

**INFORME DEL CONSEJO GENERAL DE PROCURADORES DE ESPAÑA AL
PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DE-
CRETO 472/2021**

1.

EL PROYECTO.

El “*Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 472/2021*” (sic: Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2018/958, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones) sometido a trámite de información pública (en adelante, el Proyecto) consta, como es preceptivo en esta clase de disposiciones, de una parte expositiva y otra dispositiva.

1. El *Preámbulo* o *parte expositiva* se divide en tres apartados. El apartado I -que se refiere a la oportunidad y objetivos de la propuesta normativa- comienza señalando que la libre prestación de servicios, el libre establecimiento y la movilidad de los profesionales se erigen en tres de las claves de bóveda de la construcción del mercado interior de la Unión Europea, para cuya consecución y garantía se han venido promulgando múltiples actos normativos; un contexto en el que se enmarca la *Directiva (UE) 2018/958 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones*, que tiene como objetivo establecer un marco común para efectuar las evaluaciones de proporcionalidad antes de introducir

nuevas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que restrinjan el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio, o de modificar las existentes, de forma que todos los Estados miembros utilicen el mismo test al realizar la evaluación a que les obliga la normativa europea sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales, todo ello con la finalidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado interior a la vez que se garantiza la transparencia y un nivel elevado de protección de los consumidores. Continúa el Preámbulo afirmando que esta Directiva fue transpuesta al ordenamiento jurídico español en virtud del *Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2018/958, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones*, destacando a continuación los motivos que justifican la propuesta de reforma de este último:

“La técnica del test de proporcionalidad que introduce esta Directiva, y que recoge el referido Real Decreto, busca que las autoridades efectúen un ejercicio de reflexión sobre las regulaciones que se introducen en materia de profesiones, al fin y efecto de garantizar que estas sean justificadas y proporcionadas y no mero fruto de la inercia o de la aplicación de soluciones genéricas y por tanto desapegadas del caso concreto de la profesión regulada.

Precisamente para garantizar los mejores resultados de este ejercicio de reflexión regulatoria para profesionales y ciudadanía, es una exigencia tanto de la Directiva como del Real Decreto aludidos que las autoridades competentes para la regulación velen por que la evaluación se realice de manera objetiva e independiente, de tal forma que no baste con un mero ejercicio de autoevaluación.

En este sentido, se ha detectado que los códigos deontológicos de los Colegios Profesionales de ámbito nacional y de los Consejos Generales pueden aprobarse por parte de estas corporaciones sin ningún visado ajeno, a pesar de su potencialidad para imponer regulaciones sobre el ejercicio profesional. Para responder a esta situación, se considera imprescindible mejorar la adecuación normativa a la Directiva (UE) 2018/958 – cuya transposición ya fue completada – a través de la modificación del Real Decreto 472/2021.”

Este apartado concluye sintetizando el objetivo del Proyecto, atribuir a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) la evaluación previa a la aprobación de los Códigos Deontológicos de los Colegios Profesionales de ámbito nacional y de los Consejos Generales, precisando los efectos jurídicos del informe de evaluación de la CNMC: un informe no vinculante, si bien las corporaciones proponentes del correspondiente Código Deontológico deben motivar por qué no acogen las eventuales observaciones que se formularan en dicho informe de evaluación.

El apartado II describe sumariamente el contenido del Proyecto por el que se modifica el Real Decreto 472/2021, consistente en la incorporación de una nueva adicional primera, que obliga, por coherencia normativa, a la reenumeración de las disposiciones adicionales vigentes así como a la modificación del Preámbulo. El Proyecto consta de un artículo único, dividido en 4 apartados, de los cuales el primero y el último tienen un contenido innovativo sustantivo y el tercero tan solo procedimental: el Uno, introduce la nueva disposición adicional por la que se regula la evaluación de los Códigos Deontológicos que efectúa la CNMC; el Tres sustituye como mecanismo de cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas al Comité para la mejora de la regulación de las actividades de servicios creado por la disposición adicional 3ª de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, por la Conferencia Sectorial para la Mejora Regulatoria y el Clima de Negocios regulada por el art. 10 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado; y el Cuatro, modifica el apartado II del Preámbulo del Real Decreto 472/2021 para recoger esa nueva redacción. En cambio, el apartado Dos que acoge el contenido referido a la transparencia e intercambio de información entre Estados miembros, solo cambia en su numeración respecto del texto original.

El apartado III incorpora, en primer término, una explicación de la adecuación del Proyecto a los principios de buena regulación previstos en el art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; en segundo lugar, una referencia al título competencial atributivo: se dicta en cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la integración de España en la Unión Europea y al amparo del art. 149.1.30.^a CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales; y, por último, consigna las habilitaciones normativas, así genérica como específicas: “Este real decreto se dicta en virtud de lo previsto en el artículo 97 de la Constitución y en los artículos 22 y 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y conforme a las habilitaciones contenidas en la disposición final tercera de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, en la disposición final sexta de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, y en la disposición final decimoquinta de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.”. Interesa en fin destacar que estos tres aspectos insertos en el apartado III son una traslación literal del contenido que sobre esos mismos extremos obra en el Preámbulo del Real Decreto 472/2021, de 29 de junio (III).

2. La *parte dispositiva* consta de un artículo único, “Modificación del Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2018/958, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones”, dividido en cuatro apartados.

El apartado Uno modifica la disposición adicional primera, que queda redactada así:

«Disposición adicional primera. Evaluación de los códigos deontológicos.

Los Colegios Profesionales de ámbito nacional y Consejos Generales someterán sus propuestas de códigos deontológicos o de modificación de los mismos a la Comisión

Nacional de los Mercados y de la Competencia para su evaluación antes de su aprobación, conforme a lo dispuesto en este Real Decreto, con las particularidades que se enuncian a continuación.

a) El Colegio Profesional o Consejo General remitirá a la Comisión de los Mercados y de la Competencia su propuesta, que será publicada tanto en la web del Colegio o Consejo como en la web de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

b) El Colegio Profesional o Consejo General dará cumplimiento al procedimiento de información y participación de los interesados previsto en el artículo 8 de este Real Decreto.

c) Una vez incorporadas a la propuesta las observaciones de los interesados, en su caso, el Colegio Profesional o Consejo General remitirá a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia su propuesta junto con una evaluación de proporcionalidad conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de este Real Decreto y un informe sobre las observaciones planteadas por los interesados.

c) La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia informará la propuesta.

d) En la página web de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia se publicarán la propuesta, la evaluación de proporcionalidad, el informe sobre las observaciones planteadas por los interesados, el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y, si el Colegio Profesional o Consejo General no admitiera las observaciones que pudieran realizarse en el informe, la explicación de los motivos por los que no las acepta.»

