



EL CAÑÓN DEL 36, UN REGALO DEL DECANO PEDROL A LAS PROFESIONES

Rafael del Rosal García
Abogado

A medida que arrecia el ruido abolicionista contra los Colegios, por el todo o por piezas, en la tensa espera de tener nuevo Gobierno y de que este retome la tramitación de la Ley de Servicios y Colegios Profesionales, parece que va siendo hora de poner en batería, en defensa de nuestras instituciones reguladoras, el magnífico cañón jurídico que regaló a las profesiones Antonio Pedrol Rius, Presidente de la Abogacía española: el artículo 36 de nuestra Constitución de 1978 –CE–.

El art. 36 CE sólo ha venido recibiendo de sus enemigos ese desdén suficiente que se funda en limitar su alcance jurídico a ser algo así como un desiderátum o jaculatoria y, a la postre, un mero reconocimiento de la existencia de los Colegios, sin más contenido sustantivo que la remisión de su regulación al legislador ordinario, para que los configure como le venga en gana. Vamos, una risa.

Sin embargo, con ello sólo venían y vienen a repetir la doctrina acuñada en sus sentencias por nuestro Tribunal Constitucional –TC– que, al final, es la que deberemos afrontar si queremos preparar la batalla constitucional contra la Ley de Servicios y Colegios Profesionales, para el caso de que ésta regrese finalmente desnaturalizando la institución colegial. Siendo precisamente el propósito de estas letras, contribuir a la defensa de la naturaleza jurídica de nuestros Colegios y de su garantía constitucional, con razones que permitan conseguir que el propio TC reconsidere su reiterada doctrina –TC.36– operando un definitivo *overruling*, que termine para siempre con los ataques recurrentes contra los Colegios profesionales.

Ni que decir tiene que, en el centro de la disputa por la garantía constitucional de la naturaleza jurídica de los Colegios, se encuentra la cuestión de si, con ella, constituyen notas esenciales de la misma o no, las competencias públicas Disciplinaria y de Amparo y el sometimiento universal a las mismas

de sus profesionales o colegiación obligatoria, para que su ejercicio en régimen de autorregulación sea posible y efectivo.

Entrando por derecho en el fondo del asunto, la doctrina del TC.36 cuya revisión pretendemos, ha sufrido o recorrido desde 1978 dos estadios fundamentales y ambos de signo negativo para las garantías que pudiera prestar a los Colegios Profesionales. Tendencia que debería disuadirnos del asalto al giro doctrinal que se propone, si no fuera porque existen elementos jurídico-políticos extraordinariamente novedosos sobre la naturaleza de los Colegios Profesionales que no existían cuando se forjó la doctrina cuestionada.

El primer estadio, que iniciara la proclamación de nuestra Constitución de 1978, lo cierra en lo sustancial la Sentencia (STC) 89/89 de 11 de mayo, que estabiliza la primera doctrina sobre el art. 36 CE, ya apuntada en sentencias anteriores (entre otras, STC 42/86 y STC 83/84) que literalmente reza así:

“La calificación jurídica de los colegios y la regulación de los mismos, incluida la obligatoriedad de la colegiación o la exclusividad territorial, no viene impuesta por el texto constitucional en la medida en que según el artículo 36 CE es el legislador (...) quien puede optar por una configuración determinada, en



la medida en que dicho artículo deja en sus manos su regulación y en él no hay contenido esencial que preservar salvo la exigencia de estructura y funcionamiento democráticos”.

Para iniciar la réplica jurídica al constructo argumental citado no resultaría necesario conocer el segundo estadio recorrido por el TC en desarrollo de dicha doctrina, en tanto que sólo se distingue en acentuar su sentido. Pero conviene hacerlo por cuanto dicha acentuación será precisamente la que vendrá en nuestra ayuda como primer argumento en su contra toda vez que, ampliando hasta el infinito la libertad del legislador en su capacidad de disposición sobre los Colegios profesionales eleva la misma hasta el absurdo.

