

## LOS COLEGIOS PROFESIONALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

MIGUEL HERRERO DE MIÑÓN\*

El art. 36 de la Constitución afirma:

«La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los colegios deberán ser democráticos.»

En el citado artículo se contienen dos extremos conexos pero diferentes: los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. Sólo el primero será el centro de atención de este trabajo, sin perjuicio de las indeclinables alusiones al segundo de ellos.

\* \* \*

El art. 36 de la Constitución, pese a su aparente claridad, resulta problemático, como revelan las dificultades de su interpretación, que han dado lugar a reiteradas intervenciones del Tribunal Constitucional y a la disparidad de criterios que al respecto mantiene la doctrina. A mi juicio, ningún camino mejor para alcanzar la más precisa interpretación del citado precepto, que la aplicación de los criterios hermenéuticos contenidos en el art. 3 del Código Civil, de aplicación a todo el ordenamiento. Si la Constitución es una norma, como han señalado una y otra vez doctrina y jurisprudencia, son los criterios generales de la interpretación normativa los que deben servir de pauta para dilucidar el contenido jurídico de los mandatos constitucionales. Atenderé, pues, a los criterios literales, sistemáticos, históricos, sociológicos y teleológicos, que el citado art. 3 del Código Civil establece.

---

\* Honoris Causa. UNED.

Si atendemos a la *literalidad* de la Constitución, al «sentido propio de sus palabras», como afirma el Código Civil en su art. 3, surgen dos cuestiones.

Por una parte, la vinculación de Colegios y profesiones tituladas que se oponen, lógica y sistemáticamente –en virtud de lo dispuesto en el art. 35 CE– a las no tituladas, que remiten al ejercicio simple de una actividad económica, amparado por el art. 38 CE.

De otro lado, el art. 36 aparece como un simple mandato al legislador. Así lo calificué yo hace muchos años y así lo ha interpretado gran parte de la doctrina y aún de la jurisprudencia. Según este criterio, el art. 36 se limita a habilitar al legislador ordinario, como si no le bastase su competencia legislativa ordinaria, imponiéndole un sólo límite, la organización y funcionamiento democrático de las instituciones colegiales.

A mi juicio, este criterio es totalmente insuficiente y no resulta de una recta interpretación. La palabra, en efecto, no adquiere sentido sino en su contexto –cada huella pisa cien senderos, decía Ortega recordando un viejo proverbio hindú– y así es al contexto, como clave de cualquier interpretación sistemática al que nos remite el citado art. 3 del Código Civil.

Un *contexto* doble. De una parte, el contexto inmediato dado por la propia Constitución y en el que se centrarán las presentes reflexiones; pero también un concepto mediato, consistente en la secuencia de grupos normativos peculiares en razón de su heteromorfia.

En cuanto al primero, de una parte, el art. 36, al prever la regulación legal de las profesiones tituladas, cuya versión institucional son los Colegios Profesionales, parece oponerse a la libre elección de profesión u oficio prevista en el art. 35 de la misma Constitución.

Es aquí donde es preciso esclarecer la relación entre la organización colegial y la regulación del ejercicio de profesiones tituladas que le es inherente, prevista en el art. 36, y el principio de libertad de trabajo reconocido en el art. 35. El problema se ha planteado ya sobre preceptos menos explícitos en la doctrina alemana y suiza y, junto con ella, se ha distinguido en la española entre la libertad de elección de una profesión, derecho fundamental cuyo contenido esencial es inviolable, según el art. 53.1, y el ejercicio de la profesión. Aquélla no puede ser limitada, ésta sí puede ser condicionada. Y entre tales condicionamientos se encuentra el reconocimiento y regulación legal, por imperativo constitucional, de la organización colegial de los profesionales.

De otro lado, el art. 36 se vincula, lógica e históricamente, de una parte con el art. 52 de la Norma Fundamental relativo a las organizaciones profesionales y, de otra, a los arts. 6 y 7, relativos respectivamente a los partidos políticos, a los sindicatos de trabajadores y a las asociaciones empresariales.

Pero, a su vez, como ha señalado la doctrina y reiterado la jurisprudencia, especialmente las sentencias del Tribunal Constitucional 18/1984 y 132/1989, todos estos preceptos expresan el pluralismo que, como valor superior, consagra el art. 1,1 de la propia Constitución, y han de relacionarse con otras expresiones aún más fundamentales de dicho pluralismo como son la estructura territorial del Estado, de un lado (art. 2, Título VIII y Disposición Adicional 1.<sup>a</sup>) y el fenómeno asociativo consagrado en el art. 22 de la Constitución, de otro.