El apartado Cuatro del artículo único modifica el apartado II del Preámbulo del Real Decreto 472/2021, de 29 de junio. Cuya innovación se limita -además de a reflejar la nueva numeración resultante de las disposiciones adicionales- a insertar la descripción justificativa de la modificación que introduce la disposición adicional primera, en estos términos:

“(…) La disposición adicional primera establece un procedimiento para extender la evaluación de proporcionalidad a las propuestas de códigos deontológicos de los Colegios

Profesionales y Consejos Generales, o su modificación, considerando su competencia en materia de ordenación de la profesión.”

2.

UN PROYECTO INJUSTIFICADO: LOS CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS NO SON DISPOSICIONES QUE INTRODUCEN O MODIFICAN REQUISITOS DE ACCESO O EJERCICIO PROFESIONAL, LOS COLEGIOS -Y LOS CONSEJOS- TAMPOCO SON “AUTORIDADES COMPETENTES PARA LA REGULACIÓN”, A LOS EFECTOS DEL REAL DECRETO 472/2021.

1. El Proyecto pretende establecer un procedimiento para la evaluación previa de la proporcionalidad de los Códigos Deontológicos de los Colegios Profesionales de ámbito nacional y de los Consejos Generales supervisado y tutelado por la CNMC, que se inserta en nuestro ordenamiento mediante una reforma ad hoc del *Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2018/958, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones*, puesto que extiende el modelo analítico de evaluación en este previsto. La aprobación del Real Decreto 472/2021, de 19 de junio, se inscribe en el conjunto de iniciativas normativas adoptadas para homogeneizar el tratamiento de las profesiones reguladas en la Unión Europea y evitar la existencia de restricciones no justificadas a su acceso o ejercicio, en garantía de sus libertades fundamentales, destacadamente de la libre prestación de servicios, la libertad de establecimiento y la libre circulación de los trabajadores, que son principios fundamentales del mercado interior establecidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE en adelante), del que a su vez los servicios profesionales constituyen un elemento esencial en su construcción y adecuado funcionamiento. En este contexto y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las citadas

libertades fundamentales deben respetar el principio de proporcionalidad -que es un principio general del Derecho de la Unión Europea- y cumplir cuatro requisitos: uno, que se apliquen de manera no discriminatoria; dos, que estén justificadas por objetivos de interés público; tres, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen; y cuatro, que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

El principio de proporcionalidad ya rige con carácter general en el ordenamiento español, siendo aplicable a todas las Administraciones Públicas cuando, en el ámbito de sus competencias, establezcan requisitos que limiten el acceso a una actividad o su ejercicio, según lo dispuesto en el art. 9 de la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, el art. 5 de la *Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado* y el art. 4 de la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*. Principio que tenía además una plasmación particular en el caso de las profesiones reguladas, toda vez que el *Real Decreto 581/2017, de 9 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (Reglamento IMI)*, ya establecía en su art. 81 la obligación de las autoridades competentes españolas de elaborar un informe en el que se analizara la necesidad, proporcionalidad y no discriminación de los requisitos establecidos en las normas vigentes para las profesiones reguladas que cayeran dentro de su ámbito de competencia y que, además, debían comunicar los resultados de dichos informes a la Comisión Europea y mantenerlos actualizados.

No obstante las disposiciones dictadas y las medidas adoptadas, la Comisión Europea constató la disparidad existente entre las regulaciones vigentes -así, la misma profesión podía estar sometida a requisitos muy estrictos en unos Estados miembros y no estar regulada en otros-. Lo que puso en evidencia que la evaluación de la necesidad y la

proporcionalidad de los requisitos que restringían el acceso o ejercicio de una profesión era muy desigual en los distintos Estados y que algunos de los requisitos exigidos podían ser desproporcionados. Así, en su *Comunicación de 28 de octubre de 2015 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, titulada «*Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas*», señaló la necesidad de adoptar un marco analítico de proporcionalidad para su utilización por parte de los Estados miembros cuando revisen las regulaciones existentes de las profesiones o propongan otras nuevas. Justamente, la *Directiva (UE) 2018/958 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones*, tiene como objetivo establecer ese marco común para efectuar las evaluaciones de proporcionalidad antes de introducir nuevas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que restrinjan el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio, o de modificar las existentes, de forma que todos los Estados miembros utilicen el mismo test al realizar la evaluación a que les obliga la normativa europea sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales, todo ello con la finalidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado interior, a la vez que se garantiza la transparencia y un nivel elevado de protección de los consumidores.

Esta Directiva se transpuso al ordenamiento español mediante la aprobación del Real Decreto 472/2021, de 29 de junio; del que constituyen elementos esenciales así la delimitación de su objeto (en el art. 1), como de su ámbito de aplicación (en el art. 2). En cuanto al objeto, el párrafo primero del art. 1 establece que:

“Este real decreto tiene por objeto establecer las normas y los criterios aplicables a las evaluaciones de proporcionalidad que las autoridades competentes para la regulación deben realizar durante el proceso de elaboración de disposiciones legales o reglamentarias, que introduzcan o modifiquen requisitos para el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio.”

Respecto del ámbito de aplicación, el párrafo 1 del art. 2 determina que:

“Este real decreto se aplica a las evaluaciones de proporcionalidad que las autoridades competentes para la regulación deben realizar durante el proceso de elaboración de toda disposición legal o reglamentaria que introduzca o modifique requisitos para el acceso a las profesiones reguladas, o para su ejercicio, que entren en el ámbito de aplicación del Real Decreto 581/2017, de 9 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (Reglamento IMI).”

Ambos preceptos prescriben que dichas evaluaciones deben realizarse precisamente por las “Autoridades competentes para la regulación”, a las que el art. 3, apartado a), define así -a los efectos del Real Decreto-:

“a) «Autoridades competentes para la regulación»: las administraciones y entidades públicas que tengan atribuidas competencias para la elaboración, aprobación y modificación de disposiciones de rango legal o reglamentario que puedan restringir el acceso y/o el ejercicio de profesiones reguladas.”

De modo pues que el Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, -en tanto que así delimita su objeto y ámbito de aplicación- se refiere a las evaluaciones de proporcionalidad que deben realizar “las autoridades competentes para la regulación” -primer presupuesto-, durante el proceso de elaboración, “de disposiciones legales o reglamentarias, que introduzcan o modifiquen requisitos para el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio” -segundo presupuesto-. Ambos, como demostraremos a continuación, no concurren en el Proyecto.