En efecto, porque ese segundo estadio se cierra con la STC 330/94 de 15 de diciembre, con una doctrina ya apuntada en su anterior STC 386/93 de 23 de diciembre, que debe ser calificada de prodigiosa en tanto que en ella la Sala del Tribunal de garantías pasa de negar reserva constitucional de los Colegios en su sustancia, como hiciera en la STC 89/89, a negar sustancia propia a los Colegios.

En dicha sentencia el Tribunal recurre a dicha doctrina para fundar su decisión de declarar constitucional la ley 9/92, de 30 de abril, de Mediación de Seguros Privados, en la parte en la que creaba el nuevo Colegio de “Mediadores de Seguros Titulados”, sin competencia disciplinaria y sin colegiación obligatoria, por transformación del preexistente Colegio de “Agentes y Corredores de Seguros” que sí las tenía y que, de acuerdo con la entonces vigente Ley de Colegios Profesionales (2/74) y tal y como declara la propia sentencia sin rubor, el cambio sufrido en su regulación afectaba “... a las condiciones esenciales de la conformación legal de los colegios profesionales”.

Tesitura en la que al Tribunal se abrían exclusivamente dos opciones:

- a. Anular la creación del Colegio de “Mediadores de Seguros Titulados”, declarando inconstitucional en parte la Ley 9/92, por no reunir los requisitos

exigidos para su constitución por la art. 3.2 Ley 2/74 de Colegios ya citada entonces vigente, al carecer de Colegiación obligatoria, aplicando su propia doctrina establecida en la STC 89/89, que otorgaba garantía constitucional ex art. 36 CE al modelo de Colegio elegido por el legislador ordinario. O,

- b. Declarar constitucional en su integridad la Ley 9/92 y la creación del Colegio de “Mediadores de Seguros Titulados”, aun no reuniendo éste los requisitos exigidos para ello por la Ley 2/74 de Colegios ya citada, por considerarlo excepcionalmente razonable y proporcional para dotar de coherencia general al sistema profesional y de actividades económicas implantado por dicha ley.

Opción ésta última que, como los constitucionalistas saben perfectamente, sólo podía tomarla el Tribunal fundándola también en el art. 36 y en otra doctrina colateral propia que viene reiterando sobre lo que él mismo denomina, no sin controversia, el “bloque de constitucionalidad” (art. 28.1 LOTC y por todas y en lo necesario SSTC 20/88 de 17 de octubre y 166/86 de 19 de diciembre) sentando que el legislador puede regular por medio de ley singular en contra de lo regulado por una ley general, en casos excepcionales y bajo el canon de razonabilidad y proporcionalidad, pero siempre y cuando la ley general contrariada venga inserta en el bloque de constitucionalidad por doctrina general ya sentada o así lo declare ad hoc el propio TC¹.

El problema de ambos caminos era el mismo: que tendría que recurrir al art. 36 CE y con el mismo instrumento jurídico, es decir, considerando a la Ley 2/74 de Colegios Profesionales integrada en el bloque de constitucionalidad ex art. 36 CE, con relevancia constitucional. La única diferencia entre ambas opciones quedaría reducida a que en la opción “a” lo haría de forma tácita y, en la opción “b”, de forma expresa.

¹ RUBIO LLORENTE, Francisco. “El Bloque de Constitucionalidad”. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 27. Septiembre-Diciembre 1989. Para discrepar de la doctrina TC sobre la categoría jurídica que pone título al ensayo.



Momento en el que el TC repara en que la doctrina acuñada por la STC 89/89 se había quedado corta a la vista de que, aún con ella, la Colegiación Obligatoria quedaba garantizada constitucionalmente, de una forma u otra, mientras el legislador ordinario no cambiara el modelo de Colegio diseñado por la Ley 2/74 mediante la correspondiente reforma.

