

LA MODIFICACIÓ DE LA LLEI ESTATAL 2/1974, DE COL·LEGIS PROFESSIONALS, COM A CONSEQÜÈNCIA DE LA TRANSPOSICIÓ DE LA DIRECTIVA DE SERVEIS

Silvia del Saz Cordero *

Sumari

1. La modificació de la Llei de col·legis professionals com a conseqüència de la transposició al dret nacional de la Directiva de serveis
2. L'especialitat dels serveis professionals: professions regulades i col·legis professionals
3. La repercussió de la Llei 17/2009 en els col·legis professionals
4. L'adscripció forçosa als col·legis professionals i la competència estatal per determinar quan es presenta una raó d'imperiós interès públic és una mesura necessària i és proporcional
5. El tractament de la Llei 25/2009, de modificació de la Llei de col·legis professionals, de la resta de les barreres d'entrada i les restriccions a l'exercici professional
6. Les regulacions que poden incidir sobre els preus finals dels serveis professionals: honoraris i visats professionals

* Silvia del Saz Cordero, catedràtica de dret administratiu de la Universitat Nacional d'Educació a Distància, advocada, Departament de Dret Administratiu, Facultat de Dret, c/ Obispo Trejo, s/n Madrid sdelsaz@der.uned.es.
Article rebut el 19.10.2010. Avaluació cega: 18.11.2011. Data d'acceptació de la versió final: 4.02.2011.

1. La modificació de la Llei de col·legis professionals com a conseqüència de la transposició al dret nacional de la Directiva de serveis

La Llei 25/2009 suposa, a escala estatal, un pas endavant en el procés de consolidació del mercat únic de serveis que es va posar en marxa, a conseqüència de la reunió del Consell Europeu de març de 2000, amb l'anomenada Estratègia de Lisboa.

Com assenyala l'exposició de motius de la que s'ha anomenat Llei òmnibus, la Llei 25/2009, amb ella es dona per acabat el procés d'adaptació de les lleis estatals a la Directiva 2006/123/CE, relativa als serveis al mercat interior, d'ara endavant Directiva de serveis, i es complementa la Llei 17/2009 o Llei paraigua, ja que si aquesta conté els principis generals de la regulació de les activitats de serveis (regulació horitzontal), aquella adapta diferents lleis sectorials de l'Estat als principis abans esmentats i estén aquests principis fins i tot a sectors no afectats per la Directiva.¹

La finalitat de la Directiva de serveis, la redacció última de la qual ha estat fruit del llarg i ardu procés de negociació dels estats membres i del context econòmic de principi de crisi econòmica en què a la fi ha vist la llum, és eliminar els obstacles existents en les legislacions dels estats per a la llibertat d'establiment i la lliure prestació de serveis, la qual cosa, més enllà de l'eliminació de les barreres jurídiques, exigeix un procés de modernització i simplificació dels procediments administratius que inclou la incorporació de la finestreta única, la tramitació de procediments per via telemàtica, la cooperació entre les autoritats administratives dels estats membres, la informació als destinataris dels serveis així com l'establiment d'una sèrie de mesures encaminades totes elles a la protecció de l'usuari.²

És clar, encara que sigui obvi dir-ho, que amb la Llei 25/2009, dictada a punt d'expirar el termini d'adaptació que preveu l'article 44 de la Directiva de serveis,³ no s'ha esgotat l'adaptació de la normativa estatal sectorial a la Directiva de serveis ja que en alguns casos, amb la finalitat de demorar-la a un moment posterior, la llei es remet a una norma legislativa posterior o a una disposició reglamentària. És el cas, en matèria de col·legis professionals, de les professions per a les quals s'exigirà la col·legiació obligatòria, encara avui pendent de remetre's a les Corts la llei estatal que ho determini i dels visats professionals obligatoris, l'adaptació dels quals s'ha dut a terme pel RD 1000/2010, de 5 d'agost.

¹ Aquesta tècnica ha estat criticada pel Consell d'Estat en el Dictamen 779/2009, de 21 de maig, que no sols ha discutit la conveniència d'optar per una sola llei per modificar una sèrie de lleis sectorials que es podien haver modificat singularment, sinó que ha criticat l'extensió d'aquesta llei a sectors no afectats per la Directiva, la modificació dels quals hauria merescut un debat més calmat.

² La Directiva explica de manera clara el perquè d'aquesta regulació que no presenta com a nova sinó, senzillament, com a necessària. Encara que la lliure circulació dels serveis i la llibertat d'establiment són drets reconeguts pel Tractat (articles 43 i 49) d'aplicació directa pels estats membres, la Directiva reconeix la incapacitat de garantir-los a partir dels procediments d'infracció contra els estats membres. Efectivament, igual com és nombrosíssima la jurisprudència que s'ha hagut de pronunciar sobre la llibertat d'establiment i la prestació de serveis en l'àmbit comunitari, en especial pel que fa a quan es presenten les raons imperioses d'interès general que justificarien excepcions a aquests drets, és també, com assenyala Jiménez Asensio (*La incorporación de la Directiva de Servicios al derecho interno*, IVAP, 2010, p. 32), una jurisprudència excessivament casuística que els estats membres s'han resistit a incorporar a les seves legislacions. Per això ha estat necessari fer un pas més i realitzar un esforç de coordinació de les legislacions nacionals encara que el camí ja s'anuncia complicat i els resultats encara escassos.

³ S'ha de recordar que el complex procés de transposició d'aquesta Directiva, que si bé va entrar en vigor l'endemà de la seva publicació en el DOU el 27 de desembre de 2006, per la qual cosa qualsevol normativa que s'aprovés des de llavors havia de néixer ja adaptada a la Directiva, establia un termini transitori fins al 28 de desembre de 2009 per realitzar el procés d'avaluació de la normativa existent i adoptar les mesures necessàries per donar compliment al que s'hi establia, la qual cosa implicava, necessàriament, la revisió de la normativa ja existent.

En qualsevol cas, queda encara molt per fer com demostra l'Informe del Ministeri d'Economia i Hisenda de 29 d'abril de 2010 sobre transposició de la Directiva de serveis, que confessa de partida la necessitat d'adaptació, només en l'àmbit estatal, de 118 reials decrets i 21 ordres ministerials.⁴

Però encara menys ha finalitzat el procés d'adaptació del dret europeu al nostre ordenament atès el repartiment competencial en un estat complex com el nostre, on les comunitats autònomes a través de la seva competència legislativa i reglamentària, les ciutats autònomes i els municipis⁵ han de culminar el procés iniciat sense que a l'Estat li hagi quedat cap altra possibilitat, a manca d'altres eines jurídiques, que recordar amb prou feines en la Llei 17/2009 el termini màxim establert per la Directiva de serveis per a l'adaptació de les normes i anunciar que cada Administració respondrà econòmicament per la falta d'adaptació o adaptació inadequada de la Directiva en el cas que hi hagi condemna del TJCE.⁶

Entre les lleis estatals que s'han modificat per estar afectades directament per la Directiva de serveis es troba la Llei 2/1974, de col·legis professionals, ja que els serveis professionals, amb caràcter general, han quedat inclosos en la Directiva sens perjudici de l'exclusió d'alguns d'ells.

Modificada la Llei estatal de col·legis professionals, i sens perjudici de la seva aplicació directa sense necessitat del corresponent desplegament legislatiu per les comunitats autònomes (l'exigència de desplegament autonòmic de la legislació bàsica de l'Estat no és un requisit per a la seva aplicació tal com ha assenyalat en ocasions reiterades el Tribunal Constitucional), el procés d'adaptació legislativa en aquesta matèria no ha conclòs ni de bon tros.

En primer lloc perquè l'avaluació de les professions per a les quals resultarà necessària la col·legiació obligatòria, aquelles amb una incidència especial en la protecció de la salut, de la integritat física o la seguretat personal o jurídica de les persones físiques, s'ajorna durant dotze mesos, que és el termini màxim que s'atorga al govern estatal per a la remissió del projecte de llei. Mentrestant es mantindrà l'adscripció obligatòria als col·legis estatals i autonòmics que la tinguin establerta.

D'altra banda, com que totes les comunitats autònomes sense excepció han assumit competències directes o indirectes en matèria de col·legis professionals⁷ i setze d'elles han aprovat lleis reguladores de

⁴ L'Informe de 29 d'abril de 2010 del Ministeri d'Economia i Hisenda sobre la transposició de la Directiva de serveis ofereix una idea bastant exacta del que suposa l'adaptació que han fet o resta per fer a les comunitats autònomes i entitats locals (<http://www.meh.es/es-ES/Paginas/InformeTransposicionDirectivadeServicios.aspx>).

⁵ És cert que el procés d'adaptació de les ordenances municipals és bastant més limitat ja que afecta fonamentalment el règim d'autorització i els requisits d'accés i l'exercici a les activitats de serveis i al sistema de cooperació administrativa, finestra única i accés electrònic als tràmits administratius.

⁶ Així, l'apartat segon de la disposició final cinquena de la Llei 17/2009 obliga a comunicar a les comunitats autònomes, ciutats autònomes i entitats abans del 26 de desembre, és a dir, abans d'un mes des de la seva publicació en el BOE el 24 de novembre, les modificacions legislatives i reglamentàries realitzades, mentre que la disposició final quarta reconeix, sens perjudici de la responsabilitat estatal per l'adequada transposició de la Directiva, la responsabilitat econòmica de les administracions públiques que, en l'exercici de les seves competències, incompleixin el que disposa la llei o el dret comunitari afectat, preveient la compensació per a l'exigència dels deutes.

⁷ L'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006, a l'article 125, ha assumit les competències següents en matèria de col·legis professionals: (i) competència exclusiva en matèria de col·legis professionals respectant el que disposen els articles 36 i 139 CE, que inclou en tot cas la regulació de la seva organització interna i funcionament, règim econòmic pressupostari i comptable així com el règim de col·legiació i adscripció, dels drets i deures i règim disciplinari; la creació i atribució de funcions; (ii) la competència compartida sobre la definició dels col·legis professionals i sobre els requisits per a la seva creació i per ser-ne membres, (iii) la competència exclusiva dins del' que estableixen els articles 36 i 139 CE sobre les professions titulades, que inclou en tot cas la determinació dels requisits i les condicions d'exercici de les professions titulades.

col·legis, el legislador autonòmic ha de fer l'esforç d'adaptació corresponent; en el cas de Catalunya, s'ha efectuat mitjançant el Decret legislatiu 3/2010, de 5 d'octubre.⁸

Per la seva banda, no totes les lleis autonòmiques que han creat col·legis professionals una vegada ha entrat en vigor la Llei 25/2007 han optat per la col·legiació voluntària en espera que la llei estatal determini quins col·legis són d'adscripció obligatòria.⁹ Abans al contrari, moltes han creat nous col·legis forçosos encara que utilitzant una expressió s'equivoca: serà imprescindible l'adscripció al col·legi professional en els termes establerts en la normativa bàsica estatal.¹⁰

El procés d'adaptació normativa ha de ser culminat, a més, pels col·legis professionals, als quals la Directiva de serveis i, en conseqüència, la Llei 17/2009 consideren autoritats competents i als quals la llei vigent atribueix la competència normativa per a l'aprovació d'estatuts generals i particulars, reglaments de règim interior i altres normes, competència normativa que no és només el corol·lari de la seva autonomia sinó la raó mateixa de la seva existència com a entitats corporatives: la regulació de l'exercici professional i el control i la disciplina de la professió.

