Especial Liberalización de los servicios profesionales

La Colegiación Necesaria

La anunciada ley de servicios profesionales dejaba de ser una simple previsión el pasado 28 de diciembre, al tenerse conocimiento de un documento del Ministerio de Economía y Competitividad (MEC) titulado Anteproyecto de Ley de Servicios Profesionales. En formato powerpoint. Dicho documento vaticinaba los epígrafes sobre los que pivotaría la Ley, que según el Gobierno debería estar aprobada en el presente semestre del 2013.

A la luz de esta información extraoficial, se ha podido realizar una aproximación a los aspectos que plantea esta reforma, sobre los que Unión Profesional (UP) realiza unas consideraciones básicas y comunes principalmente sobre la colegiación como requisito para ejercer las profesiones, afirmando la necesaria colegiación para el ejercicio de las 35 profesiones reunidas en esta institución de ámbito estatal, que cumple 33 años al frente de un principio que todos tienen muy claro: la colegiación como requisito para ejercer las profesiones que afectan a los derechos de los ciudadanos.

La revisión de la colegiación estableciéndola como obligatoria para unos y voluntaria para otros rompería un modelo de ejercicio de calidad, basado en la autoexigencia y el control independiente e imparcial, como garantía institucional de la buena práctica mediante la incorporación al colegio profesional.

Colegiación

La propuesta del MEC que se considera, plantea un modelo, ya avanzado por la Ley Ómnibus, basado en la libertad de acceso y ejercicio de las profesiones con una lista de excepciones que enumera, y en algunas, por actividades, es decir, no para el ejercicio de la profesión en su conjunto, sino para ciertas actividades profesionales.

Uno de los objetos del estudio que realiza Unión Profesional es comprender el criterio que lleva al órgano proponente de este Anteproyecto de Ley (aún desconocido en sus términos), a deslindar qué profesiones son excepción y cuáles no en la lista mencionada.

Desde Unión Profesional se sostiene que la justificación de la colegiación necesaria en términos de requisito para ejercer abarca a más profesiones que las recogidas en el documento del MEC y desde luego, las reunidas en UP. Hay razones comunes que han sido objeto de estudios sobre su justificación, así como en cada caso particular de cada profesión, lo que ha sido trasladado al MEC y a los ministerios de adscripción de cada profesión. Los estudios e informes recogen los test de proporcionalidad que valoran todos los elementos que concurren en el ejercicio de las profesiones en las que la ordenación y control, mediante la colegiación, es la única forma de garantía institucional de la buena práctica profesional como forma idónea de preservar los derechos de los ciudadanos, sean efectivos o potenciales usuarios de los servicios profesionales.

El documento del MEC recorre las diferentes profesiones en cuanto a la colegiación y las reservas de actividad. La cuestión es determinar qué profesiones han de tener colegiación como requisito para ejercer y cuáles no, como prevé la Disposición Transitoria 4ª de la Ley Ómnibus que remite a otra ley posterior, que sería la que ahora el MEC impulsará, como de Servicios Profesionales, que contemple el criterio que dicha D.T. 4ª recoge; profesiones cuyo ejercicio afecte de forma grave y directa a la salud e integridad de las personas y a la seguridad de las personas físicos y jurídicas.

Es de precisar que en la tramitación de la citada Ley Ómnibus en el Senado se incorporó una enmienda promovida desde UP ante los grupos parlamentarios, dando como resultado que el Grupo Parlamentario Popular introdujo una enmienda a esta Disposición Transitoria 4ª que incluía la "*garantía de la prestación de servicios de interés general o de servicios públicos, la preservación del medio ambiente o la conservación y administración del patrimonio de las personas*".

Por tanto, las profesiones que requieren colegiación para su ejercicio han de ser las que tienen esta vinculación, si bien el citado concepto de salud y seguridad no debiera aplicarse con criterio restrictivo, sino en términos de su correlación con el contenido de los servicios profesionales y sus implicaciones de todo orden que afectan a los derechos recogidos en la Constitución Española.