Pero, además y a pesar de que el fallo de ambas opciones es completamente antagónico, para ambos pronunciamientos venía llamado necesariamente a realizar el juicio de constitucionalidad con elementos externos a la Constitución, que necesariamente tenía que ser una norma con el mismo rango de ley que la sometida a examen y que, por su "relevancia constitucional" quedaría inmediatamente incorporada o integrada en el llamado "bloque de constitucionalidad", tal y como propugnara desde el principio el propio

decano Pedrol, en un momento histórico en el que menos interesaba, al estar regulado por el legislador ordinario un solo modelo de Colegio Profesional de colegiación obligatoria, que después sería imposible modificar y que no era en realidad sino lo que el TC había venido queriendo evitar desde el principio de los nuevos y recientes tiempos constitucionales de 1978 en relación con el asunto en cuestión.

Los motivos de ello no estamos en condiciones de saberlo a ciencia cierta, pero la confluencia de intereses debió de alcanzar tal envergadura que lo llevó, precisamente, a optar por la solución verdaderamente inopinada de saltarse su propia doctrina anterior en todos los frentes citados, aparentando aclararla con la creación de una nueva que sustancialmente se sustentaba en el siguiente razonamiento (FJ 9º, párrafo 5º. STC 330/94):



INGLÉS PARA ABOGADOS

UN MES GRATIS DE INGLÉS JURÍDICO,
GENERAL O PARA NEGOCIOS.

Al contratar un bono de mínimo 12 horas, te obsequiamos con un mes de clases gratis.

Valores añadidos (según bono contratado) como sesiones de MasterClass gratis y acceso a 900 salas VIPs en todo el mundo

✉ info@garcilla-padilla.com
☎ +34 914 363 016
🔍 <http://www.garcia-padilla.com>
📍 Calle Velázquez 27, 1º izquierda. 28001 Madrid.

**García Padilla
& Asociados**
Languages & Consulting

“la Constitución no impone en su art. 36 un único modelo de Colegio Profesional. Bajo esta peculiar figura con rasgos asociativos y corporativos pueden englobarse por el legislador (...), situaciones bien distintas”.

El sentido del aserto resulta espectacular desde las propias doctrinas del TC que le afectaban pues venía a constituir un verdadero *overruling* doctrinal aunque, en contra del que aquí pretendemos, éste sería atrevidamente “in peius” de carácter definitivo: a partir de entonces, el legislador ordinario no sólo podría optar por regular los Colegios como le pareciera oportuno en una ley general, al no haber en el art. 36 CE ninguna reserva constitucional en su sustancia (STC 89/89!) sino que, además de hacer eso, podría:

- a. Regular en esa misma ley todos los modelos de Colegio profesional que deseara, para elegir a la carta.
- b. Crear todos los colegios que quisiera por ley especial, bajo modelos distintos de los ya previstos en la propia y ya posiblemente variadísima ley general, sin necesidad de justificar su canon de constitucionalidad desde la razonabilidad y la proporcionalidad de su necesidad pública.

A cualquier jurista le parecerá absurdo el razonamiento porque la Constitución no permite la irracionalidad en la sustancia ni siquiera en sede de derecho común. Pues si hasta entonces había venido manteniendo que el art. 36 no tenía reserva de garantía en la sustancia de los Colegios, que la hiciera indisponible por el legislador ordinario (STC 89/89), ahora los que quedaban sin sustancia alguna eran los propios Colegios que no eran cosa alguna.

El problema de este absurdo es que llega a constituir una verdadera y doble extralimitación competencial por parte de nuestro TC.: el intérprete de la constitución en vez de “interpretar” el art. 36 CE, lo derogaba al vaciarlo de forma absoluta de contenido sustancial, sin la tramitación de la obligada reforma constitucional por sus trámites! Y, además, derogaba igualmente en sede constitucional el art. 3.2 de la Ley 2/74, que establecía

como nota esencial de los Colegios la colegiación obligatoria, sin dejar que lo hiciera el legislador ordinario, al que el propio TC había remitido y seguía remitiendo en la propia sentencia la competencia y liberalidad absoluta para hacerlo (!).