2. Los Códigos Deontológicos adoptados por las corporaciones colegiales no son, en ningún caso, “disposiciones legales o reglamentarias, que introduzcan o modifiquen requisitos para el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio”, sino, antes bien, disposiciones corporativas aprobadas de forma autónoma por los Colegios en desarrollo de su función de “ordenación del ejercicio de la profesión”. Los Colegios Profesionales carecen manifiestamente de esa capacidad regulatoria. Una cosa es regular la profesión y otra muy distinta ordenar su ejercicio -con arreglo a pautas o cánones deontológicos-. Lo primero es un cometido estatal, lo segundo una misión de las corporaciones, como se desprende del marco normativo vigente de la *Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales* (LCP). En este marco, la regulación de la profesión no es, ni puede ser, objeto de la potestad normativa de los Colegios, que no pueden introducir o modificar requisitos de acceso o ejercicio profesional.

En el tratamiento positivo, la dimensión pública de estas corporaciones se encarna en el fin esencial de *ordenación del ejercicio de la profesión* (art. 1.3 LCP), para cuya consecución se atribuye a los Colegios la función de “*Ordenar en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de sus colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial*” [art. 5.i) LCP]. Una función que presupone el control del acceso a la profesión, que verifica a través de la colegiación, que constituye un *prius* de la función de ordenación. Ambas, control de acceso y del ejercicio de la profesión conforman la vertiente fundamental del Colegio Profesional. Y para la correcta satisfacción de esta función, se dota al Colegio de las necesarias potestades instrumentales: normativa y sancionadora. A través de la primera, positiviza en normas jurídicas los deberes profesionales observables por los colegiados, dando lugar a una característica manifestación normativa colegial, el Código Deontológico o las Normas Deontológicas, que conforman el patrón jurídico-ético de la actividad profesional de los colegiados, mientras que

mediante la segunda corrige disciplinariamente las desviaciones que se apartan de la deontología profesional previamente normativizada.

Este reparto de responsabilidades o competencias aparece sustentado, en primer término, por el art. 2.2 LCP, según el cual “Los Consejos Generales y, en su caso, los Colegios de ámbito nacional, informarán preceptivamente de los *Proyectos de Ley o de disposiciones de cualquier rango que se refieran a las condiciones generales de las funciones profesionales*, entre las que figurarán el ámbito, los títulos oficiales requeridos, el régimen de incompatibilidad con otras profesiones y el de honorarios, cuando se rijan por tarifas o aranceles”. Su significado se capta con más claridad si se lee no desde la óptica positiva de la atribución a los Colegios de una función informadora, sino desde la vertiente negativa de la no asignación a los Colegios de funciones reguladoras. Visto así, la regulación de las “condiciones generales de las funciones profesionales” se proclama como un ámbito de libre disposición estatal, ajeno a la intervención de los Colegios Profesionales. Aunque de forma más indirecta, el art. 6.1 LCP presupone la existencia de ese deslinde: “Los Colegios Profesionales, *sin perjuicio de las Leyes que regulen la profesión de que se trate*, se rigen por sus Estatutos y por los Reglamentos de Régimen Interior”. De una interpretación sistemática de ambas previsiones, arts. 2.2 y 6.1 (y demás apartados del art. 6 referentes a los Estatutos Generales) se extrae la siguiente conclusión: en la vigente LCP, la regulación de la profesión no es ni puede ser objeto de la potestad normativa de los Colegios Profesionales; se trata de una materia que es competencia estrictamente estatal y respecto de la que los Colegios Profesionales únicamente ostentan funciones informadoras en el procedimiento de elaboración de la correspondiente disposición. Una exégesis que confirman otros preceptos de la LCP, singularmente el párrafo 2º del apartado 1 del art. 2, que, en su redacción vigente debida a la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios profesionales, dispone que “El ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal. Los demás

aspectos del ejercicio profesional continuarán rigiéndose por la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión aplicable”.

En conclusión, la función de los Colegios de ordenar el ejercicio profesional consagrada en el art. 5.i) LCP en correspondencia con el fin esencial atribuido en el art. 1.3 LCP, nada tiene que ver con la regulación de la profesión. Esa función apela solo al control deontológico, de acceso y de ejercicio de la profesión, en garantía de los derechos de los usuarios de los servicios profesionales en particular y de la sociedad en general, pero no le habilita para intervenir normativamente en la regulación de la profesión. Con su lógico corolario: *los Códigos Deontológicos, como manifestación normativa de esa atribución, no pueden reputarse “disposiciones legales o reglamentarias, que introduzcan o modifiquen requisitos para el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio”.*

3. Ni los Colegios Profesionales, ni los Consejos Generales, tienen tampoco la condición de “autoridades competentes para la regulación” a los efectos del Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, tal y como son definidas en el art. 3.a). Una exclusión que confirman explícitamente los antecedentes de la tramitación del proyecto de Real Decreto, que se reconstruyen a partir de su consignación en el *Dictamen del Consejo de Estado de 3 de junio de 2021 (expte. núm. 234/2021), relativo al proyecto de Real Decreto por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2018/958, del Parlamento y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones* (Consideración V.B.e).

La letra a) del art. 3 del proyecto informado por el Consejo de Estado definía las “autoridades competentes para la regulación” como “aquella(s) autoridad(es) que tenga(n) atribuidas competencias para la propuesta de disposiciones legales o reglamentarias o bien para la aprobación de normas reglamentarias relativas a profesiones reguladas”. Por su

parte, la Memoria del Análisis de Impacto Normativo señalaba que las “autoridades competentes para la regulación” son las que están “facultadas para elaborar, aprobar y/o modificar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, que restrinjan el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio”. A lo largo de la tramitación del expediente, habían sido numerosos los escritos que habían solicitado la modificación de esta definición en distintos sentidos o, al menos, su aclaración. Entre todos ellos, destacaban de forma señalada los procedentes de los distintos Colegios Profesionales y de los correspondientes Consejos Generales, que habían solicitado que se les considerase como autoridades competentes para regular, o, en su defecto, que se les tuviera en cuenta a la hora de realizar la evaluación de proporcionalidad, y que, en consecuencia, se introdujeran las modificaciones que correspondieran en los arts. 3 y 4.5 del Proyecto (este último, por su parte, disponía que “Las autoridades competentes para la regulación velarán por que la evaluación a que se refiere el apartado 1 se realice de manera objetiva e independiente”). Argumentaban, en síntesis y con carácter general, que los Colegios Profesionales eran autoridades competentes para el control y la regulación de las actividades de servicios profesionales, que aprobaban normas colegiales, de carácter administrativo, que regulaban el ejercicio de las profesiones.

