro de ellas existen unas que son paradigmáticas y que lo son, no tanto porque las primeras vengan necesitadas de ética e independencia y las demás no, sino en tanto en ellas es posible apreciarlo mientras en las demás resulta menos evidente; b) Ha quedado acreditado que la dinámica ética/independencia y el ciclo de la ética jurídica es común en todas las

actividades económicas. Y si resulta aplicable a una empresa de fabricación de automóviles, a una constructora o a un Banco, con mayor motivo lo es predicarlo de cualquiera de las profesiones, sean geólogos, APIS, o interioristas que, al final, participan de las mismas señas de identidad particular de todo el profesionalismo liberal, de ser altamente especializadas y ligadas a la delegación de necesidades personalísimas.

45. Que también es cierto que existen otras fórmulas que no son propias de la autorregulación de carácter fuerte sino débil como la inglesa o, aún más, la norteamericana. Pero también lo es que la propia del Continente europeo es así históricamente, no ha dado malos resultados a la vista del producto interior bruto que generan y las circunstancias históricas de las señaladas han sido tan especiales que se sustentan en dos revoluciones, ausentes de nuestra historia. Y, además, que en la primera citada se limita a ser de mera forma y en la segunda, la norteamericana, que es de disciplina de corte, implica una confianza en los jueces, unida a su nacimiento revolucionario, imposible de plantear en nuestro país. Por más que la propia es la que de forma más genuina y típica soluciona el síndrome de la ética y el proceso de independencia.

46. Que también es cierto que los Colegios Profesionales han incurrido históricamente en desviaciones corporativistas especialmente intensas durante el absolutismo o el franquismo. Pero no lo es menos que fueron los Estados de las épocas históricas correspondientes los que sufrieron las desviaciones de las que participaron los Colegios Profesionales con el resto de instituciones y toda la sociedad. Y que, si no somos bakuninistas con el Estado, sino que lo modernizamos en lugar de destruirlo, no parece que los Colegios hayan de pagar facturas imputables a los Estados y que estos no pagaron, desapareciendo en su lugar y por su cuenta. Por más que si aún quedan restos de corporativismo en los Colegios, ¿acaso no lo hay en las empresas, en los sindicatos y asociaciones, en la Administración Pública y en sus cuerpos de élite y, sobre todo en la judicatura?. ¿Los haremos desaparecer también con los Colegios por ello o los modernizaremos con ellos sin desnaturalizarlos?.

47. Que también es cierto que en distintas épocas han jugado papeles y han ido revestidos de circunstancias más allá de su naturaleza que, incluso, ha podido esconderla intensamente. Pero que también lo es que ello nunca ha desvirtuado cuanto ha quedado apuntado sobre su naturaleza esencial constitutiva.

VII. La modernización de los Colegios sin modificar el modelo actual y respetando su naturaleza jurídica y elementos constitutivos.-

48. Está claro y se ha venido adelantando que los Colegios Profesionales necesitan una extraordinaria modernización, no porque sean barreras a la competencia, que no es tal la causa de su atraso sino de su adelanto, sino porque mantienen elementos de tipo corporativista o circunstancial que ni corresponden a nuestra época de profundización en la democracia, ni permiten profundizar en la responsabilidad.

49. También es claro, después de lo dicho, que dicha modernización ni consiste ni resulta compatible con su desnaturalización jurídica, en tanto que ésta implica su disolución y no se puede modernizar lo que ya no existe.

50. Que en tales términos, modernizar los colegios solo puede consistir en eliminar en ellos cuantos restos quedan de corporativismo o aditamentos de circunstancia, de forma que sirvan para aquello para lo que existen y fueron creados. En especial, constituyen elementos o ejes de dicha modernización, su nueva regulación legal en coherencia y expresión de la naturaleza jurídica y elementos constitutivos que han quedado señalados, la inserción institucional equilibrada y necesaria en los órganos reguladores de la competencia, el aumento y avance en su funcionamiento democrático, el aumento de la efectividad y transparencia en el ejercicio de su competencia disciplinaria ética y la nueva regulación de su competencia de amparo de la libertad e independencia profesional.