Sistematizando la más autorizada doctrina sobre esta materia, desde el maestro Jordana de Pozas hasta el reciente trabajo de Fanlo Loras, y con especial atención a la obra de Gaspar Ariño, cabría decir que el principio pluralista consagrado en el art. 1 de la Constitución, tiene dimensiones que exceden con mucho a lo meramente ideológico que la concurrencia de partidos políticos refleja. El pluralismo, para ser cierto, ha de ser social en distintas dimensiones. Las entidades de base territorial, municipios, provincias, comunidades autónomas (art. 2 y Título VIII), titulares en algunos casos, que yo he analizado en otro lugar, de derechos históricos expresos o tácitos (Adicional 1.<sup>a</sup>) y, de otra, entidades varias de base personal.

A su vez, este pluralismo de base personal puede dar lugar a dos tipos de entidades. Unas, las constituidas *intuitu personae*, como son, por ejemplo, los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales, que responde de una u otra manera al derecho fundamental de asociación consagrado en el art. 22 de la Constitución. Por otro lado, las constituidas *propter rem*, es decir, no en función de la voluntad de quienes las integran, sino de algo tan objetivo como la pública actividad de éstos. Tal es el caso de las organizaciones profesionales a que se refiere el art. 52 de la Constitución, por ejemplo las Cámaras de Comercio o las Cámaras Agrarias, y los Colegios Profesionales constitucionalizados en el art. 36, objeto de nuestra consideración.

Como señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 132/1989 de 18 de julio, «nos hallamos ante entidades que no han sido fruto de la libre decisión u opción de los afectados para la obtención de fines autónomamente elegidos, sino fundamentalmente de una decisión de los poderes públicos sin que exista por tanto un pactum associationis original, que se ve substituido por un acto de creación estatal; y tampoco habría una opción en favor de la persecución de fines o defensa de intereses libremente determinados, ya que el objeto de estas agrupaciones vendría definido por los intereses públicos para cuya defensa fueron creadas y que son también fijados por el poder público» (Fundamento Jurídico 6.º). El Tribunal Supremo ha reiterado la misma doctrina, v. gr. en sentencia de 18 de enero de 1989 respecto de las Cámaras de Comercio.

La distinción no es baladí, puesto que de vincular o no el fenómeno colegial con el derecho de asociación se deriva o no la voluntariedad, como ocurre con los sindicatos, u obligatoriedad de la afiliación colegial.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha planteado este dilema expresamente, especialmente en la sentencia 89/1989 de 11 de mayo:

«Si el Colegio Profesional es una asociación, la Ley no puede limitar uno de los elementos de ese contenido, cual es el de la libertad del ciudadano –profesional titulado aquí– para crearlo, asociándose o no, incorporándose o no, al Colegio. Determinar, pues, si esa equiparación es o no correcta, así como el sentido del art. 36 de la Constitución, ha de ser el presupuesto de esta sentencia» (Fundamento Jurídico 3.º).

Y una vez planteado el dilema, lo resuelve con no menor nitidez, pues si bien el Tribunal no se refiere a la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales y deja viva y, a su juicio, explicable, la preocupación doctrinal sobre ella, considera «los Colegios como corporaciones que cumplen a la vez fines públicos y privados, pero integrados siempre en la categoría o concepto de corporación, al que al hablar de las personas jurídicas ya se refería el art. 35 del Código Civil..., distinguiendo así las asociaciones de interés público, las asociaciones de interés particular y las corporaciones, siendo éstas siempre de carácter público o personas jurídicas públicas, porque pese a la base común asociativa de personas jurídicas, persiguen fines más amplios que las de simple interés particular o privado, concediéndoseles por ello legalmente ciertas atribuciones o potestades –especie de delegación de poder público– para que puedan realizar aquellos fines y funciones que no sólo interesan a las personas asociadas o integradas, sino a las que no lo están pero que pueden verse afectadas por las actuaciones del ente» (Fundamento Jurídico 4.º).