Per això, i perquè així ho va indicar expressament la Comissió Europea, el procés de revisió normativa afecta també les normes col·legials ja que, des del punt de vista de la competència, que ha estat l'únic i veritable motor de la Directiva de serveis, els col·legis professionals actuen com a associació d'empreses als efectes de l'article 81 del Tractat i han de respectar, a l'hora d'establir les seves normes, el principi de no restricció de la lliure competència llevat que estiguin encaminades a proporcionar garanties als usuaris del servei, siguin necessàries i no vagin més allà del necessari per garantir l'exercici correcte de la professió.¹¹

Però no s'ha de confondre la transposició del dret comunitari amb el qüestionament ja recurrent del tradicional model col·legial basat, de manera simple i planerament, en l'atribució a una corporació pública constituïda pels professionals de les funcions de regulació de la professió que, en absència de col·legis professionals, estarien atribuïdes a l'Administració pública. El debat de fons és si una organització que defensa els interessos dels col·legiats pot exercir alhora funcions públiques que els afecten directament i, encara més, si el model col·legial s'ha de mantenir encara en el cas d'adscripció voluntària.

Però això és una cosa que va molt més enllà de la transposició del dret comunitari encara que la modificació de la Llei de col·legis professionals ja hagi pres partit.

No és contrari a l'ordenament comunitari que les «associacions professionals» exerceixin funcions d'autoregulació dels serveis professionals, sinó que les exerceixin restringint indègudament la lliure competència. En paraules de la Comissió Europea, és prerrogativa dels estats membres determinar fins a quin

⁸ Les opcions per modificar les lleis de col·legis professionals que han elegit les comunitats autònomes són dues. Una primera ha estat la modificació per llei sectorial de la Llei de col·legis professionals existent, com ha estat el cas de la Llei 3/2010, de Cantàbria, de modificació de la Llei 1/2001, de col·legis professionals de Cantàbria. Altres lleis han recorregut tanmateix a lleis òmnibus per les quals es realitzen, amb major o menor encert, uns canvis mínims en les lleis de col·legis, és el cas de la Llei madrilenya 1/2010, o de la Llei Gallega del mateix número. En el cas de la modificació de la Llei de Col·legis per la Comunitat de Madrid l'adaptació realitzada no deixa de plantejar problemes amb els col·legis ja existents. En efecte, s'estableix com a principi general la col·legiació voluntària llevat que la llei de creació estableixi el contrari i limita la creació de col·legis a aquells supòsits en què hi hagi una titulació oficial i es presenti una raó d'interès general (art. 9); però salva expressament els col·legis ja creats, que eximeix de la corresponent adaptació, la qual cosa és el mateix que excloure'ls del preceptiu procediment d'avaluació.

⁹ És el cas de la Llei madrilenya 1/2010, de creació del Col·legi d'Educadors Socials.

¹⁰ La Llei 11/2010 de Castella i Lleó, de creació del Col·legi de Terapeutes Ocupacionals, diu el següent: «per a l'exercici de la professió de terapeuta ocupacional a la Comunitat de Castella i Lleó és requisit indispensable la incorporació al Col·legi Professional de Terapeutes Ocupacionals de Castella i Lleó, d'acord amb els termes previstos en la normativa bàsica estatal i en la Llei 8/1997, de 8 de juliol, de col·legis professionals de Castella i Lleó». Termes similars utilitza la Llei 3/2010 de creació del Col·legi d'Higienistes Dentals d'Extremadura i aquest article ha estat suspès de vigència i aplicació des de la interposició del recurs d'inconstitucionalitat davant el Tribunal Constitucional.

¹¹ *Vid.*, p. ex., la Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees de 19 de febrer de 2002 (*JCJ Wouters, JW Savelsbergh Price Waterhouse vs Aegemene Raad van Nederlandse Orde van Advocaten*, on aquesta última és una corporació de dret públic).

punt volen regular les professions directament mitjançant regulació estatal, o deixar-lo a l'autoregulació dels organismes professionals.¹²

Admesa, doncs, pel dret europeu l'existència, en determinades condicions, de col·legis professionals amb competències d'autoregulació, l'autonomia menor o major amb què aquests l'exerceixin, sempre dins dels límits abans esmentats, escapa al dret comunitari, és una decisió del legislador nacional.

No s'ha de confondre, doncs, l'adaptació dels serveis professionals al dret comunitari que pot justificar, per exemple, la creació de reserves de llei per regular un aspecte concret de la normativa de regulació de la professió, amb la revisió del model col·legial, encara que aquest hagi estat el plantejament de la Comissió Nacional de la Competència en diagnosticar, com un dels principals problemes de l'adaptació dels serveis professionals a la competència, el poder d'autoregulació que la normativa vigent atorga als col·legis professionals i postula la substitució de l'autoregulació per una major intervenció de l'Administració en la regulació dels serveis professionals a través del que anomena coregulació o fins i tot mitjançant l'atribució de la competència reguladora a l'Administració, cosa que significaria un canvi total i absolut de model.¹³

Aquest, sens dubte, és un altre debat que solament es pot plantejar en el marc del reconeixement constitucional dels col·legis professionals i de la coherència del model, amb prou calma i assossec repòs, i no en el si d'aquest procediment ràpid i abrupte, mancat d'una reflexió de fons, de transposició de la Directiva de serveis al qual s'ha vist obligat el legislador estatal per, com sol ser per desgràcia ja habitual, començar massa tard els seus deures.

2. L'especialitat dels serveis professionals: professions regulades i col·legis professionals

Si en general, com ja va assenyalar la Comissió de la Unió Europea en l'informe de juliol de 2002,¹⁴ els serveis han ofert una resistència especial a l'eliminació de fronteres i a l'obertura a la lliure competència a causa de l'excés de regulació que els estats membres han justificat per la relació existent entre la prestació i els coneixements dels prestadors, els anomenats serveis professionals, els quals ocupen aproximadament un terç de les persones empleades,¹⁵ no han estat una excepció.

Per a aquest tipus de serveis relacionats amb l'exigència d'una determinada formació o qualificació professional, la regulació ha estat especialment intensa tant pel que fa als requisits d'accés com, posteriorment, a l'exercici de la professió i segurament, segons la meva opinió, no tant per eliminar la competència de professionals d'altres estats membres, sinó per conquerir un terreny davant altres professionals o, senzillament, per evitar l'aplicació dràstica de les regles de la competència.

En la Comunicació de 9 de febrer de 2004 sobre competència en els serveis professionals i, posteriorment, en la Comunicació de 5 de setembre de 2005, de seguiment de l'informe sobre competència en els

¹² Comunicació de la Comissió de 9 de setembre de 2005 de seguiment de l'informe sobre la competència en els serveis professionals.

¹³ L'informe assenyala que la Llei de col·legis professionals ha atorgat un marge escàs de maniobra a l'Administració quedant a les mans dels col·legis l'ordenació de l'exercici de la professió. El principal problema referent a la regulació de l'exercici professional és que la legislació vigent atorga el poder d'autoregulació a unes institucions que, a més, defensen els interessos de seus col·legiats, cosa que ha donat lloc a l'aparició de normes internes i conductes col·legials que han perjudicat la competència entre els mateixos professionals de cada col·legi: «part de l'origen del problema es pot trobar en la definició de les finalitats dels col·legis, en estar combinant interessos merament corporatius, de defensa dels professionals, amb les finalitats orientades a la protecció dels consumidors, que són per als quals realment l'Administració delega en els col·legis poders públics» Per això postula la substitució de l'autoregulació per la regulació general o coregulació que no restringeixi de manera innecessària la lliure competència llevat que això sigui motivat per raons d'interès general.

¹⁴ Informe de la Comissió al Consell i Parlament Europeu de 30 de juliol de 2002 (COM [2002] 441 final) sobre l'estat del mercat interior de serveis en el marc de la primera fase de l'estratègia per al mercat interior de serveis.

¹⁵ Són dades de l'Informe de la Comissió sobre la competència en els serveis professionals de 9 de febrer de 2004 (COM [2004] 83 final).

serveis professionals,¹⁶ la Comissió ja va posar de manifest la lentitud exasperant del procés de revisió de la normativa reguladora dels serveis professionals atribuïnt-ho en part al pes de la tradició i, en part, al fet que les professions no l'haguessin promogut activament, la qual cosa s'explicaria, continuava la Comissió, pel control especialment feble dels estats sobre les professions i el fenomen econòmic de «la captura del regulador» especialment freqüent en els casos d'autoregulació. Potser la Comissió no estigui mancada de raó.

Calia, segons l'opinió de la Comissió, eliminar no solament les barreres jurídiques amb què els estats membres dificultaven el lliure establiment i la prestació de serveis pels nacionals membres d'altres estats comunitaris, sinó també revisar aquelles regulacions que, com que afecten per igual els nacionals de l'Estat d'establiment on es presta el servei i els nacionals d'altres estats, prohibeixen, obstaculitzen o fan menys interessants les activitats per a un prestador establert en un altre estat membre en el qual es presten serveis similars, o bé obstaculitzen d'una altra manera les activitats de prestador establert en un altre estat membre en el qual presta serveis anàlegs.¹⁷

Així, la Comissió va identificar les cinc categories de restriccions existents en el sector de serveis professionals: (i) fixació de preus; (ii) preus recomanats; (iii) restriccions publicitàries; (iv) restriccions a l'accés i exercici d'activitats reservades, i (v) regulació de l'estructura empresarial, que havien de ser eliminades o bé sotmeses al corresponent test de la raó d'interès públic, necessitat i proporcionalitat.