A pesar de las numerosas alegaciones, el órgano proponente mantuvo inalterada la redacción que contenía la versión inicial y, con ello, optó por no incluir una mención expresa a los Colegios Profesionales y Consejos Generales. La Memoria, ante el interés que la cuestión había suscitado durante la tramitación y los numerosos escritos recibidos -especialmente por parte de Colegios y Consejos Generales-, incluía una amplia reflexión al respecto que explicaba el criterio del órgano proponente y la interpretación que debía darse a la definición en cuestión; reflexión que, por el interés que reviste, se reproduce parcialmente a continuación:

“Para determinar las autoridades competentes para la regulación hay que tener en cuenta el objeto del PRD, que se refiere a las evaluaciones que, en aplicación del principio de proporcionalidad, deben realizarse para la elaboración, aprobación y/o modificación de

disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, que restrinjan el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio. Por tanto, las autoridades competentes para la regulación han de estar facultadas para elaborar, aprobar y/o modificar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, que restrinjan el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio.

Los límites de la potestad reguladora de los colegios profesionales están establecidos en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (LCP) y se refieren a la *ordenación y control del ejercicio de la profesión*, pero en ningún caso a la regulación de la misma. A estos efectos se han de tener en cuenta los siguientes artículos de la LCP [transcribe a continuación el contenido de los arts. 1, 2, 5.i), 6, y 9.1.b),c) e i)] ...

Los colegios profesionales tienen como uno de sus fines esenciales la ordenación del ejercicio profesional, ahora bien, dicho ejercicio ha de realizarse en régimen de libre competencia y conforme a la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión aplicable, y en lo que se refiere a la oferta de servicios y su remuneración está sujeto a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal.

La LCP, y a los efectos de que cumplan los fines esenciales que justifican la existencia de dichas corporaciones de derecho público, adjudica a los colegios profesionales, entre otras, la función de ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados (artículo 5.i). Pero esta potestad delegada es para *ordenar el ejercicio de la profesión* y en ningún caso para *regular* la profesión, lo que es privativo de una norma legal, como queda establecido en el punto 1 del artículo 6.

Por tanto, los colegios profesionales no pueden elaborar ni aprobar la regulación sustantiva propia de la profesión a la que representan, que será la que establezca los requisitos de acceso y/o ejercicio a la misma. Lo que sí les reconoce la LCP es el derecho a informar esa regulación.”

Una vez puesto de manifiesto lo anterior, y a la vista de los numerosos escritos recibidos y de las reflexiones de la Memoria, el Consejo de Estado estimó necesario hacer las siguientes consideraciones.

Primera, que la definición de “autoridades competentes para la regulación” contenida en el art. 3 del Proyecto debía mejorarse, porque -como se había puesto en evidencia a lo largo de la tramitación del expediente por parte de los numerosos escritos recibidos- no era lo suficientemente precisa a la hora de determinar cuáles eran las autoridades que debían ser calificadas como “autoridades competentes para la regulación” y que, en consecuencia, eran las encargadas de realizar las evaluaciones de proporcionalidad. La simple lectura de la definición creaba dudas sobre si estas autoridades eran las que tenían competencia para la “propuesta” de disposiciones legales o reglamentarias o para su “aprobación”. Los datos obrantes en el expediente remitido no permitían afirmar con rotundidad cuáles eran las autoridades en las que estaba pensando el órgano proponente como “autoridades competentes para la regulación”. Por ello, el Consejo de Estado solo podía dar una serie de pautas a título orientativo que deberían ser tomadas en consideración por la autoridad consultante a la hora de reformular la definición y alcanzar una nueva definición que permitiera identificar, de forma clara, cuál era, en cada caso, el órgano encargado de realizar las evaluaciones de proporcionalidad. En concreto, estas dos: (1) La referencia al concepto de “autoridad” es demasiado genérica y no permite conocer qué órgano debe llevar a cabo la evaluación de proporcionalidad en cada caso. La identificación concreta del órgano es especialmente relevante a estos efectos, pues, no puede olvidarse que este órgano debe ser capaz de realizar la evaluación de forma objetiva e independiente, tal como señala el apartado 5 del artículo 4 del Proyecto -que transpone el apartado 5 del artículo 4 de la Directiva-. (2) La determinación concreta del órgano encargado de realizar la evaluación de proporcionalidad requerirá distinguir, al menos, entre las disposiciones legales y las disposiciones reglamentarias; y, dentro de las primeras, entre las proposiciones de ley y los proyectos de ley. Atendida esta observación primera del Consejo de Estado, el órgano proponente sustituyó la definición del art. 3.a) del Proyecto por la finalmente aprobada, que identificaba aquellas con “las administraciones y

entidades públicas que tengan atribuidas competencias para la elaboración, aprobación y modificación de disposiciones de rango legal o reglamentario que puedan restringir el acceso y/o el ejercicio de profesiones reguladas.”

Pero es la segunda consideración la que interesa ahora destacar, porque conforma explícitamente la exclusión de las del concepto de autoridades competentes para la regulación. Reza así expresamente el dictamen:

“Segunda, el Consejo de Estado comparte el criterio expuesto en la Memoria de que no debe incluirse una alusión expresa a los colegios profesionales y consejos generales en la definición de “autoridades competentes para la regulación”, como han solicitado los escritos remitidos por estas corporaciones. Los colegios profesionales y los consejos generales son competentes, únicamente, para la ordenación y el control de las profesiones reguladas. No son competentes, en cambio, ni para regular, con carácter general, este tipo de profesiones, ni para establecer restricciones al acceso o ejercicio de las mismas, pues en ambos casos la regulación resultante sería contraria a las libertades fundamentales del mercado interior de la Unión Europea y al principio de unidad de mercado.”

Más claro y rotundo no pudo ser pues el pronunciamiento del Alto Cuerpo Consultivo, a cuyo parecer aún recurriremos porque abordó expresamente otras reflexiones de la Memoria que contemplaban alternativas regulatorias relacionadas con las competencias de las corporaciones profesionales formuladas en términos hipotéticos o subsidiarios en tanto que propiciaban una cierta participación de las mismas en el sistema de evaluación previa de las disposiciones normativas que introducen o modifican requisitos para el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio.

3.

QUE CONTRADICE EXPRESAMENTE LA DOCTRINA LEGAL

DEL CONSEJO DE ESTADO.