En consecuencia, continúa la misma sentencia, «el art. 22 de la Constitución se refiere al derecho de asociación de los individuos como ciudadanos, y el 36 establece el marco suprarreal de determinados ciudadanos en cuanto profesionales y deja a la Ley que imponga las condiciones necesarias para su ejercicio... diferenciando los Colegios de otros entes de base asociativa» (Fundamento Jurídico 8.º). Esta doctrina se confirma en la sentencia 131/1989, de 19 de julio. Ello, sin perjuicio de que dicha organización debe restringir lo menos posible la libertad de asociación, según reconoce el Tribunal Constitucional en la ya citada sentencia 89/1989 (Fundamento Jurídico 5.º), como cualquier otro derecho fundamental, sobre la base, siempre implícita, del art. 10 de la Constitución.

Tras estas consideraciones suscitadas por el contexto inmediato que al art. 36 proporciona la propia Constitución, es preciso referirse al contexto mediato, aunque sin ánimo, dada la naturaleza de estas páginas, de agotar el tema. Se tratará, en este caso, de una serie de grupos normativos heteromorfos entre sí al considerar el Colegio de Profesionales Titulados desde muy diferentes perspectivas, que comprenderá normas comunitarias, estatales y autonómicas.

Es aquí donde es preciso tener en cuenta la Ley de 1974 reformada en 1978, y juzgar el actual proyecto de modificación de la misma a la luz de las Leyes de Publicidad (1988), Competencia (1989) y Competencia Desleal (1991).

Pasando a los *antecedentes históricos y legislativos*, es preciso considerarlos en su doble dimensión. De una parte, la investigación nunca determinante pero siempre esclarecedora, de la voluntad del legislador. De otro, a la interpretación técnica en función histórica, es decir, al análisis del sentido objetivo, históricamente dado, de las categorías que el legislador, en este caso el constituyente, utilizó.

Lo primero es de sobra conocido para cuantos se han interesado por los antecedentes del art. 36 de la Constitución. En el primer Anteproyecto Constitucional, publicado el 5 de enero de 1978, el art. 5.º, dentro de su Título Preliminar, contenía una sola referencia a las organizaciones profesionales, juntamente con los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales. Esta referencia, que se mantiene en el art. 7.º del Informe de la Ponencia de abril del mismo año, y la más amplia del art. 7 del texto redactado en Comisión y aprobado por el Congreso de los Diputados, en los cuales se menciona ya expresamente a los Colegios entre «los sindicatos de trabajadores, las asociaciones empresariales... y demás organizaciones profesionales», revela que el tratamiento constitucional de los Colegios expresa esta vinculación pluralista, señalada al principio.

Sin embargo, el peculiar relieve constitucional de los Colegios se introduce durante el trámite senatorial del proyecto de Constitución (*Diario de Sesiones del Senado*, Comisión n.º 41), a través de un debate al que será preciso atender para precisar el alcance de la voluntad del legislador: la garantía constitucional de una determinada forma de organización colegial, en función de una determinada finalidad de la organización.

Si en un primer momento el tratamiento constitucional de los Colegios se hace sobre la base genérica del pluralismo social, —«intenta recoger una realidad importante en la realidad social española», dirá el diputado Sr. Alzaga— el debate en el Senado se plantea en torno a tres cuestiones. En primer lugar, los límites de ese pluralismo social, y no faltaron intentos de introducir a través de este cauce lo que se ha denominado movilización democrática de las masas, vinculada a una muy concreta concepción política. De otro lado, la sistemática de la referencia a los Colegios Profesionales, cuya primera colocación en el Título Preliminar de la Constitución junto a partidos y sindicatos, pareció a los constituyentes peligrosa reminiscencia de la organización corporativa, propia de la llamada democracia orgánica, aunque tampoco parezca muy acertada su inclusión entre los derechos fundamentales. Por último, el expreso tratamiento de los Colegios Profesionales como garantía de la prestación al público que el ejercicio de una profesión supone. «El Colegio» —dirá el proponente— «está detrás de esos profesionales asegurándoles su independencia, robusteciendo su libertad de actuación... en defensa de esos derechos de los ciudadanos».