Són tres les raons d'interès públic que, d'acord amb l'Informe sobre competència en els serveis professionals, podrien justificar l'existència d'una regulació específica per a les professions titulades.¹⁸ En primer lloc, la asimetria de la informació entre clients i prestadors dels serveis que impediria als consumidors apreciar i seleccionar per raons de qualitat i preu uns serveis per als quals es requereixen uns elevats coneixements de què mancarien els consumidors finals. Per això seria justificable una regulació que tendeixi a garantir uns determinats nivells de qualitat i l'establiment d'uns certs límits a la publicitat i a les comunicacions comercials. Tot i així, la Comissió entén que aquesta asimetria es produeix entre els prestadors de serveis i els consumidors ocasionals, clients i llars particulars, però no així quan els consumidors són grans empreses o administracions públiques que estan millor preparades per elegir els seus proveïdors d'acord amb raons de qualitat i preu.

En segon lloc, les repercussions que la prestació té no solament per als compradors del servei, sinó per a tercers que hi són aliens, el que s'anomenen les externalitats. Finalment la Comissió té en compte la consideració que determinats serveis professionals produeixen béns públics valuosos per a la societat, per la qual cosa s'ha de garantir una prestació suficient i adequada, no sense matisar que també es podria garantir en determinats casos no amb la regulació de l'exercici sinó amb la imposició de determinades obligacions de servei públic.

A partir d'aquestes premisses la Directiva de serveis inclou en el seu àmbit d'aplicació els serveis que es realitzen mitjançant contraprestació econòmica, és aquesta la seva característica definitòria, prenent el concepte de serveis com a una categoria residual o concepte resta, tal com preveu l'article 50 de Tractat. Entre aquests serveis queden inclosos els serveis professionals, alguns dels quals cita a tall d'exemple: assessorament jurídic i fiscal, serveis relacionats amb els immobles, com els que presten les agències immobiliàries, o amb la construcció, com els serveis d'arquitectes (considerant 33).

¹⁶ Seguiment de l'Informe sobre la competència en els serveis professionals de 5 de setembre de 2005 (COM [2005] 405 final).

¹⁷ Aquesta és una jurisprudència ja reiterada del Tribunal de Justícia, entre d'altres, STJCE de 25 de juny de 1991 (*Sager*, C-76/90); 9 d'agost de 1994 (*Vander Elst*, C-43/93); 28 de març de 1996 (*Guiot*, C 272/94); 18 de juny de 1998 (*Corsica Feries France*, C-266/96); 23 de novembre de 1999 (*Arblade i altres*, C-369/96 i 376/96), 20 de febrer 2001 (*Timmermans*, C-205/99), 26 de gener de 2006 (C-514/03).

¹⁸ Informe de la Comissió sobre la competència en els serveis professionals.

Alguns serveis professionals estan expressament exclosos, com és el cas dels serveis sanitaris i farmacèutics,¹⁹ o els serveis de notaris i agents oficials designats mitjançant un acte oficial de l'Administració. La Llei 17/2009 estén aquesta exclusió a les activitats que suposin l'exercici d'autoritat incloent-hi els registradors de la propietat i mercantils.

S'ha de tenir en compte, però, que la Directiva de serveis i, en conseqüència, la Llei 17/2009 admeten d'antuvi la més important de les restriccions d'entrada a l'exercici professional, la reserva de determinades activitats professionals als qui tenen una determinada titulació oficial ja que, tal com assenyala la Directiva en el considerant 88, la disposició sobre lliure prestació de serveis no s'ha d'aplicar quan els estats membres exigeixen una determinada qualificació professional per a l'exercici d'una activitat.

I és que, des d'un principi, la regulació comunitària ha admès, com a excepció o restricció a la lliure prestació de serveis i a la llibertat d'establiment, que els estats membres reservin l'exercici de determinades activitats als qui estan en possessió d'una determinada titulació. Es tracta de les denominades professions regulades, que es defineixen com l'activitat o conjunt d'activitats professionals en què l'accés, l'exercici o una de les modalitats d'exercici estan subordinats de manera directa o indirecta, en virtut de les disposicions legals, reglamentàries o administratives, a la possessió de determinades qualificacions professionals.²⁰

Els esforços a favor del mercat interior únic de serveis no han anat dirigits com a objectiu en el cas de les professions regulades, almenys al principi, a eliminar la reserva d'activitat, sinó a eliminar les barreres per a l'establiment i lliure prestació de serveis en un estat membre dels professionals habilitats per a l'exercici d'aquesta mateixa professió en un altre estat, que s'ha fet a través de la regulació comunitària del reconeixement de qualificacions professionals, la qual ha quedat salvada plenament en la Directiva de serveis, per molt que aquesta es refereixi a la conformitat necessària d'aquestes reserves amb el dret comunitari i la Comissió hagi plantejat fins i tot la necessitat de reduir les tasques reservades a les diferents professions en funció de la complexitat dels serveis prestats i que podria arribar fins i tot a la seva supressió quan existeixin mecanismes menys restrictius per garantir la qualitat.²¹

En altres paraules, les reserves d'activitat que estableix cada un dels estats membres, al marge de la regulació harmonitzada de determinades activitats professionals, no es posen en qüestió per la Directiva encara

¹⁹ S'han exclòs de la Directiva els serveis farmacèutics, un dels serveis professionals més regulats ja que amb caràcter general, i així succeeix en la normativa de les nostres comunitats autònomes, s'imposen restriccions al lliure establiment en funció de la població i les distàncies, en què la compatibilitat amb la normativa comunitària haurà de ser analitzada cas per cas. Recentment la Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees d'1 de juny de 2010 ha resolt la qüestió prejudicial plantejada pel Tribunal Superior de Justícia d'Astúries sobre la compatibilitat del Decret 72/2001 amb el dret al lliure establiment, declarant la compatibilitat dels mòduls de població i distàncies mínimes imposades per haver superat el test de (i) aplicació no discriminatòria per raó de la nacionalitat, (ii) l'existència d'un interès general consistent en la garantia de la seguretat i qualitat del proveïment de medicaments, (iii) l'adequació de les restriccions a l'objectiu perseguit i (iv) que les restriccions no han anat més enllà del necessari per assolir l'objectiu esmentat. Però ha considerat contrari al dret esmentat la preferència a l'hora d'atorgar les farmàcies al criteri de l'exercici professional a la mateixa Comunitat.

²⁰ Art. 3.1.a de la Directiva 2005/36/CE, article 3 de la Llei 17/2009 i art. 3 del RD 1837/2008, de 8 de novembre, pel qual s'incorporen a l'ordenament jurídic espanyol la Directiva 2005/36/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 7 de setembre de 2005, i la Directiva 2006/100/CE, del Consell, de 20 de novembre de 2006, relatives al reconeixement de qualificacions professionals, així com a determinats aspectes de l'exercici de la professió d'advocat.

²¹ «En segon lloc —assenyala la Comissió en l'informe sobre competència en els serveis professionals—, potser seria possible reduir les tasques reservades a les diferents professions. En certes circumstàncies, les professions altament qualificades tenen, a més de les seves activitats principals, una sèrie de drets reservats que els permeten oferir altres serveis menys complexos. En alguns estats membres, per exemple, els advocats o els notaris tenen un dret exclusiu per redactar actes de transferència de la propietat immobiliària i d'autenticació de documents, així com un dret exclusiu a prestar serveis d'assessoria jurídica. En aquests casos, un grup més ampli de prestadors de serveis podria estar habilitat per exercir tasques menys complexes».

que no quedin exceptuades del principi de lliure competència i puguin ser objecte d'examen, cas per cas, en els corresponents procediments d'infracció del dret comunitari.²²

A falta de regulació harmonitzada de l'exercici d'una determinada activitat professional titulada, els estats membres són competents per establir reserves d'activitat encara que aquestes s'hagin de justificar en funció de l'aplicació de quatre requisits: que s'apliquin de manera no discriminatòria, que estiguin justificats per raons imperioses d'interès general, que siguin adequades per a la realització de l'objectiu que persegueixen i no vagin mes allà del necessari per assolir l'objectiu esmentat.²³

El resultat final ha estat que l'article 3.1 de la Directiva de serveis estableix el principi de primacia de la Directiva 2005/36/CE, sobre reconeixement de qualificacions professionals, mentre que els requisits exigits, és a dir, l'exigència d'estar en possessió d'una determinada titulació o qualificació professional per poder exercir una activitat professional queda exclosa d'haver de passar, per al seu manteniment o nova imposició, tant en el cas d'establiment com de la prestació de serveis, per l'avaluació corresponent d'acord amb els criteris de no discriminació, necessitat i proporcionalitat (articles 11.1.d i 13.c de la Llei 17/2009).²⁴

En definitiva, la directiva de serveis no qüestiona l'exigència d'estar en possessió d'una determinada qualificació professional o qualificació que no necessàriament ve determinada per haver cursat una formació universitària que condueix a l'exercici d'aquesta professió, la qual cosa a l'article 8 del RD 1837/2008 es denomina formació regulada, sinó que pot procedir d'un títol de formació no universitària o fins i tot d'un títol administratiu l'obtenció del qual no estigui relacionada directament amb la formació exigida al prestador del servei.²⁵

Ara bé, en aquelles activitats professionals no harmonitzades, el dret comunitari no és indiferent encara que, en honor a la veritat, la Directiva ha permès un cert relaxament: si els interessats o la Comissió, o els mateixos col·legis professionals a través del sistema sancionador, no plantegen problemes, si no s'inicien procediments d'infracció del dret comunitari, deixem-ho estar.

El concepte de professions regulades de la normativa comunitària —i ara també espanyola— és més ampli que les professions titulades que, tal com ha afirmat el Tribunal Constitucional, requereixen estar en possessió d'una titulació acadèmica oficial. Les professions titulades de l'article 36 la CE no tenen res a veure amb les professions l'exercici de les quals se sotmet a l'obtenció prèvia d'una autorització o llicència administrativa o a la superació de determinades proves d'aptitud: l'exigència d'aquests requisits, autoritzacions o habilitacions o proves de cap manera és equiparable a la creació o regulació dels títols professionals als quals es refereix l'article 149.1.30 la CE ni guarda relació amb la competència que aquest precepte constitucional reserva a l'Estat, ja que la subjecció a determinades condicions o requisits per poder exercir una determinada activitat laboral o professional és una cosa ben diferent i allunyada de la creació d'una professió titulada l'exercici de la

²² L'Informe del llavors Tribunal de Defensa de la Competència de 1992 ja establí un objectiu clar: eliminar aquelles reserves d'activitat que no tenen relació amb les titulacions exigides, per a la qual cosa posava l'exemple dels agents de la propietat immobiliària i els agents de la propietat industrial.

²³ *Vid.*, per exemple, la STJCE d'1 de febrer de 2001 (C-108-96), en la qual s'analitza la compatibilitat amb el dret comunitari d'una regulació nacional que reserva als oftalmòlegs el dret a efectuar un examen de la vista dels pacients amb instruments sofisticats, o la STJCE d'11 de juny de 2002 (C-294/00), que reserva l'exercici d'activitats mèdiques als metges titulats inclosa l'activitat de curander o que no està reservada en altres estats membres.