Es de resaltar que la información disponible reafirma el requisito de colegiación de los empleados públicos, que presten sus servicios directamente a los usuarios, coincidente por lo tanto con lo defendido por UP y con lo decidido por la STC 3/2013, de 17 de enero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por UP e interpuesto por el Gobierno contra la dispensa de colegiación de empleados públicos que contenía la Ley de acompañamiento a los presupuestos de 2002 de la Junta de Andalucía. Siendo una Sentencia satisfactoria y coincidente con el planteamiento del MEC, cabría precisar que los profesionales que ejercen por cuenta de las Administraciones Publicas y siempre que realicen actos profesionales cuyos usuarios o destinatarios últimos fueran personas físicas, debieran estar contemplados en la ordenación y control del ejercicio profesional por el colegio.

Reservas de Actividad

El esquema del Ministerio de Economía y Competitividad según el documento extraoficial se refiere también a las reservas de actividad.
Desde el sector colegial se estima que es un concepto difícil de abordar, aunque su principio esencial sea el hecho de que para ser competente es imprescindible poseer una formación además de suficiente capacidad para llevar a cabo los actos profesionales propios y característicos de las profesiones. Partiendo de esta base conceptual, la estructura de la regulación en esta materia no debe basarse en la comprobación ex post de los requisitos o exigencias para poder ejercer determinada profesión o al aseguramiento como cobertura de daños en muchas ocasiones irreparables. Por tanto, independientemente de a qué profesión se atribuyan en exclusiva o de forma compartida determinadas actuaciones profesionales, su capacitación y competencia han de ser comprobadas. Cuestión más evidente si tenemos en cuenta el momento evolutivo en el que nos encontramos – convivencia entre sistema de títulos universitarios, grados, postgrados y masters-.

Conceptos de interés en torno a la colegiación

Profesión Regulada

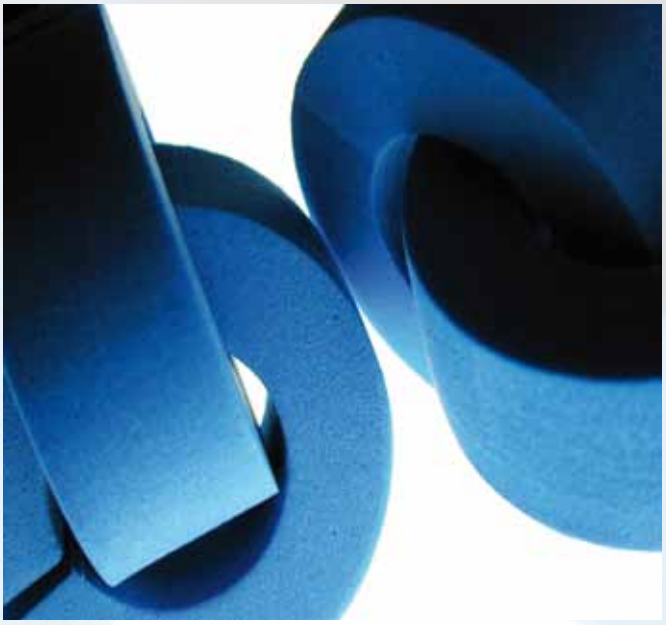
La Directiva de Servicios que, a su vez remite a la Directiva de Cualificaciones, se refiere a profesión regulada como "*actividad o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposición legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales*".
Conforme a varias directrices europeas, y especialmente conforme a la revisión de la mencionada Directiva 2005/36/CE de Reconocimiento de Cualificaciones Profesionales, las instituciones europeas prevén solicitar a los Estados miembros una notificación de la lista de las profesiones reguladas en su territorio y una evaluación de su legislación sobre el acceso a las mismas sobre la base de los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación - ver cuadro-. Esta tendencia es muestra de que las profesiones reguladas son entendidas como un 'todo' /una unidad en el ámbito comunitario, debiendo justificarse su regulación en base al conjunto de actividades que las conforman y no mediante un examen individual de cada uno de los campos de actividad que comprende una misma profesión.
Una profesión, por tanto, no se puede desgajar por actividades. Todas son un concepto de contenido compacto, interrelacionando e interdependiente, cuyo conjunto de actividades interactúan entre sí, lo cual es predicable de todas las profesiones que afectan a los bienes y derechos para las que el legislador ha dispuesto su especial protección con medidas peculiares cuya aplicación no se debe trivializar.