51. Que por todo ello, los elementos esenciales de su modernización deberían ser los siguientes:

a) La reforma de la Ley de Colegios Profesionales que expresara con total y absoluta claridad su naturaleza jurídica, contractual, pública y sinalagmática y sus elementos constitutivos y fines más arriba apuntados, que los distinga expresamente de la Asociaciones y Sindicatos. Que reconozca su condición de autoridad reguladora competente de la competencia en el mercado de los servicios que presten sus profesionales colegiados y que los imbrique, garantizando su naturaleza e independencia, en el entramado institucional regulador de la competencia, sobre bases de colaboración. Deberían serlo por Ley Orgánica.

b) La pérdida de la condición de Colegios a todos aquellos que no tuvieran los elementos sustanciales expuestos o no los adquirieran en un plazo determinado desde la entrada en vigor de la nueva ley.

c) Que el criterio y motivación para la creación de un nuevo Colegio no venga referida a su justificación como barrera a la competencia bajo los criterios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión, que deben presumirse a la institución, dada su naturaleza de control ético de la competencia, sino exclusivamente bajo el criterio de que se justifique de forma suficiente la trascendencia económica del sector y que su solicitud venga respaldada por la voluntad democráticamente expresada por la profesión de someter su actividad a la prestación de responsabilidad ética y siempre que emane de un ente asociativo, que agrupe a la mayoría económica del sector profesional de que se trate.

d) Que todos sus órganos de gobierno y representación sean de elección universal a todos los niveles de su organización territorial e institucional y que vengán separadas nítidamente en sus órganos de gobierno las funciones disciplinarias y de amparo. Y, finalmente, que su máxima institución de representación y gobierno a nivel nacional tenga competencia unificadora de la regulación ética y de su interpretación.

e) Que sus Códigos éticos vengán informados por la CNC y las discrepancias entre las profesiones y la CNC, a la vista de su informe y tras el intento suficiente de allanarlas en colaboración, sean arbitradas por un órgano específico de la Administración Pública

creado al efecto en el Ministerio competente, como legislación básica sin judicializar la determinación de los criterios éticos para ejercer una profesión determinada.

f) Que su régimen disciplinario sea eficaz y transparente, con sanciones que puedan cumplirse y se regule su cumplimiento de acuerdo con su naturaleza, que su régimen de cumplimiento pueda ser forzosamente obligado y verificado de acuerdo con los criterios generales de la Ley de Procedimiento Administrativo común y sean de conocimiento público.

g) Que se otorgue a los ciudadanos y consumidores la legitimación activa para cuestionar en vía judicial los acuerdos de archivo de sus quejas en sede colegial o administrativa.

h) Que venga específicamente regulado su procedimiento para el amparo colegial de la libertad e independencia facultativa de sus colegiados y las resoluciones de sus órganos competentes sean públicas.

52. Estas propuestas u otras de la misma índole fortalecen a las instituciones colegiales y además lo hacen, no solo respetando su naturaleza jurídica y sus elementos constitutivos como modelo institucional de autorregulación, sino poniéndolos en valor y fortaleciendo igualmente su virtualidad. Todo lo contrario de lo que hace el informe discutido que las disuelve, disolviendo con ellas el modelo en lugar de modernizarlo. Modernización que tampoco alcanza con tal propósito al ejercicio y prestación de las profesiones ni a su competencia en el mercado, que debilita y deja huérfano del plus de garantías que los Colegios vienen llamados a ofrecer y ofrecen y colocando a dicho mercado al albur de escándalos y crisis que, hasta ahora y gracias a los Colegios estaban ausentes ofreciendo al mercado interior y global un sector fuerte y prestigiado que en modo alguno acredita o justifica el cataclismo regulador que nuestro informe tan frívola como gratuitamente propone.

VIII. Un breve apunte sobre la reserva de actividad como barrera a la competencia.-

No constituye ni el objeto de mi intervención ni la especialidad de mi dedicación investigadora y mejores especialistas vendrán posteriormente a exponer y justificar los elementos para su estudio y debate. Pero al hilo del informe y en lo que a aquí nos concierne en relación con la naturaleza jurídica, elementos sustanciales y fines de la institución colegial, deberé apuntar brevemente alguna reflexión al respecto de carácter general y estructural.

Es cierto que con las nuevas orientaciones pedagógicas y la nueva concepción de la Universidad y los títulos académicos, la reserva de actividad empieza a carecer de sentido, aunque lo tenía todo desde el punto de vista de la competencia, en contra de lo mantenido por el informe. Pues no parecía concebible que pudieran ofrecerse garantías de calidad y éticas a los consumidores por los profesionales dedicados a la prestación de un servicio determinado, si no venían respaldados por la obtención de una titulación académica que, al menos, acreditara de salida un determinado bagaje de conocimientos debidamente certificado.

Ahora, con la liberalización de la oferta de títulos y estudios por las universidades y con el propósito que lo justifica de insertar en el mercado a los nuevos titulados de acuerdo

con una evaluación autónoma por los centros educativos de su necesidad social y económica en el mercado, es claro que no parece posible seguir vinculando las actividades profesionales reguladas aun título determinado.