1. La iniciativa normativa impulsada por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital resulta tanto más sorprendente cuanto que durante el procedimiento de elaboración conducente a la adopción del Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, que pretende modificarse, se rechazara este mismo planteamiento que ahora abandera el Proyecto. A raíz de los escritos procedentes de los distintos Colegios Profesionales y Consejos Generales en solicitud de que se les considerase como “autoridades competentes para la regulación” o en su defecto que se les tuviera en cuenta a la hora de realizar la evaluación de proporcionalidad de las regulaciones profesionales, a que acaba de referirse, la autoridad estatal de competencia salió al paso de este planteamiento. El *IPN/CNMC/001/21 Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2018/958, del Parlamento y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones* (17 de marzo de 2021) (III, 2.2) estimó que debía dejarse claro que la potestad “delegada” a los Colegios Profesionales por la LCP era para ordenar el ejercicio de la profesión y, en ningún caso, para regular la profesión, lo que era privativo de una norma legal, como se derivaba del art. 6.1 LCP, y, que, por tanto, los Colegios Profesionales no podían elaborar ni aprobar la regulación sustantiva propia de la profesión a la que representaban, que habría de ser la que de forma general establezca los requisitos de acceso o ejercicio a la misma. Por lo que, sin perjuicio de reconocer, que esta interpretación era coincidente con la que recogía la MAIN, recomendaba aclarar que los Colegios Profesionales no se considerasen autoridades competentes a los efectos del art. 3 del PRD, pues la existencia de este concepto amplio de autoridad, derivado de la literalidad del precepto, podría ampliar este riesgo, con lo que convendría su oportuna matización. Y es entonces, como colofón de su recomendación, cuando sugirió que lo anterior se entendiera:

“Todo ello sin perjuicio de que los Colegios profesionales, cuando ejerciten su función de ordenación de la actividad profesional en el momento de la elaboración de sus estatutos, reglamentos internos y códigos deontológicos, pueden y deben adecuarse a los principios de buena regulación reseñados, y por ello también al test de proporcionalidad contemplado en este PRD, así como a la normativa de defensa de la competencia.”

Una posición que hizo suya la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Proyecto de Real Decreto que fue sometida a consulta del Consejo de Estado:

“La LCP, y a los efectos de que cumplan los fines esenciales que justifican la existencia de dichas corporaciones de derecho público, adjudica a los colegios profesionales, entre otras, la función de ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados (artículo 5.i). Pero esta potestad *delegada* es para ordenar el ejercicio de la profesión y en ningún caso para regular la profesión, lo que es privativo de una norma legal, como queda establecido en el punto 1 del artículo 6.

Por tanto, los colegios profesionales no pueden elaborar ni aprobar la regulación sustantiva propia de la profesión a la que representan, que será la que establezca los requisitos de acceso y/o ejercicio a la misma. Lo que sí les reconoce la LCP es el derecho a informar esa regulación.

Por otro lado, si dentro de la potestad autonormativa reconocida a las corporaciones profesionales se llegara a entender que pueden establecer requisitos de acceso o ejercicio a la profesión regulada correspondiente, teniendo en cuenta la amplitud de la definición de autoridad competente para la regulación, se entendería que los colegios profesionales están incluidos en esta definición.

En cualquier caso, y aunque no incluyan requisitos de acceso o ejercicio a la profesión correspondiente, las corporaciones profesionales pueden llevar a cabo el ejercicio de realización del test de proporcionalidad cuando ejerciten su función de ordenación de la actividad profesional en el momento de la elaboración de sus estatutos, reglamentos internos y códigos deontológicos.”

2. Sin embargo, estas opiniones que sugerían la práctica y extensión de las evaluaciones de proporcionalidad contempladas en el proyecto de real decreto de transposición de la Directiva a las disposiciones autónomas corporativas, incluyendo expresamente Estatutos y Códigos Deontológicos, fueron rechazadas y desautorizadas explícitamente por el Consejo de Estado. En el citado, Dictamen de 3 de junio de 2021 (expte. núm. 234/2021), luego de compartir el criterio expuesto en la Memoria de no incluir una mención expresa a los Colegios Profesionales y Consejos Generales en la definición de las “autoridades competentes para la regulación”:

“Por el contrario, el Consejo de Estado no comparte el criterio sostenido por la Memoria en el penúltimo de los párrafos que se han reproducido, pues es, en buena medida, contradictorio con lo afirmado anteriormente. Los colegios profesionales no pueden establecer, en ningún caso, requisitos que restrinjan el acceso a las profesiones reguladas, o a su ejercicio, dentro de su ámbito territorial de competencias, pues esto sería contrario a las libertades fundamentales de la UE y el principio de unidad de mercado. Debería, pues, eliminarse esta referencia con el objeto de evitar confusiones.

En la misma línea, se considera que tampoco debe mantenerse el último de los párrafos reproducidos, que alude a la posibilidad de aplicar la evaluación de proporcionalidad -pensada para detectar restricciones en el acceso a las profesiones reguladas, o a su ejercicio- a supuestos totalmente distintos -"la elaboración de sus estatutos, reglamentos internos y códigos deontológicos"-, que nada tienen que ver con los contemplados en el Proyecto y en la Directiva.

Lo que condujo a la eliminación de ambos párrafos en la versión definitiva de la Memoria, y, por supuesto, a dejar explicitado la improcedencia de la operación de extensión que sin embargo ahora se pretende acometer por el Proyecto.

4.

LOS MOTIVOS INVOCADOS EN EL PREÁMBULO TAMPOCO JUSTIFICAN LA PROPUESTA: DE LA DIRECTIVA Y DEL REAL DECRETO 472/2021 NO SE DERIVA LA INSUFICIENCIA DE LA AUTOEVALUACIÓN; Y LA “DETECCIÓN” DE CÓDIGOS QUE SE APRUEBAN SIN “VISADO AJENO”.

1. A falta de Memoria, no publicada en la información pública, la parte expositiva del Proyecto es el único texto al que acudir en busca de justificación de la propuesta normativa. Del Preámbulo (I, párrafos 4º a 6º) se infieren dos motivos. Tras explicar cuál es la finalidad del test de proporcionalidad que introduce la Directiva y recoge el Real Decreto, que las autoridades efectúen un ejercicio de reflexión sobre las regulaciones que se introducen en materia de profesiones al fin y efecto de garantizar que estas sean justificadas y proporcionadas y no mero fruto de la inercia o de la aplicación de soluciones genéricas y por tanto desapegadas del caso concreto de la profesión regulada, avanza el primero:

“Precisamente para garantizar los mejores resultados de este ejercicio de reflexión regulatoria para profesionales y ciudadanía, es una exigencia tanto de la Directiva como del Real Decreto aludidos que las autoridades competentes para la regulación velen por que la evaluación se realice de manera objetiva e independiente, de tal forma que no baste con un mero ejercicio de autoevaluación.”

No compartimos esta justificación, puesto que ni de la Directiva comunitaria ni del Real Decreto de transposición se deriva en modo alguno el axioma de la insuficiencia de los ejercicios de autoevaluación.