Sin duda, haber llegado tan lejos, incluso hasta más allá del absurdo, no puede sino constituir la primera prueba o razón jurídica de que la doctrina del TC.36 sobre la garantía constitucional de los Colegios Profesionales y sobre su naturaleza jurídica es errónea y, por tanto, de que se impone el *overruling* que aquí se propugna. Siendo el centro de gravedad de todos los errores, la primera afirmación contenida en el Fundamento jurídico transcrito literalmente de la sentencia 89/89, de que *“La calificación jurídica de los colegios y la regulación de los mismos, incluida la obligatoriedad de la colegiación o la exclusividad territorial, no viene impuesta por el texto constitucional en la medida en que según el artículo 36 CE es el legislador (...) quien puede optar por una configuración determinada”.*

En primer lugar porque no es igual ni se puede tratar de la misma cosa en la estricta precisión jurídica que cabe exigir de un alto Tribunal de garantías constitucionales la “calificación” jurídica de los Colegios y su “regulación”, en tanto que en relación con la primera es claro que nos estamos refiriendo a su sustancia o naturaleza jurídica y en cuanto a la segunda nos estamos refiriendo al modo concreto y específico de dotar de régimen al modo de funcionamiento de los Colegios o a algo que no es sustancial.

En segundo lugar que, tanto más deben ser entendidas ambas categorías en el sentido referido, cuanto que el propio artículo 36 CE dice que lo que será regulado por el legislador serán las “peculiaridades propias” de los colegios, señalando así que dichas peculiaridades serán su contenido sustancial que deberá ser respetado y que ese contenido, que es el que los distingue de las Asociaciones del art. 22 CE y de los sindicatos del art. 28 de la misma, será el que podrá ser regulado en su régimen jurídico por el legislador.



En tercer lugar porque le remisión al legislador ordinario para regular esas peculiaridades o contenido sustancial que deberá respetar y que no define la Constitución, en modo alguno cuestiona la sustancia no definida de los Colegios, tal y como ocurre con el resto de institutos jurídicos que recoge en su texto. Lo que evidencia con meridiana claridad en contra de la doctrina que cuestionamos, el hecho de que la CE se remita igualmente al legislador ordinario en su art. 53.1, para regular los derechos fundamentales del Capítulo Segundo del Título I CE, con mandato de respetar su contenido esencial, ¡que tampoco define!

Siendo la segunda razón, unida a la anterior y en su mismo sentido, que es la propia doctrina desproporcionada que aquí cuestionamos y que el TC extendió de manera exorbitante hasta la aniquilación de toda sustancia en los colegios Profesionales en su STC 330/94, la que continúa remitiéndose al artículo 36 CE como norma de referencia para el desarrollo de las “peculiaridades” de los Colegios por el legislador ordinario, aun habiéndolo vaciado previamente de todo contenido sustancial, en una recurrente invocación de pesadilla de la que, ni tras su derogación extra-competencial puede desprenderse (!).

Lo que evidencia su texto tras el arriba transcrito:

[“Bajo esta peculiar figura con rasgos asociativos y corporativos pueden englobarse por el legislador (...), situaciones bien distintas] como son las que corresponden al ejercicio de funciones públicas en régimen de monopolio o de libre concurrencia en el mercado como profesión liberal, y con colegiación forzosa o libre, del mismo modo, no tiene porqué erigirse, en los supuestos legales de colegiación voluntaria,

una inexistente obligación constitucional de colegiarse, en un requisito habilitante para el ejercicio profesional. Y es así mismo posible que los colegios profesionales asuman la defensa de actividades profesionales que no configuren en realidad profesiones tituladas. Todos estos extremos pueden ser regulados libremente por el legislador (...), desarrollando el art. 36 (...) de la Constitución.”.

Remisión final a un artículo que ha dejado sin sustancia, como *excusatio non petita* que evidencia de forma inequívoca que el Tribunal de garantías constitucionales, a fuer de querer dejar bien claro que el art. 36 CE ha dejado de existir, sigue reconociendo sustancia garantizada en su texto después de su escabechina, asumiendo que los Colegios deben de ser algo y que ese algo está allí en sus “peculiaridades” que, a su

propio pesar y el de sus actos al redactar el párrafo que con ella concluye, debe “desarrollar” el legislador ordinario.