No sólo el Senador proponente sino, atendiendo a la aceptación de su enmienda y a la aquiescencia mostrada por los demás intervinientes, el constituyente

como tal, explicó la garantía constitucional de los Colegios sobre la base de la protección del consumidor, asegurada en el hoy art. 51 de la Constitución. Sin mencionarla, aparece aquí la noción de «poder compensador», tal como lo ha teorizado Kenneth Galbraith. «¿Cómo podemos actuar para que esa protección sea efectiva? ¿Es que acaso el Estado puede realizarla por sí mismo?», se interrogaba el constituyente, y concluía: «El Estado no tiene medios para penetrar en estos millares y millares de relaciones que se establecen entre los clientes y los profesionales y aunque los tuviera, no podría penetrar en ese recinto íntimo de la relación porque está vedado por el secreto profesional. Una experiencia de siglos nos demuestra que la única manera de asegurar eficazmente la vigencia, el respecto por parte del profesional de su deontología, es a través de la vigilancia ejercida por sus propios compañeros en los Colegios Profesionales».

Sin embargo, más importante aún que esta génesis del precepto es la de las categorías dogmáticas y políticas que el constituyente utilizó. Cuando quien hace la norma se refiere a una institución concreta, ésta no es un mero *nomen* susceptible de recibir cualquier tipo de significado. La utilización por el legislador de determinada denominación o significante responde a una muy concreta sollicitación semántica de determinada relación o institución social. Como recordara Windescheid, la ley, incluso cuando respondiendo a la más simplista de las visiones, pueda ser sólo voluntad del legislador, «utiliza la sabiduría de los siglos que nos han precedido». La referencia a los Colegios Profesionales lo es, pues, a una institución jurídica cuya naturaleza substantiva viene dada por un determinado proceso social, institucional e histórico-jurídico en cuya virtud son tales y no otra cosa. El mandato del legislador no reconoce, sin más, la libertad de éste, en cuyo caso sería superfluo, sino que la condiciona al enlazarla con la tradición jurídico-institucional de los Colegios, con su naturaleza y elementos esenciales que la Constitución garantiza. Así quedó muy claro en los debates constituyentes del Senado y la depuración del texto llevada a cabo en la Comisión Mixta no es un argumento en sentido contrario. El constituyente se refirió, por lo tanto, a la institución configurada, tras larga decantación histórica, por la Ley de 13 de febrero de 1974, en cuyo desarrollo orgánico se inserta la de 26 de diciembre de 1978.

Los antecedentes legislativos antes invocados, avalan aquí los históricos. «A nuestro juicio» —decía en las Constituyentes el Senador Sáinz de Varanda y asentía el Senador Pedrol— «las peculiaridades propias del régimen de los Colegios Profesionales son las que están en lo esencial vigentes hoy en día, las que tradicionalmente han venido significando los Colegios Profesionales... primero, tratarse de corporaciones de derecho público, segundo, tener una adscripción obligatoria para el ejercicio de determinadas profesiones, y tercero, una exclusividad territorial».

Cuando ahora se discute la adecuación de la institución colegial a lo que el Código Civil denomina «*realidad social* del tiempo» en que las normas, y en este caso el art. 36 de la Constitución, han de ser aplicadas, es frecuente invocar la

libre competencia como principio rector de nuestro sistema económico. Así lo hizo el Tribunal de Defensa de la Competencia en un «Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones» de junio de 1992.

Sin embargo, no puede olvidarse que, según nuestra vigente Constitución, el orden económico de libre competencia, reconocido en el art. 38 CE, está enmarcado en determinado orden político: el Estado Social de Derecho consagrado por el art. 1,1 de la Norma Fundamental.

Ha sido Ariño quien con mayor profundidad ha sondeado en estas bases, formulando tesis más adelante consagradas por el propio Tribunal Constitucional. Entre el Estado liberal, separado de la sociedad, y el Estado intervencionista e incluso totalitario que absorbe a la propia sociedad, el Estado social de derecho es aquel que lleva a cabo la interrelación de lo público y lo privado, lo político y lo social, elevando a derecho positivo, es decir, a relaciones caracterizadas por su imperativa necesidad, lo que son aspiraciones sociales. Por eso, es el Estado social de derecho el que racionaliza el pluralismo social y da relieve constitucional a lo que en el derecho constitucional liberal eran meras instituciones privadas, sin caer en el peligro, mostrado por la práctica y destacado por la doctrina, de convertir en órganos del Estado estas expresiones del pluralismo social –v. gr. publicando una profesión– o haciendo de dichas manifestaciones, primero órganos del Estado, y después cauces de representación de la sociedad, así excluida, en el propio Estado. Tal es el supuesto de la estatocracia pseudo estamental.

En esta dirección misma, la Constitución Española de 1978, a la vez que reconoce otras manifestaciones sociales ya mencionadas, desde los partidos a las organizaciones profesionales, es la única que menciona a los Colegios, en sentido, por cierto, bien distinto del falso precedente, más de una vez citado, de la Constitución soviética.