Desarrollo Profesional Continuo

Consustancial a la colegiación y su finalidad de control de la deontología es acreditar y certificar que el colegiado tiene durante toda su vida profesional, la formación adecuada en cada momento para prestar a los usuarios, clientes y pacientes los servicios más acordes con el estado de la ciencia, la técnica y habilidades en todos los órdenes adquiridas por formación, experiencia y práctica profesional. Por ello se han de incorporar en la ley mecanismos que permitan a las organizaciones colegiales certificar la formación de los colegiados en periodos y contenidos que estas Organizaciones determinen para garantizar a la sociedad las capacidades mínimas necesarias para el ejercicio profesional, lo que se concretaría en sede colegial, considerando las titulaciones, los nuevos grados, así como la acreditación de la formación y habilitación que debe ser llevada a cabo por los Colegios.

Sobre sociedades profesionales

Se estima que con el Anteproyecto de Ley de Servicios profesionales, que da lugar a la aparición de colegiación voluntaria, no será posible que pueda aplicarse la ley de sociedades profesionales, LSP, pues exige esta Ley 2/2007, de 15 de marzo, la colegiación en su artículo 1:
"*A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquélla para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional*."
Sí sólo podrá aplicarse la LSP a las profesiones de colegiación obligatoria y no podrán existir sociedades profesionales en las profesiones de colegiación voluntaria, supondrá una clara discriminación para dichas profesiones y sociedades. ¿Qué ocurrirá con las sociedades ya creadas hasta la entrada en vigor de la Ley de Sociedades Profesionales? Pensamos que podrían producirse numerosos problemas de difícil solución para las sociedades profesionales.



Especial Liberalización de los servicios profesionales

Colegios Profesionales

Colegiación voluntaria

Planteada esta posibilidad, para el sector colegial supone una discordancia conceptual, ya que los no colegiados escaparían al control deontológico y ello quebraría la garantía de control de la buena práctica lo que afectaría, en ese caso, a los derechos de los usuarios de los servicios profesionales.

Ámbito territorial

El documento considerado apunta la adaptación del ámbito territorial de los colegios. Sin embargo, las características de cada profesión, su distribución, la accesibilidad por los colegiados, los clientes o pacientes y por los ciudadanos en general, así como su relación con las demarcaciones de órganos de las administraciones asociadas a su actividad, justifican su planta territorial y en especial, que esté su configuración en sede colegial-estatutaria y por tanto, en las facultades de autogobierno corporativo y su capacidad organizativa. Para UP, «imponer, cosa que no se ha planteado, una determinada demarcación territorial, y muy en especial modificar la existente, no se corresponde con el principio de regulación y autonomía de configuración e independencia de los colegios profesionales y sus Consejos, en el marco de su peculiaridad que debe reconocerse tal y como dice el artículo 36 de la Constitución Española». Además, «la cuestión de eficiencia de la organización territorial es algo que deberá considerarse por las corporaciones colegiales en función de los diferentes elementos que sustentan la estructura adoptada».

Ejercicio irregular

Las infracciones profesionales y el ejercicio irregular de las mismas han de concebirse en el seno de la profesión en virtud de su autorregulación, si bien pueden ser útil unas pautas generales recogidas en la ley que amparen la legalidad del desarrollo normativo colegial.

El intrusismo profesional es uno de los casos más significativos del ejercicio irregular de una profesión, tanto el ejercicio sin titulación requerida que es un delito previsto y penado en el Código Penal, como también lo es el ejercicio de un titulado sin estar colegiado cuando así sea requerido por las normas, lo cual carece en estos momentos de resortes coercitivos suficientes para su efectividad.

Imparcialidad del órgano sancionador

Se plantea que el órgano sancionador ha de estar configurado de forma que no participen de él cargos de los órganos de gobierno de la corporación.

A ello se añade el recurrente planteamiento de la composición del órgano sancionador, de forma que esté participado de agentes externos que enriquezcan la perspectiva con la que se ejerza la función sancionadora.