Pero tal realidad está lejos de liberalizar el acceso al mercado de los servicios como con tan extremada candidez plantea el informe discutido. Pues no va a ser la universidad, por mucho que se lo plantee o se lo planteen los autores de los nuevos planes docentes la que va a determinar las necesidades del mercado ni la que mejor detectará dichas necesidades. Pues los detectores genuinos y natos de dichas necesidades son precisamente los profesionales que cada día se dedican a sus actividades facultativas en la vida real y los que, a través de sus instituciones reguladoras de la calidad y ética de sus servicios, los que van a ir adecuando éstos a la demanda. De suerte que, al fin y a la postre, serán ellos los que irán dibujando en tiempo real la formación y los conocimientos que resultan necesarios para ejercer y prestar dichos servicios.

De modo que liberalizados los estudios y títulos, cada cual estudiará y se formará como estime conveniente, pero para acceder al mercado, deberá luego acreditar que puede hacerlo a través de una profesión determinada y que tiene conocimientos y artes adecuados y suficientes para responder a los requerimientos materiales que impone el ejercicio de dicha profesión. Acreditación que por lo expuesto va a depender de lo que la experiencia haya dictado a cada profesión que, en las profesiones colegiadas, necesariamente habrá de establecer el Colegio determinado.

Cuestión sobre la que pasa de puntillas el informe cuestionado pues resulta impensable que un ingeniero de buques pretenda dedicarse a la abogacía o un licenciado en leyes pretenda abrir una farmacia o construir una vivienda o un puente. De suerte que la tendencia será a que las profesiones irán estableciendo exámenes de ingreso a la profesión correspondiente exigiendo en ellos unos determinados conocimientos. Exámenes a los que podrá presentarse quien lo desee y con la titulación que desee pero que tendrá que aprobar. De donde se desprende que el acceso al mercado seguirá pivotando en las profesiones y no sobre la universidad.

El ejemplo más palmario de dicha tendencia lo volvemos a encontrar de nuevo en la abogacía, de cuyo examen de ingreso pronto en vigor nada dice al respecto el informe de la CNC debatido. Profesión que vuelve a ser paradigmática a efectos de la reserva de actividad. Pues resulta evidente que tal examen de ingreso no será una propia reserva de actividad, pues dejará de venir ligado el título de licenciado en derecho al ingreso en la abogacía. Pero también resulta evidente que dicho examen constituirá en la práctica una reserva impropia de actividad, pues ésta quedará reservada a quien apruebe el examen de ingreso y, o mucho cambian las cosas en la justicia o mucho enloquecen los preparadores del temario para el examen de ingreso en la abogacía o me temo que difícilmente lo aprobará quien no haya estudiado derecho. Lo que cabrá decir de la arquitectura, ingeniería etc. Y lo que no quiere decir que, en algunas o muchas profesiones, sean más variados los estudios que capaciten materialmente para ejercerlas. Realidad que en modo alguno cuestionará que tal capacitación la certificará materialmente la profesión. De modo actual o futuro mediante un examen de ingreso. Es la garantía de calidad que, cada vez con más insistencia reclamará el mercado. Es decir, toda la sociedad y los usuarios.

Contra las conclusiones anteriores se podrá ir en un informe. Incluso pudiera ser, aunque lo dudo, que las autoridades aceptaran sus propuestas. Pero no cabe olvidar que la historia de la economía, del mercado y de las profesiones, como en todo, no es lineal, sino que camina a saltos y describiendo meandros y avanza o retrocede sin cuento y sin cesar. Pero las tendencias naturales de las cosas y los fenómenos acaban imponiéndose a la larga.

Y esa tendencia aquí explicada y justificada, hará que los Colegios sobrevivan, se fortalezcan y se modernicen y nada de lo planteado en el informe en orden a su disolución prevalecerá frente a ellos. Porque la ética jurídica y la independencia profesional-empresarial, se han soldado para dar respuesta de futuro a la demanda de ética y confianza que cruza globalmente los mercados. Y, sus instituciones de garantía y control, los Colegios en las profesiones y las instituciones que acaben creando las empresas en todas las demás actividades económicas, de similares características i finalidad, se impondrán universalmente para dar respuesta cabal a tan fuerte como creciente demanda. Eso sí, cuando todo eso llegue, muy probablemente no estaremos allí para verlo, pero quede esto escrito para que la historia vea juzgue entonces a nuestros ilustrados de hoy que se entregaron a un ultraliberalismo ya periclitado. Y al menos que, entonces, peguen sus culpas por el nuevo retraso que intentaron imponer a la historia de España y que espero no consigan. Al menos ese es el deseo que late en el denodado y costoso esfuerzo, de elaborar estas reflexiones.

La ética siempre es supervivencia y modernidad. Y su falta, atraso, decadencia y destrucción. Claro está, en el mundo creado por Darwin.

Rafael del Rosal García.