El apartado 5 del art. 4 de la Directiva se limita a establecer que “*Los Estados miembros velarán por que la evaluación a la que se refiere el apartado 1 se realice de manera objetiva e independiente*”. Por su parte, el apartado 5 del art. 4 del Real Decreto 472/2021, reproduce en su inciso inicial el contenido de la Directiva con las imprescindibles

adaptaciones para la transposición, en particular, la inserción de la atribución de ese rol justamente a las “autoridades competentes para la regulación” : “*Las autoridades competentes para la regulación velarán por que la evaluación a que se refiere el apartado 1 se realice de manera objetiva e independiente (...)*”. El resto del contenido prescriptivo del art. 4.5 del Real Decreto “(...) siendo necesario que expliquen en el expediente de elaboración de la norma, el procedimiento seguido para asegurar que se ha cumplido debidamente con estos principios. Se indicará si existen potenciales conflictos de interés entre los destinatarios de la norma y, si existieran, la forma en que se han valorado y la solución aportada.” fue incorporado para atender la observación del Consejo de Estado formulada durante su procedimiento de elaboración, que reparó en que la versión inicial del Proyecto -que constaba solo del inciso destacado en cursiva- se limitaba a reproducir el contenido de la Directiva sin establecer ninguna previsión que concretare cómo se habría de garantizar, con carácter general, esa objetividad e independencia, sugiriendo el establecimiento de una serie de previsiones, tanto orgánicas como procedimentales, dirigidas a asegurar que las evaluaciones de proporcionalidad fueran objetivas e independientes.

Así pues, ni de la Directiva comunitaria ni del Real Decreto 472/2021 se infiere de modo alguno que la objetividad e independencia de la evaluación de proporcionalidad se traduzca o requiera de un ejercicio de “evaluación” externa o por un tercero, esto es, una “hetero-evaluación”, por reputarse insuficiente la “autoevaluación” -lo que daría paso a justificar la asignación a la CNMC de esa función respecto de las propuestas de los Códigos Deontológicos de los Colegios de ámbito nacional o de los Consejos Generales-.

Más aún, el art. 4.5 del Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, atribuye la función de “velar” “por que la evaluación “se realice de manera objetiva e independiente” precisamente a las “autoridades competentes para la regulación”, definidas en su art. 3.a). A la luz de dicha definición resulta evidente que tampoco la CNMC tiene la condición de “autoridad competencia para la regulación”, pues carece de competencias para elaborar, aprobar o modificar disposiciones reguladoras de las profesiones. Afirmación con la que en

modo alguno se cuestionan sus facultades consultivas en los procedimientos de elaboración normativa -bajo cuyo amparo efectúa habitualmente evaluaciones de proporcionalidad-, consignadas expresamente en el art. 5.2 de la *Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Lo que se cuestiona es que su participación, que se dispone preceptivamente en el Proyecto, sea una consecuencia que se derive de la Directiva relativa al test de proporcionalidad y del Real Decreto de transposición en tanto que estas prescriben la objetividad e independencia de la evaluación por considerarse insuficiente el ejercicio de auto-evaluación -v.g. el que habrían de verificar las propias organizaciones colegiales, Colegios de ámbito nacional y Consejos Generales-; dando además por supuesto que estos también deben hacer la evaluación de proporcionalidad de sus propuestas de Códigos Deontológicos con arreglo al Real Decreto 472/2021, lo que tampoco es cierto.

2. Tampoco es justificación sustentadora del Proyecto el segundo de los motivos enunciado sin solución de continuidad en el preámbulo, siquiera la formulación de este último resulte todavía aún más sorprendente:

“En este sentido, se ha detectado que los códigos deontológicos de los Colegios Profesionales de ámbito nacional y de los Consejos Generales pueden aprobarse por parte de estas corporaciones sin ningún visado ajeno, a pesar de su potencialidad para imponer regulaciones sobre el ejercicio profesional. Para responder a esta situación, se considera imprescindible mejorar la adecuación normativa a la Directiva (UE) 2018/958 – cuya transposición ya fue completada – a través de la modificación del Real Decreto 472/2021.”.

La anterior aseveración no es sino el resultado de la constatación de las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico, pero en la que se obvia así su concreta identificación como el análisis legal que a ella conduce. Toda vez que en el sistema normativo de la vigente Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, los Códigos Deontológicos se aprueban autónomamente por las corporaciones profesionales sin sujeción a ningún

control de legalidad administrativo -o visado- por el Gobierno de la Nación y/o el Ministerio de adscripción, a diferencia justamente de lo que sucede con los Estatutos Generales que sí están sujetos a dicha supervisión con el alcance que determina el art. 6.2 LCP - sobre el que más adelante se volverá-: “Los Consejos Generales elaborarán, para todos los Colegios de una misma profesión, y oídos éstos, unos Estatutos generales, que serán sometidos a la aprobación del Gobierno, a través del Ministerio competente. En la misma forma, se elaborarán y aprobarán los Estatutos en los Colegios de ámbito nacional.”.

No menos acertada es la justificación invocada para cuestionar el status quo normativo - no identificado, se insiste en ello- que consagra la autonomía plena, sin restricciones, de las corporaciones en la aprobación de los correspondientes Códigos Deontológicos (“a pesar de su potencialidad para imponer regulaciones sobre el ejercicio profesional”), y que pretende removerse, puesto que como se ha expuesto y fundamentado profusamente, los Códigos no tienen potencialidad alguna para imponer “regulaciones sobre el ejercicio profesional”, sino solo sobre “la ordenación del ejercicio profesional” pues constituyen una manifestación de la potestad normativa instrumental al servicio de este fin esencial y función legalmente atribuidos a los Colegios Profesionales [arts. 1.3 y 5.i) LCP].

3. Esta segunda razón o motivo invocado por el preámbulo del Proyecto como base justificadora de la propuesta normativa por la que se atribuye a la CNMC la supervisión del procedimiento de aprobación de los Códigos Deontológicos (la “detección” de que estos “pueden aprobarse por parte de estas corporaciones sin ningún visado ajeno”) viene a refrescar y actualizar un precedente, ya antiguo, al que es obligado a referirse. No solo porque aclara definitivamente los términos del planteamiento de esta cuestión, sino también porque evidencia de modo manifiesto la desconexión de la finalidad u objetivo realmente perseguido por el Proyecto con el sistema de evaluación previa de proporcionalidad de las disposiciones reguladoras de la profesión dispuesto por el Real Decreto 472/2021 en transposición de la Directiva sobre el test de proporcionalidad.