El régimen sancionador de los colegios profesionales tiene márgenes de interpretación y admite visiones externas a la profesión de agentes relacionados. Ello además da un nivel mayor de transparencia, credibilidad y confianza al desempeño de la potestad disciplinaria de las corporaciones colegiales. Un recurso corporativo ante los órganos superiores generales de la organización colegial es un elemento que suma a esta función, especialidad y ámbito general de competencias, lo que es más ventajoso que si el ámbito territorial agota la vía administrativa de las Corporaciones colegiales territoriales. Para cierto tipo de asuntos y sanciones de una cierta relevancia, es más que aconsejable, el recurso corporativo ante los órganos colegiales superiores generales para la unificación de resoluciones

Incompatibilidades

También se recoge y se estima que puede resultar beneficioso para la institución colegial un régimen de incompatibilidades que impida participar simultáneamente en intereses de diversa índole e incluso en colisión. Ello abonará la independencia de los cargos colegiales electos y de la transparencia y confianza de estas instituciones.

No obstante, su desarrollo concreto ha de estar en las facultades de autogobierno de los colegios profesionales y sus Consejos generales y superiores, pues la casuística puede varia notablemente las reglas de aplicación.

Régimen económico

Las cuotas colegiales y los demás asuntos económicos son transparentes en muchos casos, siendo una línea de actuación asumida y plasmada por las Corporaciones colegiales en sus memorias publicadas en abierto, lo cual viene a ser una aplicación de lo dispuesto en la Ley Ómnibus.

Autorregulación

En relación con lo que se desprende del *powerpoint* difundido, la tutela de la Administración respecto a las potestades públicas de los colegios profesionales y sus Consejos no debe mermar su posición y capacidad de autorregulación.

Excedencia forzosa y servicios especiales

«Tanto en el orden laboral como en el funcionarial ha de preverse la concesión de excedencia forzosa a laborales y servicios especiales a los funcionarios que accedan a cargos electos

por periodo determinado en las corporaciones colegiales, lo que ya está aceptado en vía jurisdiccional a los primeros», confirma Unión Profesional.
Además, en cuanto al ámbito funcionarial, la Ley de Altos Cargos no recoge la figura del cargo electo de juntas de gobierno de corporaciones colegiales, y en su aplicación no se considera estos cargos a tal fin, por lo que se plantea una reforma puntual de dicha norma, de manera que se cubra esta necesidad cada vez más patente por la evolución, dedicación y complejidad de la gestión política de las corporaciones colegiales.

Voto Ponderado

Esta regulación ha de estar en sede colegial estatutaria, de forma que el principio democrático previsto en la Constitución Española sea una realidad, y aunque la ley diese unas pautas o principios generales, su aplicación concreta ha de corresponder a las Corporaciones colegiales en ejercicio de sus facultades de autorregulación.
Ninguna fórmula concreta puede abarcar las diferentes formas de Gobierno de estas Corporaciones, ya que intervienen diversos factores. Ciertos asuntos deberán, quizás, ser decididos con voto igual de los decanos de los Colegios territoriales, otros en una cierta proporción y algunos cabría hacerlo en otra u otras fórmulas o escalas.
Pero ello dependerá de la propia idiosincrasia de los Colegios, no pudiéndose afirmar que una fórmula general impuesta por la ley sea más democrática como ordena la Carta Magna. Por tanto, la ley podrá sugerir o plantear fórmulas o acotar de forma muy amplia la aplicación del principio, pero no imponer fórmulas o parámetros concretos.

Transparencia

La futura Ley de Transparencia recoge a los colegios profesionales entre las entidades que estarán sujetos a esta norma. Las cuotas colegiales y los demás asuntos económicos son transparentes en la mayoría de los casos, siendo una línea de actuación asumida y plasmada por las corporaciones colegiales en sus memorias, publicadas en abierto, lo cual viene a ser una aplicación que se lleva a cabo incluso con anterioridad a la redacción de este texto legislativo.