²⁴ El reconeixement de qualificacions professionals que ara es recull en la Directiva 2005/36/CE, que refon la majoria de les directives aprovades en aquesta matèria, gira sobre dos sistemes diferenciats. En primer lloc, un sistema de reconeixement automàtic basat en l'harmonització prèvia dels coneixements exigits que afecta determinades activitats professionals especialment sensibles (directives sectorials). En segon lloc, un sistema de reconeixement de qualificacions professionals sense l'harmonització prèvia dels coneixements exigits que permet, quan la formació professional és inferior a l'exigida per a l'exercici professional en l'Estat d'establiment, imposar l'exigència d'altres requisits o mesures compensatòries (període de pràctica professional o examen d'aptitud).

²⁵ La relació de professions regulades es troba recollida a l'annex VIII del RD 1837/2008, dins el quadre d'autoritats competents.

qual està condicionat a la possessió d'uns títols acadèmics concrets o, el que és el mateix, la possessió d'estudis superiors ratificats pel corresponent certificat, diploma o llicència (STC 42/1986).

L'Informe de la Comissió Nacional de la Competència de 2008 en què s'ha basat la modificació de la Llei de col·legis professionals va, però, més enllà ja que postula la necessitat de revisar les reserves d'activitat, en definitiva, la revisió de les professions regulades, perquè entén que afecten el dret a la lliure elecció de professió reconegut a l'article 35.1 de la CE i la seva repercussió negativa sobre la lliure competència, cosa que, d'altra banda, no és una qüestió nova.

Segons la Comissió de Defensa de la Competència, recordant els principis de bona regulació a què es refereix l'OCDE en l'informe de 2000 «Competència en els serveis professionals», no s'haurien d'atorgar drets exclusius als professionals en cas que hi hagi altres mecanismes menys restrictius que puguin solucionar els errors del mercat. I com a fruit d'aquest plantejament restrictiu de la reserva d'activitat que està vinculada, segons la Comissió, a la limitació d'un dret reconegut constitucionalment, aquesta considera que només s'han de mantenir les reserves d'activitat quan els coneixements especialitzats exigits són imprescindibles per prestar el servei i estan en relació directa amb l'activitat que s'ha d'exercir. Per això proposa que les reserves d'activitat quedin limitades a aquells casos en què es justifiqui l'existència d'un motiu d'interès general i la proporcionalitat de la regulació.

Encara que s'ha de rebutjar aquesta pretesa vinculació entre la limitació de la reserva d'activitat i la lliure elecció de professió i fins i tot del dret a la llibertat d'empresa, ja que com va assenyalar des de molt aviat el Tribunal Constitucional en la Sentència 83/1984, la regulació de les professions titulades no afecta els drets consagrats als articles 35.1 i 38 CE ja que el primer no consagra el dret a desenvolupar qualsevol activitat, sinó el d'elegir lliurement la professió o ofici, mentre que l'article 38 la CE no reconeix el dret a escometre qualsevol empresa sinó solament el d'iniciar i mantenir en llibertat l'activitat empresarial l'exercici de la qual està disciplinat per normes d'ordre molt divers, el cert és que com qualsevol altra regulació que afecta el principi general de llibertat de l'article 1.1 CE ha de ser administrada amb una certa cautela: ha d'estar degudament justificada per raons d'interès general en funció de la relació existent entre els coneixements de la titulació exigida i l'especialitat de l'activitat per realitzar.

Però, de moment, això ha quedat exclòs de la Directiva de serveis sens perjudici que, com es va anticipar, l'aplicació directa dels drets de lliure establiment i lliure prestació de serveis permetin qüestionar en cada cas l'abast d'aquesta reserva que, d'altra banda, al nostre Estat han establert normes variades i especialment disseminades.

L'Informe de la Comissió va fins i tot més enllà perquè planteja la revisió del model tradicional de professions titulades ja que, tot i que hi pugui haver casos en què una determinada professió hagi de quedar reservada realment als posseïdors d'una única titulació, la regla general, segons el criteri de la Comissió, ha de ser l'eliminació de la reserva d'activitat associada a un títol concret i substituir-la per una regulació de l'activitat professional que pot ser exercida per més d'una titulació.

No s'ha de confondre, en qualsevol cas, la barrera d'entrada a l'exercici professional que implica la reserva d'activitat de les professions regulades amb l'adscripció obligatòria a un col·legi professional. Hi ha una íntima relació entre professió regulada i col·legis professionals, ja que només és concebible l'existència d'un col·legi professional quan existeix una reserva d'activitat, però ni totes les professions titulades han de ser necessàriament professions col·legiades, ni el títol competencial que empara la creació de professions titulades, l'article 149.1.30 CE en relació el amb 36 CE, és el mateix que empara la regulació estatal de l'organització col·legial.

3. La repercussió de la Llei 17/2009 en els col·legis professionals

Tant la Directiva de serveis com la Llei 17/2009 inclouen una sèrie de previsions que afecten directament o indirectament els col·legis professionals, el model d'adscripció obligatòria, les seves competències i la manera d'exercir-les.

Com se sap, tant la Directiva de serveis com, lògicament, la Llei 17/2009, que pràcticament s'ha limitat a reproduir-la amb alguns matisos, regulen separadament la llibertat d'establiment dels prestadors i la lliure prestació de serveis.

La llibertat d'establiment²⁶ es planteja a partir del principi general de llibertat i de l'excepcionalitat de les restriccions que pot imposar la normativa de les autoritats competents: (i) l'excepcionalitat del règim d'autorització prèvia i la seva substitució per la comunicació o declaració responsable i (ii) la prohibició d'imposar determinats requisits d'accés de la llista denominada negra i sotmetre la resta a un procés d'avaluació conforme als principis de no discriminació, necessitat i proporcionalitat.

El mateix principi general de llibertat predomina en la prestació de serveis amb prohibició de determinades restriccions i permissió, si bé amb caràcter excepcional, de determinats requisits per a l'accés dels prestadors a una activitat de serveis o el seu exercici temporal al territori espanyol quan estiguin justificats per motius d'ordre públic, seguretat i salut pública, o bé protecció del medi ambient, tinguin caràcter no discriminatori i siguin proporcionats.

En aquest context, l'exigència de col·legiació forçosa constitueix una restricció a l'exercici professional més enllà de l'exigència d'una determinada qualificació professional, en què la col·legiació és una autorització o acte exprés de l'autoritat competent, en aquest cas dels col·legis professionals, que condiciona la llibertat d'establiment tant dels professionals d'altres estats membres com per als professionals nacionals. No passa el mateix en el cas de la prestació de serveis, per a la qual es prohibeix expressament l'exigència d'adscripció forçosa a col·legis o associacions professionals espanyols.

També es veu afectat el que la llei denomina «règim d'autorització»,²⁷ ja que els requisits imposats per la normativa col·legial per a la col·legiació —la llei de col·legis professionals es limita a referir-se a la titulació exigida— estan afectats directament per la llista denominada negra, així com l'excepcionalitat dels requisits de la llista grisa, que només es podran exigir quan superin el triple test de no discriminació, raó imperiosa d'interès general i proporcionalitat.

En l'informe de juny de 1992, el Tribunal de Defensa de la Competència ja posava de manifest que els col·legis professionals no establien restriccions notables a la col·legiació, almenys per als nacionals, ja que pràcticament tot aquell que tingués el títol corresponent podia ingressar en el col·legi i per això recomanava que, mentre es mantingués la col·legiació obligatòria, no s'havia d'avançar en la imposició de nous requisits.

Llavors sí que existien càrregues afegides a la col·legiació, com ara l'obligació de contractar assegurances professionals o l'ingrés a una mutualitat de previsió, que es va suprimir el 1997 amb la reforma de la Llei de col·legis professionals.²⁸

En qualsevol cas, l'article 10.f de la Llei 17/2009 atorga cobertura a la intervenció dels col·legis professionals en l'autorització que suposa la col·legiació. Els col·legis professionals no són «competidors», sinó autoritat competent, per la qual cosa queda salvada la seva competència per autoritzar la col·legiació, un

²⁶ A l'efecte de la distinció entre la llibertat d'establiment i un prestador de serveis transfronterer subjecte a l'article 49. *Vid.*, entre d'altres, les STJCE 30 de novembre de 1995, *Gebhard* (C-55/94) i 11 de desembre de 2003, *Schenitzer* (C-215/01).

²⁷ L'article 3 de la Llei defineix el règim d'autorització com qualsevol sistema previst en l'ordenament jurídic o en les normes dels col·legis professionals —com si aquestes no formessin part de l'ordenament jurídic— que contingui el procediment, els requisits i les autoritzacions necessaris per a l'accés o exercici d'una determinada professió.

²⁸ RD llei 5/1996 i Llei 7/1997.

tractament totalment diferent del que s'atorga a les cambres de comerç, també corporacions de dret públic, ja que si bé permet encomanar als primers l'atorgament de les autoritzacions, es prohibeix a les cambres de comerç.

Tanmateix, com que el precepte citat es limita a prohibir la intervenció directa o indirecta de competidors en la concessió d'autoritzacions o en l'adopció de decisions d'altres autoritats competents relatives a l'establiment «sens perjudici de l'actuació de col·legis professionals, i consells generals i autonòmics de col·legis professionals», no exclou que, en el futur, encara que no sigui el plantejament actual, siguin els col·legis professionals els que tinguin la clau de l'accés a l'exercici de la professió mitjançant la realització d'exàmens o proves que, *de facto*, poden comportar una nova restricció al lliure establiment per als serveis professionals.

A més de la incidència de la Directiva de serveis en les anomenades barreres d'entrada, aquesta i la Llei 17/2009 projecten els seus efectes en la regulació de l'exercici professional ja que l'excepcionalitat del règim d'autorització, la prohibició de determinats requisits que puguin ser contraris al principi de llibertat i la permissió dels pertanyents a la llista grisa —que hauran de ser objecte del corresponent test de compatibilitat— s'aplica també quan està afectat no solament l'accés, sinó també l'exercici de l'activitat professional.

En altres paraules, qualsevol regulació de l'activitat professional haurà de justificar el compliment de la normativa comunitària, encara que la Llei fa referència expressament a tres regulacions: assegurances professionals, publicitat dels serveis i les activitats denominades multidisciplinàries, i no precisament per excloure-les de la Directiva, sinó per establir-hi unes regles especials.