Y siendo finalmente la tercera razón de que la doctrina

TC.36 es errónea y también anudada a las anteriores, una circunstancia inexistente en la fecha de la sentencia y posible causa de la misma y de todos sus antecedentes, hoy felizmente concurrente: desde la Directiva de Servicios arriba citada, ya sabemos por su artículo 4.9, hoy transpuesto al artículo 3.12 de nuestra llamada Ley Paraguas (17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio), que los Colegios Profesionales son exactamente las Autoridades Reguladoras de la Competencia en los mercados de los servicios que presten las profesiones respectivas y que es esa “particularidad” la que ha de determinar ya la naturaleza jurídica o sustancia que debe quedar y queda garantizada por el art. 36 CE, por la vía de integrar dicha ley en el bloque

de constitucionalidad, en su interpretación, por su clara y evidente relevancia constitucional.

De suerte que, de lo dicho, deberá concluirse que no resulta posible admitir que los Colegios Profesionales no tienen sustancia o naturaleza jurídica alguna, hasta el punto de que ni siquiera tenga ésta que ser respetada por el legislador, incluso como cuestión de legalidad ordinaria o en una palabra, que no son nada ni para el art. 36 CE ni para la ley. Pues nadie podrá negar que resulta absurda, por su carácter extremo, excesivo y desproporcionado, una doctrina que sostiene la aniquilación virtual de la institución Colegial en su sustancia, pese a la presencia clara de la Ley de Colegios Profesionales en vigor en la fecha de la sentencia (2/74, en 15 de diciembre de 1994) y a su engarce constitucional ex art. 36 de la Constitución; y no digamos ya, la utilización de la propia ley referida y la del propio art. 36 CE en contra y detrimento de la esencia de los Colegios profesionales, en lugar de venir en su ayuda.

Partiendo pues de la premisa de que los Colegios Profesionales alcanzaron el texto constitucional por razón de la clara y decidida voluntad del constituyente de hacerlo en su protección y no en su detrimento, resulta necesario, imprescindible y deseable que el Tribunal Constitucional reconsidere sus excesos al respecto y vuelva grupas para remediar tan evidente despropósito, pues así lo aconseja el cataclismo final del camino andado.

Ello implica un giro de ciento ochenta grados en sus posiciones doctrinales que le lleve a caminar hacia la sanción de la garantía constitucional de la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales que determinan sus peculiaridades. Camino que

debe comenzar por integrarlas en la garantía del art. 53.1 CE, por la vía de su naturaleza actualmente reconocida por la ley española de Autoridad Reguladora del mercado de los servicios profesionales de que se trate, ex art. 3.12 de la Ley 17/2009, ya citada y que debe continuar por extender hasta ellos la doctrina general de respeto por el legislador a su **contenido esencial** a la hora de regularlos. De modo que con ello se integraría la citada ley en el bloque de constitucionalidad, aplicando a la misma la doctrina acuñada por el propio Tribunal sobre el art. 28.1 LOTC, así como la futura de Servicios y Colegios Profesionales, que deberá recoger

la definición de los Colegios citada, que no recogía en su retirado Anteproyecto.

Y camino que deberá concluir que, siendo las Autoridades Reguladoras de la Competencia en los mercados

profesionales, los Colegios deberán gozar como notas esenciales, de competencias de Amparo y Disciplinaria en materia de deontología profesional, así como del correspondiente fuero universal en su ejercicio o colegiación obligatoria, llevando también esas notas esenciales a la Ley de Servicios y Colegios Profesionales y al resto del ordenamiento de las profesiones, cuyas normas vigentes deberán ser reformadas en lo necesario al efecto.

Ya tenemos aprestado el cañón del 36 y conocemos su potencia de fuego jurídico. Sólo nos falta dotación suficiente y suficientemente aconsejada de juristas audaces, con el coraje y la voluntad necesaria para aprestarlo a la defensa de la dignidad de nuestras instituciones colegiales y de su autenticidad y eficacia en la regulación de los mercados profesionales. Así lo esperan y necesitan los consumidores y usuarios a los que nos debemos. //

Resulta necesario, imprescindible y deseable que el Tribunal Constitucional reconsidere sus excesos