Esta es la tesis expresamente consagrada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 18/1984 de 7 de febrero, reiterada en la 23/1984 de 20 de febrero: «Es propio del Estado social de derecho la existencia de entes de carácter social no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general» (Fundamento Jurídico 3.º).

Ello es determinante a la hora de entender cuáles son las competencias de las comunidades autónomas en esta materia. Los Colegios Profesionales no se mencionan ni en el art. 148,1, relativo a las competencias mínimas de las Comunidades, ni en el 149,1, relativas a las competencias exclusivas del Estado. Corresponde por lo tanto a éste una potestad residual, de acuerdo al art. 149,3, sin perjuicio de la asunción estatutaria de competencias por parte de las Autonomías, en virtud del inciso primero del mismo precepto. Así lo han hecho varios Estatutos de Autonomía, en cuya virtud se han dictado diversas normas autonómicas sobre la materia. Sin embargo, es evidente que en la organización

colegial pueden afectarse «las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales», como prevé el art. 149,1,1ª de la Constitución en relación con el art. 139. De ahí la competencia estatal sobre los criterios básicos que afirmó la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983 y reflejó el art. 15 de la Ley de Proceso Autonómico y que no es preciso explicar sobre la base de la no dilucidada naturaleza jurídica de los Colegios.

Es preciso ahora señalar que el contexto mediato de la norma española o, si se prefiere, un ingrediente fundamental de la realidad social del tiempo presente, lo constituye la normativa europea en la materia. Baste recordar, por una parte, la invocación de esa circunstancia europea por el propio constituyente a la hora de reclamar para los Colegios españoles las mismas características de colegiación obligatoria que rigen en la mayor parte de los países europeos y, también, cuál sería el alcance de la libertad de establecimiento impuesta por el Tratado de Roma y el acervo comunitario a la que el Decano Pedrol Rius dedicó, desde la perspectiva colegial española, una importante disertación.

Simplemente quiero hacer referencia a la innovación que en esta materia puede introducir el Tratado de Maastricht. El art. F de dicho Tratado establece que «la Unión respetará los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950». Y aunque el art. L excluye el precepto anteriormente citado del ámbito de la garantía judicial, no falta quien, agudamente, considere que el Convenio Europeo podría ser judicialmente tutelado como «principios generales del derecho comunitario». Ahora bien, el art. 11 de la Convención Europea, relativo a la libertad de asociación, ha dado lugar a una jurisprudencia bien conocida por nuestro Tribunal Constitucional, que expresamente se ha remitido a ella, y de la que son piezas clave la sentencia de 28 de junio de 1981 (Caso Lecompte), y la sentencia de 10 de febrero de 1983 (Caso Albert), en las que se reconoce que la colegiación obligatoria en manera alguna afecta a esta libertad que ahora vinculará también a la Unión Europea.

Las limitaciones tácitas que el art. 36 impone al legislador, al remitirse a una muy concreta categoría institucional, es claro que no pueden interpretarse como una fosilización de la institución así mencionada. El canon de consonancia, propio de toda hermenéutica, impone atender a la realidad social de cada momento a la que el legislador debe responder, y a la que puede pretender configurar. Para quienes, como yo, seguimos las huellas de la escuela histórica, esa misma invocación de la realidad social excluye la arbitrariedad del legislador, cuya innovación ha de articularse en una relación dialéctica tal que el primer momento corresponda a la propia evolución de las relaciones sociales, entendida no de una manera episódica, sino en una perspectiva de larga duración.

Como ha señalado la más solvente doctrina comentando la jurisprudencia sobre la materia, a cada profesión corresponde una imagen típica perfectamente determinada, e incluso, podríamos añadir aquí, un tópico consagrado por el arte, que si en ciertos aspectos puede llegar a parecer crítico e incluso caricaturesco, en otros muchos es lo que hace a la profesión socialmente valiosa y funcional. Y con esta imagen, afirma Maunz en sus comentarios a la Ley Fundamental de Bonn, se entiende el contenido y los límites de la actividad, característicos de la profesión, así como las condiciones técnicas personales y, en su caso, económico financieras propias de la misma. Como dice el Tribunal Constitucional, «los Colegios Profesionales tienden esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profesión –que constituye un servicio al común– se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad de tal ejercicio» (sentencia 89/1989, F.J. 5.º).