Quant a les assegurances de responsabilitat civil que inicialment obligaven a subscriure els col·legis com a càrrega de col·legiació fins a la modificació de la Llei de col·legis el 1997 i que, posteriorment, en molts d'ells s'han ofert als col·legiats de manera gratuïta com a prestació assistencial, l'article 21 de la Llei 17/2009 estableix una reserva de llei que només pot estar justificada en dos supòsits: (i) risc directe i concret per a la salut o per a la seguretat del destinatari o un tercer o (ii) seguretat financera. L'exigència de l'assegurança professional no pot, en conseqüència, ser imposada pel col·legi professional, sinó per una llei.

Les restriccions publicitàries havien estat objecte d'una referència especial per la Comissió Europea en l'informe sobre els serveis professionals en entendre que redueixen la competència i augmenten els costos derivats de la necessitat d'obtenir informació sobre els productes, produint un efecte immediat d'increment sobre els preus dels serveis professionals sense que això repercuteixi en una major qualitat de la prestació. Per això entén la Comissió que la finalitat de protegir els usuaris als qui resulta difícil avaluar la informació sobre serveis professionals donada la seva especial complexitat, es compleix millor amb una informació honesta i objectiva que amb l'establiment de limitacions. Tot i això, la Directiva de Serveis no ha eliminat completament les restriccions a la publicitat. Es garanteix la llibertat de les comunicacions comercials i s'eliminen les prohibicions totals, però es permeten, amb caràcter excepcional, determinades limitacions sempre justificades pel triple requisit de (i) raó imperiosa d'interès general, (ii) no discriminació i (iii) proporcionalitat. D'altra banda, s'elimina la possibilitat de regulació pels col·legis de la incompatibilitat entre diferents activitats, que queda reservada a la Llei. Efectivament, només la llei pot exceptuar el principi de llibertat que prohibeix obligar a l'exercici d'una única activitat de manera exclusiva ja sigui de manera individual o en associació, sempre que es tracti de garantir l'exercici professional independent i imparcial o de prevenir conflictes d'interessos i sigui necessari per garantir requisits deontològics diferents i incompatibles sempre que satisfacin el triple test.²⁹

²⁹ La Sentència de 19 de febrer de 2002 (C-309/99) analitza una norma imposada pel Consell General d'Advocats dels Països Baixos per la qual es declara la prohibició d'associació professional d'advocats i auditors de comptes. Sobre la base que els advocats tenen en aquell Estat una situació d'independència davant els poders públics i altres operadors i tercers de la qual manquen els auditors de comptes, els quals no estan subjectes a exigències deontològiques comparables, s'entén que la normativa d'incompatibilitat té com a objectiu garantir el respecte als principis deontològics de l'advocacia que hi són aplicables, per la qual cosa la incompatibilitat estaria justificada per ser necessària a fi de garantir el bon exercici de l'advocacia tal com és organitzada a l'Estat membre de què es tracta. A més, continua la sentència, el fet que les normes aplicables siguin diferents en un altre estat membre no significa que les normes vigents en el primer estat

Els col·legis professionals, com a autoritats competents, també es veuen afectats per les regles relatives a la simplificació de procediments pel que fa a les condicions o característiques de la documentació procedent d'altres estats membres, la tramitació electrònica i la finestra única i, en més o menys grau, per les normes destinades a garantir la qualitat dels serveis.³⁰

El paper determinant que s'atribueix a les associacions de consumidors per dur a terme a escala comunitària una avaluació independent de la qualitat dels serveis que pugui ser difosa entre els consumidors per ajudar a la selecció del prestador requereix la col·laboració d'aquestes amb els col·legis professionals i els consells generals i autonòmics. Els col·legis també són cridats a participar en l'elaboració a escala comunitària de codis de conducta per tal de facilitar la lliure prestació de serveis i el lliure establiment respectant plenament les normes de defensa de la competència.

4. L'adscripció forçosa als col·legis professionals i la competència estatal per determinar quan es presenta una raó d'imperiós interès públic és una mesura necessària i és proporcional

D'acord amb la Llei 2/1974, s'entenia que l'adscripció als col·legis professionals havia de ser obligatòria: «és un requisit indispensable per a l'exercici de les professions col·legiades la incorporació al col·legi en l'àmbit territorial del qual es pretén exercir la professió», deia inicialment l'article 3, i posteriorment el va ratificar la Llei 7/1997, que va donar una nova redacció a l'article esmentat: «és requisit indispensable per a l'exercici de les professions col·legiades trobar-se incorporat al col·legi corresponent. Quan una professió s'organitzi per col·legis territorials, n'hi haurà prou amb la incorporació a un sol d'ells, que serà el del domicili professional únic o principal, per exercir a tot el territori de l'Estat»; s'indicava, a més, que aquesta determinació formava part de la competència estatal de l'article 149.1.18 CE (DF 2a)

Fins ara, aquesta previsió havia passat la prova de foc de constitucionalitat de la competència estatal ja que, des de la Sentència 20/1988, el Tribunal Constitucional va entendre que, encara que l'article 36 CE no era un títol atributiu de competències, la configuració dels col·legis professionals com a corporacions de dret públic justificava la seva competència per establir les bases sobre règim jurídic de les administracions públiques, cosa que legitimava l'Estat per establir la normativa bàsica encara que només en allò que tenia relació amb l'atribució de personalitat jurídic pública, és a dir, les competències públiques que tenien encomanades i també, tot i que no expressament, l'adscripció forçosa.

I tanmateix, encara que la col·legiació forçosa ha estat l'opció elegida legalment, no ha estat l'única en la pràctica. A banda d'alguns col·legis d'àmbit estatal per als quals es preveu l'adscripció voluntària, anteriors i posteriors a la Llei de col·legis, també hi ha col·legis autonòmics voluntaris.

En això ha tingut molt a veure, sens dubte, el fet que el Tribunal Constitucional s'hagi resistit a considerar que la col·legiació obligatòria formava part de la garantia constitucional dels col·legis professionals, com també la reserva de llei per a la creació de col·legis professionals i aquesta concepció segons la qual, com

siguin incompatibles amb el dret comunitari. Per això no es pot afirmar que els efectes restrictius de la competència com els que s'imposen als advocats que exerceixen als Països Baixos mitjançant un reglament vagin més allà del necessari per garantir el bon exercici de l'advocacia.

³⁰ La Llei 25/2009, en regular la finestra única, la imposa a totes les organitzacions col·legials, és a dir, consells generals i autonòmics, col·legis nacionals i col·legis territorials, i estableix la gratuïtat dels serveis que es prestin a través d'ella per via telemàtica: obtenció de formularis i informació; tramitació d'altres i baixes; presentació de documentació; convocar els col·legiats per participar en els òrgans representatius; accés al registre de col·legiats i al registre de societats professionals; vies de reclamació i recursos; contingut dels codis deontològics.

que les lleis estatals de creació de col·legis professionals poden ignorar la legislació bàsica estatal, l'Estat no es troba capacitada per imposar-la a les lleis autonòmiques.

En efecte, el Tribunal Constitucional ha negat l'existència d'un model de col·legi professional a la Constitució més enllà de l'exigència d'una estructura i funcionament democràtics, per la qual cosa el legislador pot decidir si (i) configurar-los com a corporacions de dret públic, cosa que justificaria la competència estatal per regular-ne aquells aspectes que afecten la seva naturalesa jurídicopública, (ii) convertir-los en associacions privades, (iii) modificar els elements del seu règim jurídic tradicional incrementant les funcions públiques que tenen atribuïdes o, al contrari, rebaixar-les, o (iv) fins i tot establir diferents models de col·legis professionals regulant en una disposició específica algunes normes singulars d'un o d'alguns col·legis professionals concrets.³¹

Paradoxalment, aquesta llibertat del legislador per configurar els col·legis professionals no es tradueix en una llibertat similar a l'hora de crear col·legis professionals ja que la creació d'un col·legi concret, segons el Tribunal Constitucional, només estarà justificada quan sigui determinada per la necessitat de servir un interès públic.

La falta de model constitucional de col·legis professionals afecta també el règim d'adscripció, ja que l'article 36 CE permet la col·legiació obligatòria —no vulnera el dret fonamental d'associació (STC 89/1989) quan l'exigeixen les finalitats públiques i la configuració dels col·legis— però no la imposa, i per això la col·legiació voluntària és una elecció vàlida des del punt de vista constitucional.

És més, en la mesura que l'article 36 la CE no imposa la col·legiació forçosa, aquesta només estarà justificada quan les funcions públiques que tinguin atribuïdes siguin prou rellevants com perquè no puguin ser complertes o bé sigui molt difícil complir-les mitjançant altres fórmules menys restrictives dels drets dels particulars.³²

En definitiva, en la jurisprudència constitucional es troba l'embrió del model que ara segueix la Llei 25/2009, de modificació de la Llei de col·legis professionals: la creació d'un col·legi professional com a corporació de dret públic només estarà justificada per l'existència d'un interès general, i l'adscripció forçosa al col·legi només es podrà exigir si no hi ha altres formes de garantir les finalitats públiques que té encomanades menys restrictives dels drets dels particulars; aquest últim requisit coincideix amb el que ara planteja la Directiva de serveis.

Però quin és el sentit dels col·legis professionals voluntaris? La mateixa filosofia del model, l'atribució a entitats corporatives de funcions públiques de regulació i disciplina de la professió que d'una altra manera estarien a les mans de l'Administració, només es justifica plenament si tots els professionals hi pertanyen i prenen part en les seves decisions, ja que no tindria sentit que existissin dos tipus de regles aplicables a la professió: les que afecten els col·legiats i les que resulten aplicables als professionals no col·legiats, llevat que s'entengui que els col·legis poden regular la professió amb caràcter general i imposar el seu compliment als qui no són membres de la corporació, amb independència del seu nivell de representativitat entre els professionals.

La nova redacció de l'apartat 3 de l'article 1 de la Llei 2/1974 resulta bastant ambigua: «són finalitats essencials d'aquestes corporacions l'ordenació de l'exercici de les professions, la representació institucional exclusiva de les professions quan estiguin subjectes a col·legiació obligatòria, la defensa dels interessos professionals dels col·legiats, i la protecció dels interessos dels consumidors dels serveis de seus col·legiats, tot això sens perjudici de la competència de l'Administració pública per raó de la relació funcional».

Com es pot observar, de les tres funcions públiques, la d'ordenació —que porta aparellada la disciplina— és pròpia de tot tipus de col·legis, tant dels voluntaris com dels d'adscripció forçosa. En aquest punt,

³¹ STC 386/1993, de 23 de desembre, i 330/1994, de 15 de desembre.