Consideraciones generales

Interlocución del Gobierno con Unión Profesional

La prevista Ley de Servicios Profesionales podría contener una previsión de interlocución y así se ha planteado al Gobierno por UP con la petición de adoptar un modelo similar a los existentes en Francia y Alemania, consistente en un sistema institucionalizado para el tratamiento de cuestiones comunes de las profesiones o sectores profesionales.

Consejos y Colegios Profesionales

También se plantea desde el sector colegial dar una redacción más completa al artículo 9 de la Ley de colegios profesionales y así explicitar en mayor medida las competencias de los Consejos Generales y Superiores, tanto en materia de acuerdos, como de su cumplimiento y recursos corporativos.
Se trata de mejorar la gobernanza de las organizaciones colegiales de estructura múltiple, así como la de los colegios únicos o de ámbito estatal, incorporando en la ley, resortes que permitan una mayor claridad y cohesión, haciendo posible la toma de acuerdos, concretando áreas de competencia.
En cuanto a los recursos corporativos, una vez que estos queden agotados en sede autonómica, y conscientes de las carencias de este sistema, es recomendable la incorporación, al menos en determinadas materias, el recurso a la organización colegial estatal, antes de pasar a abrir la vía jurisdiccional. De esta manera, se reduce la judicialización de la vida colegial, por lo que supone para algunos colegios profesionales, muy especialmente en estos momentos debido a la introducción reciente de las tasas judiciales, lo que podrá limitar notablemente el acceso a la vía jurisdiccional por parte de colegios, clientes, pacientes, usuarios o ciudadanos.

Peritos judiciales

Si se parte de que perito judicial es una actividad profesional que conlleva un acto profesional específico de la profesión para el cual se está capacitado y que va destinado a establecer un criterio técnico, científico o de otra área del conocimiento, se está bajo el modelo de ejercicio profesional.
Si a pesar de ello, la colegiación es voluntaria, como se recoge en el documento del MEC, se plantea, bien que se dé de alta en listas de peritos del colegio correspondiente o en otras listas ajenas al colegio que resulten disponibles.
Pero si para este ejercicio profesional existe un colegio y lleva listas de peritos, deben ser éstas preferentes aunque la colegiación sea voluntaria, y se plantea si un no colegiado puede estar en la lista de peritos que mantenga ese colegio. Téngase en cuenta que que se establece en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil,en el artículo 341, la competencia de los Colegios Profesionales para la elaboración de las listas, y que figuran en primer lugar dentro del orden de prelación frente a otras instituciones, sólo en caso de que no existan los respectivos colegios profesionales. Existen tres Sentencias del Tribunal Supremo a favor de los Colegios Profesionales en el sentido de que el Alto Tribunal falla a favor de la preeminencia en primer lugar de las listas de los colegios profesionales cuando existan frente a posibles Asociaciones de profesionales. Esto es, en realidad es aplicar por parte de la jurisprudencia el artículo 341 tal y como viene en la Ley de Enjuiciamiento Civil (STS 3 marzo 2010, 27 de mayo de 2011 y 21 septiembre 2011).
La solución que se ha apuntado es que tenga que estar en esa lista de peritos aunque no esté colegiado, no en otra lista ajena al colegio, lo que supone que no tendrá sujeción a normas colegiales.
La formación continua y aplicación de códigos deontológicos por parte de los Colegios Profesionales a los profesionales, constituyen una garantía de los profesionales que los integran, si la colegiación no es obligatoria no podrían aplicarse estas normas deontológicas, cada vez de mayor importancia, en beneficio de los usuarios y consumidores.