A ello habría que añadir la creciente importancia de los Colegios como cauce de participación funcional del ciudadano –cualificado por su profesión– en la administración que la ley consagra y nada parece amenazar.

La literalidad de la Constitución guarda silencio sobre la finalidad de los Colegios, y ello permite plantear una alternativa entre la defensa de los intereses de sus miembros y la defensa de los intereses de la colectividad. Éstos no se oponen necesariamente a los intereses profesionales, puesto que serán tanto mejor servidos cuanto mayor sea la cualificación técnica, el nivel deontológico y las motivaciones económicas y no económicas, de los profesionales mismos. Pero es claro que esta opción implica también la defensa de los intereses colectivos frente al abuso de los propios profesionales.

A mi juicio, de la interpretación sistemática e histórica de la Constitución se deduce la necesidad de dicha opción. Los Colegios se tutelaron por el constituyente, como antes quedó claro, no para garantizar el derecho de los profesionales, sino el de los usuarios de sus servicios. Y, frente a lo que ocurre con los sindicatos de trabajadores y las organizaciones empresariales, orientados «a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios», y cuyas más relevantes acciones, por ejemplo, la huelga, se justifican por la defensa de sus intereses (art. 28,2 CE); o, incluso, frente a otras organizaciones profesionales *propter rem*, también orientadas «a la defensa de los intereses económicos que le sean propios» (art. 52 CE), el art. 36 nada dice, sino que vincula la constitucionalización de los Colegios a la previsión de la regulación legal del ejercicio de las profesiones tituladas. El argumento «a contrario» permite excluir el interés de la profesión, que tiene otros cauces asociativos de expresión y promoción o, al menos, subordinarlo al interés que la comunidad obtiene del buen ejercicio de la profesión.

El derecho de los Colegios, en consecuencia, verdadero derecho estatutario o estamental, sólo se justificaría así funcionalmente como, por otra parte, ha ocurrido con todo estamento vivo. Se explicaría, por lo tanto, para la consecución

de unos fines valiosos y acordes con los que inspiran el ordenamiento todo. Los Colegios pueden, sin duda, limitar la competencia, porque el mercado no sólo decanta el interés general, sino que en él encuentra su marco (arts. 1, 38, y 128 CE). Y los Colegios se entiende que han de promover valores integrantes de este interés.

Por ello mismo, y como reconociera el Tribunal Constitucional en sentencia ya citada, la limitación que la colegiación imponga a la libertad, de asociación o de profesión o de cualquier otra, ha de ser la mínima funcionalmente necesaria: frente al gremialismo, ha de imperar el principio *pro libertate*. La afiliación a los Colegios no puede ser un sustituto de los regímenes complementarios de Seguridad Social, y la creación de los Colegios ha de ser consecuencia de una demanda social preexistente de garantía del ejercicio de una profesión titulada, de especial relevancia por los intereses públicos que supone –piénsese en la relación de los abogados con el derecho reconocido en el art. 24 CE, en los médicos con relación al art. 43 CE, etc.– y no instrumento malthusiano para la creación de profesiones al amparo de una mera titulación o, como se ha dicho gráficamente, de la fragmentación de títulos genéricos.

Pero, a la vez, ello debería excluir y en el debate constituyente se dieron razones de ello, la pretensión de circunscribir la colegiación al ejercicio privado de la profesión. Cuando el ejercicio público –v. gr. en medicina– tiene como consumidor al ciudadano, el Estado no tiene títulos distintos para pretender asegurar la disciplina profesional. Otra cosa sería en los casos en que la profesión se ejerce exclusivamente, no sólo al servicio del Estado, sino en relación sólo con el poder público como consumidor de los servicios profesionales.

\* \* \*

De estas consideraciones contextuales, históricas y sociológicas es cómo, a mi juicio, puede deducirse, más allá de la mera literalidad, el espíritu y finalidad del art. 36. Lo que dicha norma pretende hacer, que es tutelar un acervo institucional: la organización colegial de ciertas profesiones, a través de la técnica, de origen germánico, denominada garantía institucional. Se trata de una categoría formulada por Karl Schmitt, recibida en España, primero por Pérez Serrano, después y más decisivamente por Luciano Parejo, a partir de la reelaboración de Burmeister y aplicada con expresa mención o sin ella, tanto a entidades territoriales (v. gr. Tomás Ramón Fernández) o corporativas (Ariño y Souvirón). A través de ella, se trata de proteger la imagen socialmente vigente de determinada institución. Esto es, los rasgos substancialmente identificatorios de la misma, susceptibles por lo tanto de una mutación orgánica a través del tiempo pero no de un vaciamiento que redujera la institución garantizada a un mero *nomen*.