Nada menos que en el mes de septiembre de 2008, la entonces Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en ejercicio de las competencias consultivas que también en ese momento le atribuía el art. 26.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, aprobó por su Consejo un “*Informe sobre el sector de servicios profesionales y los Colegios Profesionales*”. Dicho informe incorporaba unas recomendaciones para la reforma del marco normativo de los servicios profesionales, que habría de afectar, entre otras normas y al menos, a la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales. Este Informe de la CNC era la antesala de una nueva reforma sectorial, su soporte teórico o basamento técnico, como se anticipaba en su presentación:

“(…) El Gobierno ha anunciado ahora la elaboración de un nuevo marco normativo para los servicios profesionales, a través de una nueva Ley reguladora de los servicios profesionales, así como la modernización de los Colegios Profesionales. Por ello, el Consejo Nacional de la Competencia ha estimado necesario elaborar el presente informe en el que (...) se recomiendan las líneas o principios básicos a seguir, desde el punto de vista de la competencia, en el diseño del nuevo marco normativo de los servicios profesionales”.

Y, es que, en efecto, días antes se había anunciado oficialmente una reforma del sector con la publicación en el BOE núm. 197, de 15 de agosto de 2008, de la *ORDEN PRE/2424/2008, de 14 de agosto, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de agosto de 2008, sobre medidas de reforma estructural y de impulso de la financiación de las pequeñas y medianas empresas*. Entre dichas medidas (concretamente la núm. 21), y sistemáticamente encajada en el bloque sexto, sobre “actuaciones para reducir costes, mejorar la competencia en la prestación de servicios y reforzar la independencia y capacidad de supervisión de los organismos reguladores sectoriales”, se advertía de la presentación por el Ministerio de Economía y Hacienda de un *Anteproyecto de Ley de Servicios Profesionales*, que habría de elevarse a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos antes del 31 de diciembre de 2008,

para su posterior tramitación en Consejo de Ministros. El Anteproyecto de Ley, se indicaba, “deberá fortalecer el principio de libre acceso a las profesiones, favorecer su ejercicio conjunto, suprimir restricciones injustificadas a la competencia y reforzar la protección de los usuarios y consumidores, impulsando la modernización de los Colegios Profesionales”. En la exposición de motivos se conectaba esta medida con la Directiva de Servicios, al vincularse con los principios que debían guiar su trasposición al ordenamiento interno.

Ante el anuncio del Gobierno de reformar en breve la normativa de servicios profesionales, el Informe de la CNC ponía de manifiesto “los problemas que, desde el punto de vista de la competencia, *se han venido detectando* en este sector” (en expresión literal de la segunda de sus Conclusiones, p. 43), así en el ámbito de la regulación del acceso a la profesión, como en el de la regulación del ejercicio de la profesión. En lo que se refería a este último, “el principal problema se deriva del poder de auto-regulación que la legislación vigente otorga a los Colegios Profesionales, lo que ha dado lugar a la aparición de normas internas y conductas colegiales que han perjudicado la competencia entre los propios profesionales de cada Colegio” (Conclusión tercera, p. 44).

En el cuerpo del documento estudiaba esta cuestión en un apartado gráficamente denominado “El dominio de la auto-regulación frente a la co-regulación” [IV.5.d), núms. 139 a 146]. Estimaba que la LCP había otorgado un escaso margen de maniobra a la Administración en relación con la actividad de los Colegios en la ordenación del ejercicio de la profesión, en contrapartida con el elevado poder de autorregulación que los Colegios ostentan (núm. 139). Así, por una parte, y en relación con los Estatutos Generales, afirmaba que el margen de actuación o de iniciativa estaba, en la práctica, muy limitado, tanto para su aprobación como para su modificación (núm. 140). En cuanto a la primera, recordaba que, en efecto, los Estatutos Generales debían ser aprobados bajo la forma de Real Decreto y, por lo tanto, podrían entenderse como una forma de co-regulación. Sin embargo, por un lado, existía jurisprudencia que señalaba que “la Administración se debe limitar a un control de legalidad de la propuesta de Estatutos, sin entrar en otro tipo de

valoraciones”. Por otro lado, la Administración carecía “en principio” de la facultad de iniciar un proyecto de modificación de Estatutos, estando reservada tal iniciativa a los Colegios (con cita a pie del texto del Artículo 6 de la LCP: “2. Los Consejos Generales elaborarán, para todos los Colegios de una misma profesión, y oídos éstos, unos Estatutos Generales, que serán sometidos a la aprobación del Gobierno, a través del Ministerio competente. (...) 5. La modificación de los Estatutos Generales (...) exigirá los mismos requisitos que su aprobación”). Concluyendo que por ello se podía entender que la capacidad de co-regulación por parte de la Administración era bastante limitada pudiendo hablarse más de una autorregulación (núm. 141).

Del examen de las disposiciones estatutarias pasaba al de las normas internas colegiales, singularmente los Códigos Deontológicos. La CNC afirmaba que ese margen de intervención era nulo cuando se trataba de normas internas colegiales, pues las mismas eran aprobadas de forma totalmente autónoma por los Colegios Profesionales (núm. 142):

“Dentro de esas normas internas destacan de forma particular los Códigos Deontológicos, pues los mismos suelen contener normas que, tras el objetivo de asegurar una prestación adecuada y ética de la profesión, y de evitar la “competencia desleal”, pueden incluir ineficiencias o restricciones a la competencia, sin que éstas puedan ser controladas por la Administración a priori, por tratarse de auto-regulación colegial, y quedando de esta forma sometidas a la interpretación de los Colegios Profesionales.”
(núm. 143)

De ahí que, finalmente, la CNC en la recomendación 5ª.2 de su Informe reclamara un “mayor papel de la Administración”, en particular, a través de la posibilidad de iniciar la revisión de oficio de los Estatutos Generales y a través del control previo de los Códigos internos colegiales. La supervisión previa de los Códigos Deontológicos es pues una antigua aspiración de la autoridad estatal de competencia. Bien que entonces se planteara en el contexto de una profunda revisión de la Ley sobre Colegios Profesionales y en el marco de un análisis más amplio que, en relación a las potestades normativas de las

corporativas alcanzaba también a las disposiciones estatutarias. Y en el que dicho control se justificaba para evitar preventivamente la introducción de restricciones injustificadas a la competencia. La propuesta del Proyecto retoma este propósito, aprovechando una reforma de otro sector o bloque, el del test de proporcionalidad de las profesiones reguladas, aunque sea a fuerza de retorcer y forzar unas claves en las que con toda evidencia no encaja.

5.

AUSENCIA DE BASE LEGAL E INSUFICIENCIA DE RANGO NORMATIVO.

1. En rigor, el excurso anterior haría innecesario continuar el análisis de las cuestiones enunciadas en este epígrafe una vez demostrada la inviabilidad jurídica de incluir al Proyecto entre el conjunto de iniciativas normativas dictadas para homogeneizar el tratamiento normativo de las profesiones reguladas, producto de la transposición del Derecho Comunitario, en particular en cuanto establecen requisitos para el acceso a las mismas o su ejercicio, y de rebatir los motivos o razones justificativos invocados en su Preámbulo. Aún así, lo haremos para apurar la argumentación y desmontar su pretendida legitimidad, comenzando por su base legal.