³² Vegeu sobre això el que ja vaig explicar al llibre *Los colegios profesionales*, Madrid, 1996.

les funcions atribuïdes als col·legis no s'han vist modificades ja que els col·legis continuen mantenint la funció per ordenar l'exercici professional al servei dels drets dels usuaris i la facultat disciplinària.

En principi, com que es manté el monopoli ja que l'article 4.3 no s'ha modificat, semblaria que la regulació de la professió que realitzen els col·legis s'imposa a tots els professionals, estiguin col·legiats o no.

Però això entra automàticament en contradicció amb la previsió que s'inclou en el nou apartat 5 de l'article segon, segons la qual els codis deontològics que aprovin els col·legis —que poden preveure restriccions a les comunicacions comercials per salvaguardar la independència i la integritat de la professió i el secret professional— només afecten els professionals col·legiats, d'on es pot inferir que l'ordenació de la professió que fan els col·legis voluntaris no s'estén *erga omnes* i solament té efectes sobre col·legiats.

Aquesta conclusió es veu ratificada, a més, per la regulació de la competència disciplinària dels col·legis de l'article 3.3 de la Llei, que atribueix competències per a l'ordenació i la disciplina als professionals col·legiats que exerceixin en un territori diferent del de la col·legiació, cosa que exclou, en principi, aquells professionals no col·legiats. Per això, no té cap lògica qualificar com a funció pública aquella amb uns efectes que es poden enervar amb la simple decisió de no pertànyer al col·legi o, en un moment donat —cal pensar en la disciplina de la professió—, deixar-hi de pertànyer.

És el mateix plantejament legal de la protecció dels drets de consumidors i usuaris dels serveis dels col·legiats sense que el col·legi assumeixi aquesta funció sobre els no col·legiats, com d'altra banda corrobora l'atribució, pel nou apartat *a* de l'article 5, de les funcions que redundin en benefici de la protecció dels interessos dels consumidors i usuaris dels serveis dels seus *col·legiats*.

Finalment, la funció pública de representació institucional de la professió es reserva directament als col·legis forçosos.

Quant a les funcions privades, la defensa dels interessos privats dels seus col·legiats no es diferencia res de les funcions que poden assumir les associacions privades.

Llavors, ¿té un mínim sentit la creació de col·legis professionals voluntaris com a corporacions de dret públic a partir de les funcions que se'ls atribueixen, quan l'única funció pública, l'ordenació i disciplina, només es projecta sobre els professionals col·legiats que, pel fet de no ser obligatòria, poden elegir lliurement de pertànyer-hi? ¿Té cap lògica residenciar els conflictes que es poden plantejar entre el col·legi i els col·legiats per l'exercici de funcions públiques, o sobre el règim jurídic organitzatiu en la jurisdicció contenciosa administrativa? I, sobretot, té sentit que continuïn mantenint el monopoli que suposa un sol col·legi per àmbit territorial?

Sembla bastant més encertada la Llei catalana 7/2006, d'exercici de professions titulades i col·legis professionals, que ha estat objecte de modificació pel Decret legislatiu 3/2010, de 5 d'octubre, per acomodar-la a la normativa estatal, quan distingeix nítidament entre col·legis professionals i associacions professionals, que són aquelles constituïdes pels professionals titulats no subjectes a col·legiació forçosa amb la finalitat de vetllar pel bon exercici de la professió respecte als destinataris dels serveis i per a la representació dels seus interessos i els interessos generals de la professió. Aquestes associacions es regeixen, en tot allò que no s'ha previst en la llei, pel dret d'associacions i la llei no estableix el monopoli tal com es dedueix indirectament de la regulació de la delegació de funcions, ja que quan hi hagi diverses associacions en un àmbit professional, la delegació de funcions i activitats que no impliquin exercici d'autoritat per part de l'Administració autonòmica s'ha de fer per concurs o, si escau, mitjançant la subscripció del conveni corresponent.³³

³³ Les funcions que tenen atribuïdes aquestes associacions encaixen perfectament en el que es podrien considerar les funcions privades dels col·legis professionals: vetllar pel bon exercici de la professió i el respecte dels drets dels consumidors dels serveis professionals; representació dels associats; prestació de serveis als associats; facilitació d'informació sobre honoraris sempre amb el respecte a les regles

Tot i això, els col·legis professionals voluntaris, com que no constitueixen una barrera d'entrada al lliure establiment o a l'exercici professional, són indiferents per a la normativa comunitària sempre que les normes que aprovin, com les dels col·legis obligatoris, respectin la lliure competència, no sembla que compleixin el requisit de l'interès públic exigint per la jurisprudència constitucional per justificar el monopoli, és a dir, la prohibició de crear altres col·legis professionals voluntaris representatius d'una mateixa professió en el mateix àmbit territorial.

La llei tampoc no ha tancat adequadament el tema de l'adscripció forçosa als col·legis professionals en el marc d'un estat complex en el qual tant l'Estat com les comunitats autònomes poden crear col·legis professionals, a partir de les competències materials que tinguin segons l'activitat substantiva que afecta l'exercici de les professions col·legiades.

La qüestió s'ha centrat en la previsió del nou article 3, d'acord amb el qual és un requisit indispensable per a l'exercici de les professions col·legiades trobar-se incorporat al col·legi professional corresponent quan així ho estableixi una llei estatal, i el debat ha sorgit per la discussió sobre a qui ha de correspondre la decisió sobre la col·legiació obligatòria, a l'Estat o a les comunitats autònomes, ja que aquestes han assumit competències en matèria de col·legis professionals i poden crear col·legis professionals d'àmbit autonòmic. En altres paraules, la modificació de la Llei de col·legis professionals ha consagrat dos models de corporacions públiques: un, el dels col·legis professionals obligatoris, limitat a aquells de decisió estatal; i un altre de caràcter voluntari, obert a les comunitats autònomes, que podran crear-los sense cap límit. Així doncs, si fins ara la llei estatal partia amb caràcter general del fet que la col·legiació era forçosa, ara la col·legiació forçosa és l'excepció reservada, a més, a l'Estat.

Els paràmetres d'acord amb els quals s'ha d'adoptar la decisió de les professions que requeriran la col·legiació forçosa no s'expliquen en el cos de la llei sinó en la disposició transitòria quarta, per la qual s'atorga a l'Estat un any per remetre a les Corts un projecte de llei que determini l'exercici de quines professions requerirà la col·legiació obligatòria: quan la col·legiació sigui un instrument eficient de control de l'exercici professional per a la defensa dels consumidors dels serveis professionals i només en aquelles activitats professionals en què es puguin veure afectades de manera greu i matèries d'especial interès públic, com poden ser la protecció de la salut i la integritat física o la seguretat personal o jurídica de les persones físiques.³⁴

La determinació del caràcter obligatori o no de la col·legiació forma part de la competència estatal de l'article 149.1.18,³⁵ ja que defineix dins una entitat corporativa quins en seran els membres, tal com la base territorial defineix l'àmbit de les administracions d'aquest tipus, per la qual cosa l'adscripció voluntària continua sent igual d'essencial a l'hora de configurar una entitat de dret públic, encara que segons la meua opinió quedi molt poc d'Administració pública quan l'adscripció és voluntària i les seves funcions «públiques» només s'exerceixen sobre els membres. Així ho va assenyalar al seu dia el Tribunal Constitucional en la Sentència 330/1994, de 15 de desembre, en entendre que el títol de l'art. 149.1.18 CE permetia a l'Estat declarar obligatòria o voluntària la col·legiació per exercir una determinada professió i que això vinculava el desplegament legislatiu posterior de les comunitats autònomes.

de la lliure competència; mediació o arbitratge entre col·legiats o entre aquests i tercers; participació en òrgans consultius de l'Administració, i emissió d'informes.

³⁴ Aquesta enumeració, tot i que no és tancada, és força més reduïda que la que conté la Llei catalana 7/2006, que inclou, a banda de les esmentades en la llei estatal, les de preservació del medi, conservació i administració dels béns i patrimoni, exercici de drets i compliment de deures constitucionals i estatutaris, tutela de drets de persones i grups socials davant l'Administració de justícia, com també els procediments de prevenció, negociació i solució de conflictes, disseny i direcció d'obres i infraestructures així com de béns, medis i serveis destinats a ús públic.

³⁵ Així, es pot citar, per tractar-se d'un encàrrec de la Unió Professional, que pren posició davant la reforma de la Llei de col·legis professionals, l'informe de Calvo, L., i Fernández Farreres, G., sobre «Los Colegios Profesionales ante la reforma de la LCP recomendada

Però el cert és que aquesta no és l'única interpretació de l'abast de les competències de l'Estat per establir de manera exclusiva —i, en conseqüència, amb exclusió de la decisió de les comunitats autònomes— els col·legis d'adscripció obligatòria. Així ho ha posat de manifest, per exemple, el Dictamen 4/2010, d'11 de març, sobre determinats aspectes de l'adaptació a la Llei sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya. Aquest Dictamen ha conclòs que la modificació de la Llei de col·legis infringeix el bloc de la constitucionalitat, que ha variat després de l'Estatut català de 2006, ja que la competència estatal s'ha analitzat més des de l'assumpció de competències exclusives per la Comunitat Autònoma sobre l'exercici de les professions titulades que sobre les de col·legis professionals, i sobre els articles 36 i 139 CE que, com se sap, no són títols competencials ni per a l'Estat ni per a les comunitats autònomes, sense que s'hagi parat atenció a l'article 149.1.18 CE, que és, com assenyala algun vot particular, el nucli de la qüestió.

Encara que es podria titllar d'aproximació simplista al problema competencial, el cert és que siguin quines siguin les competències assumides pels nous estatuts d'autonomia, el paràmetre de constitucionalitat de la llei estatal continua sent a l'article 149.1.18 la CE. Així ho ha posat de manifest la STC 31/2010, de 28 de juny,³⁶ en confirmar la constitucionalitat de l'article 125 de l'Estatut català perquè entén que respecta les competències que l'art. 149.1.18 CE atribueix a l'Estat, l'exercici de les quals no queda impedit per l'article 125 de l'Estatut.³⁷

Del tenor literal de la disposició transitòria esmentada es conclou que, en les professions que la llei estatal determini, la col·legiació no és possible, a decisió de les comunitats autònomes, sinó que ha de ser obligatòria encara que això depengui d'una decisió autonòmica de creació del col·legi professional corresponent. En altres paraules, per a aquelles professions titulades per a les quals la llei estatal decideixi la necessitat de col·legiació, les comunitats autònomes no podran apreciar si es presenten o no els requisits exigits per la Comunitat Autònoma i estan obligades a crear, si tenen competència substantiva, el corresponent col·legi professional d'adscripció obligatòria.