En efecto, el art. 36 no es un mero mandato del legislador, sino una garantía constitucional que tutela una determinada imagen de la institución

así protegida. No tendría sentido si así no lo fuera y la intención expresa del constituyente fue taxativa al respecto. La «voluntas legislatoris» avala así la «voluntas legis», que siempre debe ser presumida a fin de evitar que la misma ley sea un «flatus vocis». Una determinada imagen, que puede ser innovada y modificada, pero que, en virtud de la garantía institucional, no puede ser de tal manera trastocada que cambie de substancia o naturaleza. La autonomía local, otra garantía institucional, podrá suponer unas u otras competencias, pero nunca podría pretender su mantenimiento quien eliminara unos mínimos de auto organización. Del mismo modo que, parafraseando un ejemplo famoso, las Facultades de Teología cuyo mantenimiento aseguraba la Constitución de Weimar, podían regularse y dotarse de una u otra manera, pero no podían marginarse de la comunidad académica o substituir su enseñanza del dogma por docencias seculares sobre el hecho religioso.

Ahora bien, ¿cuál es la substancia identificatoria de los Colegios Profesionales en nuestra realidad jurídica y social; lo que los juristas clásicos hubieran denominado la naturaleza de la institución?

Las discusiones doctrinales sobre la materia pueden sistematizarse en tres grandes tendencias. Primero, la que considera que los Colegios Profesionales son parte anexa de la estructura administrativa, sobre la base del ejercicio por los Colegios de potestades públicas, controlables a través de la jurisdicción contenciosa y a cuya actividad es aplicable, como norma supletoria, la Ley de Procedimiento Administrativo. De otro lado, la que destaca la raíz asociativa de los Colegios y los califica como «corporaciones sectoriales de base privada». Por último, la que ha considerado a los Colegios como entes públicos pero ajenos a la organización estatal, sin perjuicio del control de sus actos, sometidos a Derecho Administrativo.

Aparte de otras consideraciones, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a través de una laboriosa evolución, parece confirmar la tercera. Tal es el caso de la sentencia 89/1989, tantas veces citada. Los Colegios Profesionales serían Corporaciones de Derecho Público, aún a sabiendas de las insuficiencias que en esta expresión han señalado González Navarro y Fanlo Loras.

Los Colegios, por lo tanto, no son una figura que pueda proliferar más allá de su estricta funcionalidad. Más aún, parecería lógica una reconsideración de las instituciones colegiales hoy existentes, para mantener en todo su rigor aquéllas que pretende proteger finalísticamente la garantía institucional establecida en la Constitución.

Así acotada, la institución colegial puede asegurar la capacidad y responsabilidad técnica, económica y deontológica del profesional colegiado. No procede cuanto no es útil a este fin, por arraigado que esté, y sí cuanto, por distante que parezca, pueda resultar conveniente al mismo, ya se refiera a los honorarios, a

la publicidad o a la estructura del negocio. La competencia puede y debe ser limitada para este fin, pero no más allá.

Es claro, también, que a la hora de reordenar ciertas exigencias –v. gr. estableciendo la ilimitación territorial de la colegiación– es preciso hacerlo de manera que se preserve la finalidad principal de la colegiación misma, v. gr. exigiendo determinadas condiciones de arraigo que garanticen el sometimiento a la disciplina colegial.

Por último, es evidente, a la luz de lo expuesto, que el Colegio no sería tal si la colegiación fuera libre, si no hubiera exclusividad territorial, si las cuotas colegiales no fueran obligatorias –algo que no supone las cuasi-tasas colegiales–, o si el Colegio careciera de potestad para reglamentar el ejercicio profesional en la medida necesaria a su fin: la garantía de una calidad de servicio. Tal sería el caso, por ejemplo, si el Colegio no tuviera más que los instrumentos genéricos –acciones legales– para el mantenimiento de esta disciplina.

Aquí como en otras ocasiones, la fidelidad al espíritu de la Constitución va más allá de su letra. La Constitución viva es algo más que el tenor estricto de sus normas. Como las flores, la Constitución es ella misma y su aroma.