Especial Liberalización de los servicios profesionales

Beneficios económicos

El documento extraoficial del Ministerio de Economía y Competitividad recoge que la propuesta tendrá beneficios económicos positivos a largo plazo.
Plantea que por el lado de la **demanda**, en cuanto a consumo e inversión se verían impulsados por la mejor competencia y reducción de precios.
Por el lado de la **oferta**, por la liberalización fomentaría el empleo y mejoraría la productividad.
La ganancia en términos de PIB potencial o a largo plazo podría caracterizarse en un 0,1% por cada 1% de contracción de los márgenes de los servicios profesionales.
Mayor movilidad geográfica de profesionales españoles en la UE.
Menor recurso a los tribunales en la defensa de reservas de actividad.
Desde el sector colegial se pone en cuestión esta conclusión, ya que al estar contemplados principalmente mercados de calidad, el comportamiento de la oferta y demanda no responde igual que en otros mercados, siendo los primeros más inelásticos.
Por otro lado, la ganancia en términos de PIB potencial de 0,1% por cada bajada del 1% de margen en los servicios profesionales, no encuentra su lógica en términos de renta disponible, ya que si una parte de ésta no se destina al pago de servicios profesionales, la elección del consumidor será destinar esa diferencia sobrante a la adquisición de otros servicios o productos, lo cual sólo en caso de que ello suponga una mayor creación de valor y riqueza, supondría el incremento del PIB apuntado, ya que si no, nos encontramos en un nuevo trasvase de asignación de recursos que el consumidor podría realizar. Además, según el informe de Actividades del Sector Servicios (IASS) publicado por el INE el pasado 14 de febrero, el subsector de servicios profesionales ya está llevando a cabo un intenso ajuste vía precios y empleo. El volumen de actividad ha caído un 13,2% y el empleo un 2,7% entre diciembre de 2011 y diciembre de 2012.
Sin embargo, es precisamente la calidad de los servicios profesionales, la confianza, los que pueden generar valor añadido y en este caso, sí que habría un impacto complejo cuya resultante en términos reales sería un incremento del PIB, pero si la **estructura de la regulación** de servicios hace que estos mercados de calidad se degraden, el valor añadido decrecerá y con ello la resultante en términos del PIB.
Este razonamiento está en consonancia con el Estudio Económico realizado por UP: "Impacto de la regulación de los Colegios Profesionales en la Economía Nacional".
También se hace referencia al **aseguramiento** y a la necesidad de estudiar fórmulas más avanzadas de seguro de Responsabilidad Civil (RC) que pueda prestarse a través de Corporaciones colegiales bajo los principios de universalidad, solidaridad y economía de escala, teniendo en cuenta la libertad del colegiado para no incluirse en la póliza colegial según plantea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC).
La **movilidad geográfica** se favorece con estructuras regulatorias que acrediten capacitación y un cierto control de los comportamientos mediante referencias deontológicas. Entrar sin limitación alguna en el subsector sensible de los servicios profesionales que contemplamos mediante meros controles ex post afecta negativamente a los espacios de confianza y con ello a la contratación en la Unión Europea. La acreditación del Desarrollo Profesional estructurado a través de las corporaciones colegiales estatales se está demostrando que es el mejor sistema para el fomento y viabilidad de la movilidad, al establecerse un mercado competitivo basado en la referencia y confianza.

Conclusión

Los elementos descritos, si bien de forma sucinta, llevan a la consideración de que una **estructura de regulación** que obtenga el equilibrio entre todas las variables concurrentes es la única fórmula de obtener los fines complejos de calidad de los servicios, confianza de los mercados, movilidad y a la postre, economía sostenible. Ya que si se liberaliza en exceso introduciendo elementos que distorsionan el subsector de los servicios profesionales de calidad en materias sensibles, que se diferencia de otros servicios profesionales, estamos introduciendo inestabilidad.

Directiva 2005/36/CE de reconocimiento de cualificaciones profesionales:

«Profesión regulada», la actividad o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales; en particular, se considerará modalidad de ejercicio el empleo de un título profesional limitado por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas a quien posea una determinada cualificación profesional. Cuando la primera frase de la presente definición no sea de aplicación, las profesiones a que se hace referencia en el apartado 2 quedarán equiparadas a una profesión regulada;

Ley Paraguas:

«Profesión regulada»: la actividad o conjunto de actividades profesionales, cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio estén subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales.

Test de proporcionalidad que puede justificar una medida calificada de restrictiva de la competencia.

· No discriminación.
· Necesidad / principio de causalidad como relación directa entre la medida (colegiación) y el objetivo que se pretende (control).
· Proporcionalidad.
· No sustitución.

El «servicio» es la aportación de los profesionales a la sociedad. Ello supone el impacto social en todos los órdenes de las profesiones y de sus consejos y colegios profesionales.