Per aquesta raó no té cap justificació la regla del nou article 3.3 de la Llei 2/1974 segons la qual, quan en una professió només hi hagi col·legis professionals en algunes comunitats autònomes, els professionals s'han de

por la Comisión nacional de la competencia en su informe sobre el sector de servicios profesionales y los colegios profesionales», realitzat el novembre de 2008.

³⁶ «Comporta la submissió a la regulació bàsica estatal que disciplina l'existència mateixa d'aquestes corporacions i els requisits que han de satisfer en l'ordre organitzatiu i financer i s'ha de tenir en compte, a més, que l'encapçalament del mateix art. 125.1 sotmet les competències autonòmiques a l'art. 36 CE, fet que ha de significar, necessàriament, a la llei estatal (STC 20/1988, FJ 3) de la qual cosa es conclou que l'art. 125.1 EAC no tanca el pas a les competències legislatives estatals. L'art. 125.2 EAC determina que la Generalitat té competència compartida amb l'Estat pel que fa a «la definició de les corporacions a què es refereix l'apartat 1 i sobre els requisits per a la seva creació i per ser-ne membre». Els recurrents retreuen a aquest apartat 2 la ignorància de les bases sobre les quals atribueix competència a l'Estat l'art. 149.1.18 CE. Certament, les corporacions de dret públic, tant si són representatives d'interessos professionals (col·legis professionals), com si ho són d'interessos econòmics (cambres de comerç, indústria i navegació o altres), tenen la condició d'administracions públiques de caràcter corporatiu, és a dir, realitzen, a més de funcions representatives d'interessos privats, funcions de caràcter públic sota tutela de l'Administració i en aquesta condició queden sotmeses a la competència estatal d'establiment de les bases del règim jurídic corresponent *ex art.* 149.1.18 CE, si bé «l'extensió i la intensitat que poden tenir les bases estatals en regular les corporacions camerals és molt menor que quan es refereixen a administracions públiques en sentit estricte» (STC 20/1988, de 18 de febrer, FJ 3, i 206/2001, de 22 d'octubre, FJ 3 i 4). Doncs bé, l'art. 125.2 EAC reconeix explícitament l'esmentada competència estatal en sotmetre les bases estatals esmentades, a través de l'assumpció de la competència autonòmica amb la qualificació de compartida, els aspectes essencials del règim jurídic de les corporacions esmentades: la seva definició, els requisits per crear-les i els requisits per ser-ne membres».

³⁷ Vegeu sobre aquest punt Carlón Ruiz, M. «El impacto de la transposición de la directiva de servicios en el régimen de Colegios Profesionales», RAP 183, setembre-desembre 2010.

regir per la legislació del lloc on tinguin establert el domicili professional únic o principal, i amb això n'hi haurà prou per exercir a tot el territori espanyol. Aquesta regla no pot fer referència als col·legis voluntaris —tant si existeixin com si no, és indiferent per exercir la professió—, sinó als obligatoris, i precisament la conseqüència que l'Estat determini les professions de col·legiació obligatòria és que, necessàriament, a totes les comunitats autònomes, quan no hi hagi un col·legi estatal per raó de la competència material que afecti cada professió, les comunitats autònomes estan obligades a crear-los perquè, altrament, els professionals que tinguin establert el domicili principal o únic en una comunitat autònoma que no hagi complert els seus deures, senzillament no podrien exercir la seva professió.

5. El tractament de la Llei 25/2009 de modificació de la Llei de col·legis professionals de la resta de les barreres d'entrada i les restriccions a l'exercici professional

Qui tingui la titulació requerida i compleixi les condicions establertes estatutàriament tindrà dret a ser admès en el col·legi que correspongui. Es manté així la possibilitat que els col·legis puguin establir altres requisits diferents del d'estar en possessió d'una titulació determinada per atorgar l'autorització que implica, en el fons, l'adscripció a un col·legi determinat.

Inexplicablement, no es diu res, ni que sigui amb una simple remissió, sobre els requisits prohibits per la Directiva de serveis i per l'article 10 de la Llei 17/2009, llevat del relatiu a la no discriminació. Però, a més, no s'ha d'entendre —encara que així es podria deduir del tenor literal de la Llei— que la imposició d'altres requisits per la normativa estatutària és la regla general, quan precisament l'article 11 de la Llei 17/2009 s'hi refereix, per sotmetre'ls a l'excepcionalitat que suposa el compliment del test de l'existència d'una raó imperiosa d'interès general, la no discriminació i la proporcionalitat.

Quant a la prohibició de discriminació, la llei ha carregat les tintes no en el sentit de la Directiva de serveis, la nacionalitat, que és l'única que no esmenta expressament, sinó en la resta de criteris d'ordre social: origen racial, ètnic, religió o conviccions, discapacitat, edat o orientació sexual.

La llei es refereix també a una altra condició que sense ser un requisit per a la col·legiació és una càrrega que pot dissuadir-ne, com és l'exigència de quotes desproporcionades d'inscripció a què, d'altra banda, s'havia referit expressament la Comissió de la Competència en el seu informe.

Referent a això, la Llei assenyala que la quota d'inscripció no podrà superar en cap cas els costos de tramitació, cosa que mereixeria un estudi detallat de les quotes exigides pels diferents col·legis territorials de la mateixa professió i pels col·legis territorials de les diferents professions, ja que no es pot entendre que si la quota d'inscripció només pot comprendre els costos de tramitació continuïn existint diferències desproporcionades entre el que cada col·legi considera costos de tramitació. Alguna cosa pot ajudar, sens dubte, l'exigència d'incloure en la memòria anual l'import de les quotes aplicables desglossades per conceptes i pel tipus de serveis prestats, així com les normes per al seu càlcul i aplicació.

La modificació de la Llei 2/1974 no es refereix a les assegurances professionals que han estat previstes per la Llei 17/2009, ja que quan una llei els exigeixi perquè existeix un risc directe i concret per a la salut o per a la seguretat del destinatari o de tercers, o per a la seguretat financera, els col·legis podran exigir que s'acrediti haver subscrit l'assegurança corresponent imposada legalment encara que no podran establir com una càrrega de col·legiació l'obligació de contractar la pòlissa acordada pel col·legi amb un determinada companyia d'assegurances, tot i que sempre podran oferir-la amb caràcter voluntari o com una prestació assistencial gratuïta als seus col·legiats.

Quant a les barreres d'entrada derivades de l'organització territorial dels col·legis professionals, encara que ja existia la col·legiació única, la llei introdueix algunes novetats.

En primer lloc suprimeix la possibilitat que els col·legis puguin exigir per via estatutària la comunicació de la prestació de serveis en el seu àmbit territorial. Si fins ara només es prohibien les habilitacions prèvies o el pagament de contraprestacions diferents que havien d'abonar els seus col·legiats, ara es prohibeix expressament la càrrega de comunicació per a l'exercici professional en un territori diferent del de la col·legiació, la qual cosa s'ha de compensar amb la implantació dels corresponents mecanismes de comunicació i cooperació administrativa entre col·legis professionals, aspecte fonamental quan es reconeix que els col·legis de l'àmbit territorial en el qual es realitza la prestació tenen competència sancionadora i les seves sancions als col·legiats inscrits en un altre col·legi territorial tindran efectes a tot el territori estatal.

En segon lloc, s'elimina la referència que contenia l'últim incís de l'apartat dos de l'article 3, segons el qual, quan fos necessari el deure de residència per a la prestació dels serveis professionals, la col·legiació només habilitava per a l'exercici professional en aquest àmbit territorial. L'obligació de residència, que solament afecta les persones físiques, sembla haver estat eliminada amb la supressió d'aquest apartat, ja que no pot tenir cap altre sentit atès que si s'exigeix, amb totes les cauteles, que els professionals resideixin a l'àmbit territorial d'un col·legi determinat no hi ha cap possibilitat que resideixin alhora en l'àmbit territorial d'un altre col·legi de la mateixa professió.

Quant a les restriccions a l'exercici professional que es poden imposar per la normativa col·legial, la modificació de la Llei de col·legis professionals no ha fet sinó adaptar-se a la normativa comunitària. Cal observar que la Llei de col·legis professionals ja establia l'aplicació de la Llei de defensa de la competència per als acords, les decisions i les recomanacions de transcendència econòmica i, ara, la nova redacció de l'article 5.4 assenyalava que els acords, les decisions i les recomanacions dels col·legis han d'observar els límits de la Llei de defensa de la competència. És la conseqüència necessària dels efectes indirectes que la regulació col·legial, tot i que no tinguin transcendència econòmica, poden tenir sobre la lliure competència i l'eliminació d'obstacles que no superin el test ja conegut.

De tota manera, no hauria estat sobrer que la subjectió a la Llei de defensa de competència hagués anat acompanyada del recordatori que la Directiva de serveis ha obligat a introduir: que qualsevol norma restrictiva de la competència, això és, que qualsevol norma que imposi límits o obstacles a la lliure prestació de serveis és excepcional i ha d'estar justificada per raons imperioses d'interès general, adequades i proporcionades. Res no ha canviat per introduir aquest límit ja que els articles que reconeixen la lliure prestació de serveis i el dret d'establiment han estat, des de l'aprovació del tractat, d'aplicació directa. Com si l'aplicació directa del dret comunitari requerís de la benedicció de les autoritats nacionals!

Les úniques normes col·legials que afecten l'exercici de la professió —sens perjudici dels honoraris, als quals ens referirem més endavant— i que han merescut una atenció especial per part de la Llei 25/2009 han estat les relatives a les comunicacions comercials i precisament per salvar-les en contra del que postulava la Comissió Nacional de la Competència, la qual mantenia l'eliminació de qualsevol restricció que no estigués regulada en la Llei general de publicitat. La Llei 25/2009 no conté cap menció expressa ni tan sols al test de compatibilitat amb el dret comunitari i es limita a especificar les raons imperioses d'interès general: la independència i la integritat de la professió així com el secret professional. Aquestes són les raons imperioses d'interès general, i no d'altres, que poden invocar els col·legis per regular la limitació a la publicitat quan ha quedat eliminada qualsevol prohibició general de comunicacions comercials.

6. Les regulacions que poden incidir sobre els preus finals dels serveis professionals: honoraris i visats professionals

La fixació per la normativa dels estats membres o pels col·legis professionals d'honoraris o preus orientatius en els serveis professionals ha estat una de les qüestions en què ha insistit la Comissió Europea en el seu informe sobre la competència en els serveis professionals i no precisament per lloar-la.

La Comissió entén que els preus recomanats fa més fàcil la concertació dels prestadors de serveis per fixar els preus i pot induir a error els consumidors quant al que cal entendre per preus raonables. Rebutja, a més, els motius que esgrimeixen les associacions professionals per justificar les recomanacions sobre preus: (i) els menors costos de transacció derivats de la negociació de preus per serveis complexos i (ii) que serveix de guia als professionals que no tenen experiència a l'hora de determinar el preu, per entendre que hi havia altres mètodes que permetien arribar a aquests mateixos objectius sense perjudicar la lliure competència. En concret, com a mitjans alternatius la Comissió es refereix a la publicació per tercers independents d'informació sobre preus habituals o informació basada en una enquesta.

En la mateixa línia, la Comissió Nacional de la Competència ha mantingut una posició obertament contrària a la possibilitat que els col·legis professionals, una vegada eliminats els honoraris fixos i els honoraris mínims per la reforma de la Llei de col·legis el 1997, poguessin fixar honoraris orientatius tal com permetia l'apartat *ñ* i per això en proposa l'eliminació ja que considera que no estan justificats per l'objectiu d'interès general o de defensa dels consumidors.

Doncs bé, tot i que la Directiva de serveis finalment no ha inclòs la prohibició d'honoraris indicatius, la Llei 25/2009 ha seguit en aquest punt la recomanació de la Comissió Nacional de Competència i ha eliminat ja definitivament aquesta facultat col·legial, que només manté la disposició addicional quarta per a la taxació de costes i jura de comptes dels advocats, com també per al càlcul d'honoraris i drets en la justícia gratuïta.

De fet, perquè la simple supressió de l'apartat *ñ* no permeti als col·legis utilitzar la seva autonomia normativa i regular honoraris orientatius a l'empara de la funció general d'ordenació de la professió, el nou article 14 recull expressament aquesta prohibició en els termes més amplis possibles, ja que no només queden eliminats els barems orientatius, sinó qualsevol altra orientació, recomanació, directriu, norma o regla sobre honoraris professionals, llevat de la taxació de costes abans esmentada.

La reforma per la Llei 25/2009 dels visats professionals ha estat un dels punts més conflictius ja que ha seguit ben de prop les recomanacions de la Comissió Nacional de Competència en contra de la posició dels col·legis professionals. En sentit estricte, els visats professionals constitueixen una veritable autorització del treball professional i en conseqüència han de ser revisats d'acord amb la Directiva de serveis.

La preocupació de la Comissió sobre els visats professionals és fonamentalment de caràcter econòmic, ja que entén que, en la pràctica, els visats estaven permetent el control indirecte dels honoraris aplicats pels professionals quan ja des de 1997 aquest element havia quedat expressament exclòs per la llei. A més, considera que el cost dels visats implica encarir especialment els serveis professionals i eliminar els efectes beneficiosos que la lliure competència produeix sobre el preu dels serveis.

La Comissió entén que les causes d'això són diverses: (i) la capacitat dels col·legis per imposar la seva exigència; (ii) la indeterminació del seu contingut; (iii) la manca de responsabilitat dels col·legis pels errors de què pugui patir el projecte visat, i (iv) la fixació discrecional dels preus dels visats que sovint desconeix l'usuari i encara menys pot influir a l'hora de determinar-los.

El cert és que el nou article 13 de la Llei 2/1974 estableix una regulació completa dels visats col·legials en els termes que prèviament havia assenyalat la Comissió, és a dir, eliminant pràcticament la competència d'autoregulació dels col·legis. D'acord amb la nova regulació legal, hi ha dos tipus de visats: els voluntaris i els

obligatoris, i s'estableix una regulació comuna pel que fa al seu objecte i contingut i per a la responsabilitat dels col·legis.

Els visats voluntaris són aquells que sol·liciten els usuaris del servei o les administracions públiques quan són usuàries del servei, mentre que els visats obligatoris només es poden establir per reial decret del Govern ja que es prohibeix expressament que els col·legis puguin per si mateixos o mitjançant previsions estatutàries imposar l'obligació de visar els treballs professionals. El fet que les administracions públiques només puguin sol·licitar visats voluntaris quan són usuàries del servei impedeix que en la seva activitat d'autorització puguin exigir la presentació de treballs visats fora dels supòsits regulats com a obligatoris.

Tanmateix, a diferència del que ha passat en altres matèries, com hem vist, la llei no s'ha resistit a donar els criteris que ha d'aplicar el govern per tal de determinar quins visats són obligatoris, criteris que no són sinó una aplicació restrictiva dels requisits de la Directiva de serveis, ja que es defineix quan és «necessari» el visat en funció de la relació directa entre el treball professional i la integritat física i la seguretat de les persones.

El govern ha complert el mandat de la disposició transitòria tercera aprovant el Reial decret 1000/2010, de 5 d'agost, en què s'estableixen els nou visats obligatoris³⁸ que es mantenen actualment en tres àmbits on no es podria discutir l'existència d'una relació especial amb la seguretat i la integritat de les persones: edificació i demolició;³⁹ voladures d'edificis i explosius⁴⁰ i, finalment, en l'àmbit de la mineria.⁴¹

En l'exposició de motius el Reial decret justifica que l'anàlisi de la necessitat i proporcionalitat per mantenir aquests visats obligatoris —o, el que és el mateix, per justificar que només s'han mantingut en un nombre molt limitat— s'ha realitzat en vista de les circumstàncies actuals: preparació dels professionals; major regulació de les activitats econòmiques; mercats d'assegurances desenvolupades; existència d'entitats certificadores, etc., i exclou del visat obligatori aquells treballs sobre els quals l'Administració efectua el mateix control que el visat.

I ho fa per dues vies. En primer lloc, elimina directament el visat obligatori per a aquests mateixos treballs quan es duen a terme en el marc d'un contracte amb l'Administració pública i són, perquè així ho determina la legislació de contractació pública,⁴² objecte de control obligatori per l'oficina de supervisió de projectes. En segon lloc, permet a l'Administració pública eliminar-lo quan, per decisió de cada Administració pública contractant, es dugui a terme aquesta mateixa activitat de comprovació, sense especificar si en aquest segon cas utilitza el terme «Administració pública» en el sentit estricte de la Llei 30/2007, de contractes del sector públic, o en l'accepció més àmplia d'ens del sector públic incloent-hi els poders adjudicadors que no són Administració pública i la resta d'ens del sector públic.

Per compensar el caràcter obligatori dels visats i els efectes que aquests puguin tenir en el preu final del servei, el reial decret complementa el mandat legal segons el qual el cost del visat obligatori ha de ser públic, raonable, no abusiu ni discriminatori, i intenta introduir una certa competència en dos nivells: (i) la lliure elecció del col·legi que ha de visar el treball si hi ha diversos col·legis professionals competents en la matèria i (ii) la lliure elecció del col·legi territorial en cas que l'organització s'estructuri en col·legis professionals d'àmbit inferior a l'estatal.

La llei regula, a més, l'objecte del visat i ho fa de la mateixa manera per als preceptius i obligatoris, amb un efecte col·lateral clar: la impossibilitat dels col·legis de competir amb les entitats certificadores. I és que si, en

³⁸ Com a conseqüència de l'informe de la CNC al projecte de reial decret es va eliminar el visat obligatori sobre projectes d'infraestructures de telecomunicació d'edificis.

³⁹ Projecte d'execució de l'edificació; certificat final d'obra d'edificació; projecte d'execució d'edificació i final d'obra en els procediments de legalització; projecte de demolició de les edificacions que no requereixi l'ús d'explosius.

⁴⁰ Projecte de voladures especials; projectes tècnics d'establiment, trasllat i modificació d'una fàbrica d'explosius; projectes de dipòsits comercials i de consum de matèries explosives; projectes d'establiment de tallers de cartutxos i pirotènia.

⁴¹ Projectes d'aprofitaments de recursos miners de les seccions C i D.

principi, podria semblar que la llei només imposa un contingut mínim dels visats que es podria complementar amb les corresponents determinacions estatutàries —«l'objecte del visat és, com a mínim, comprovar», diu l'article 13.2—, aquesta impressió desapareix immediatament ja que es prohibeix que els visats compreguin honoraris o qualsevol altres condicions contractuals que no siguin imposades per la normativa aplicable, així com el control tècnic dels elements facultatius del treball professional, fet que és sens dubte la conseqüència de la regulació sobre la responsabilitat dels col·legis per l'exercici de la funció de visat.

En efecte, seguint la pràctica tradicional dels col·legis professionals que en les seves regulacions estatutàries no havien inclòs entre els elements de control la correcció tècnica del treball professional, la llei només es refereix a dos aspectes.

En primer lloc, la identitat i habilitació professional de l'autor del treball fent servir per a això els registres de col·legiats que s'obliga a mantenir a les organitzacions col·legials. Doncs bé, quan qualsevol col·legi professional territorial pot emetre el corresponent visat preceptiu i, pel principi de llibertat d'elecció que, a manca de menció legal expressa, cal aplicar també als visats voluntaris, els col·legis territorials hauran de visar els treballs dels qui no són col·legiats seus a partir d'uns llistats o registres dels quals no són directament autors i on no en controlen ni tan sols la correcció, la qual cosa té una repercussió especial en matèria de responsabilitat de l'emissor del visat. Però, a més, el fet que l'habilitació dels autors s'hagi de comprovar a partir dels llistats col·legials xoca frontalment amb la previsió de l'article 6 del RD 1000/2010, d'acord amb la qual únicament es podrà denegar el visat obligatori per no estar col·legiat quan la col·legiació sigui obligatòria. Així doncs, segons aquest precepte, quan la col·legiació sigui voluntària i l'autor del treball no estigui col·legiat tindrà de tota manera dret a l'emissió del corresponent visat preceptiu. Aquest mateix problema es pot plantejar en el cas dels visats voluntaris ja que, si bé és veritat que la seva petició és voluntària per als clients, la funció pública de visat no sembla que puguin rebutjar-la els col·legis professionals en no existir cap previsió legal que ho autoritzi.

En segon lloc, el contingut mínim de la funció de visat és la correcció formal i la integritat formal de la documentació del treball professional, tal com succeïa fins ara.

Doncs bé, aquesta regulació dels visats es completa amb la regulació, fins ara inexistente, de la responsabilitat col·legial pels errors en què pogués incórrer el treball visat. L'apartat 13.3 de la Llei de col·legis segons la seva redacció vigent preveu la responsabilitat subsidiària del col·legi autor del visat pels danys que tinguin el seu origen en defectes que haurien hagut de ser posats de manifest pel col·legi en visar el treball i que tinguin relació directa amb els elements subjectes a control en aquell visat concret. Així doncs, la inclusió en els visats del control de la correcció tècnica dels treballs hauria comportat l'extensió de la responsabilitat subsidiària a qualsevol dany conseqüència d'errors tècnics del projecte.

⁴² Article 109 LCSP.