En relación a esta, el Proyecto arrastra acriticamente y sin solución de continuidad las mismas habilitaciones normativas específicas que sostuvieron la aprobación del Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, e identificadas en su Preámbulo, en el apartado III, párrafo 6º, en estos términos: “Este real decreto se dicta en virtud de lo previsto en el artículo 97 de la Constitución y en los artículos 22 y 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y *conforme a las habilitaciones contenidas en la disposición final tercera de*

la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, en la disposición final sexta de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, y en la disposición final decimoquinta de la Ley 40/2015, de 1 de octubre”.

Las anteriores habilitaciones normativas a favor del Gobierno o del Consejo de Ministros para aprobar las normas de rango reglamentario que resultaren necesarias para el desarrollo de las respectivas leyes, localizadas en la disposición final 3ª (“habilitación normativa y cumplimiento”) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en la disposición final 6 (“desarrollo normativo”) de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y en la disposición final 15ª de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (“desarrollo normativo de la Ley”), solo se explicaban a partir de la previsión, en ese tríptico de disposiciones legales -concretamente en los arts. 9 de la Ley 17/2009, 5 de la Ley 20/2013 y 4 de la Ley 40/2015-, de que las Administraciones Públicas o autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establecieran medidas que limitaran el ejercicio de derechos o exigieran el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad debían aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público, así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguieran, sin que en ningún caso se produjeran diferencias de trato discriminatorias.

Sin embargo, estas habilitaciones normativas genéricas no pueden esgrimirse en el particular caso del Proyecto. Primero, porque los Colegios Profesionales ni tienen la consideración legal de Administraciones Públicas (así, por ejemplo, y sin ir más lejos unas de las Leyes invocadas, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, les excluye de su ámbito subjetivo de aplicación en su art. 2: ni se incluyen entre las que tienen la consideración de Administración Pública -apartado 3-, ni se mencionan siquiera entre las entidades que integran el sector público institucional -en su apartado 2-) ni tampoco de autoridades competentes (a los efectos que aquí se trata de la regulación de las profesiones). Y, segundo, porque, como también se ha examinado, los Códigos

Deontológicos no tienen aptitud para establecer medidas que exigen el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad. Es decir, que no concurren los dos condicionantes o presupuestos que integran las respectivas habilitaciones normativas.

Es preciso, por último, apurar la argumentación en relación con la conexión de la habilitación normativa de la Ley de garantía de la unidad de mercado con la previsión específica que se ha añadido a su art. 5.3 tras la modificación por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, en relación con la aplicación del principio de proporcionalidad a las nuevas regulaciones de profesiones, que reza así: “La necesidad y proporcionalidad de los límites o requisitos relacionados con el acceso y el ejercicio de las profesiones reguladas se evaluará de conformidad con el Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2018/958, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones.”. La misma no cambia en nada la situación, pues la justificación de la habilitación normativa de desarrollo de esta Ley inserta en la disposición final 6ª está condicionada, por supuesto, a que se trate de los requisitos relacionados con el acceso y ejercicio de profesiones reguladas a que se refiere el Real Decreto 472/2021, cuyos presupuestos no concurren como se ha explicado en el epígrafe anterior.

2. En el proceso de génesis del Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, el Consejo de Estado (Dictamen de 3 de junio de 2021, expte. núm. 234/2021), avaló la adecuación -y suficiencia- del rango adoptado por el Proyecto en línea con sus dictámenes anteriores números 87/2017, de 25 de mayo, y 2.333/2007, de 27 de diciembre -que se habían emitido sobre materias conexas con la que ahora se dictaminaba-, por varias razones. Primera, porque las directivas que sobre esta materia se habían incorporado al ordenamiento jurídico español también habían sido transpuestas a través de una norma con rango de real decreto, como ya señaló el Consejo de Estado en el dictamen n.º 2.333/2007, emitido en relación con el proyecto de Real Decreto por el que se procedía a la transposición de la

Directiva 2005/36/CE (“En efecto, la Directiva 2005/36/CE, de la que es desarrollo la Directiva que ahora se transpone, fue transpuesta a través del Real Decreto 1837/2008, y la Directiva 2013/55/UE, por el Real Decreto 581/2017. Además, el Proyecto desarrollaba lo establecido en una norma del mismo rango, el citado Real Decreto 581/2017”). Segunda, porque el principio de proporcionalidad y la obligación de revisar la proporcionalidad de normas vigentes ya estaba contemplado en nuestro ordenamiento jurídico en normas de rango de Ley (la 17/2009, la 39/2015 y la 20/2013), y el objeto de ese real decreto, establecer las normas y criterios aplicables a las evaluaciones de proporcionalidad en las profesiones reguladas, tenía una finalidad instrumental y de concreción y desarrollo de mandatos recogidos en normas de rango superior.

Sin embargo, estas razones no pueden trasladarse al Proyecto a partir del análisis efectuado. La primera de aquellas porque, como también advirtiera el Consejo de Estado, en diferentes pasajes de su Dictamen de 3 de junio de 2021, la transposición de la Directiva relativa al test de proporcionalidad había sido “completada” y así en efecto se hizo constar expresamente en su Preámbulo (I, párrafo 6º). Hemos expuesto y justificado anteriormente que el contenido de la propuesta normativa ni encaja ni puede incardinarse en el sistema de evaluación previa de proporcionalidad de las disposiciones reguladoras de las profesiones, por lo que al no constituir transposición de derecho comunitario no puede beneficiarse de la justificación del rango normativo que para esta clase de disposiciones se ha invocado. En cuanto a la segunda, porque como se ha explicado al hilo del examen de las mismas habilitaciones normativas -tomadas a préstamo de las Leyes 17/2009, 39/2015 y 20/2013- no concurren los presupuestos legitimadores por análogas razones. Además, y finalmente, aunque este extremo se desarrollará a continuación, el rango reglamentario es insuficiente, si el contenido regulatorio contraviene una disposición de rango legal, como es el caso.

6.

INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA NORMATIVA

SANCIONADO EN LA LEY SOBRE COLEGIOS PROFESIONALES.

1. El *principio de autonomía* es un *nervio conductor* de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, que impregna toda su regulación. En expresión literal del Informe de la Ponencia, durante su gestación en las Cortes Generales, al explicar los principios y claves vertebradoras de la Ley: “La Ponencia, en efecto, acepta como nervio conductor de la regulación de los colegios profesionales el principio de autonomía como el más adecuado a su intrínseca naturaleza”¹. Un principio que tiene numerosas manifestaciones y vertientes. (1) Comenzando por la definición de las relaciones con la Administración. La autonomía significa negación de todo encuadramiento orgánico en la Administración Pública. De ahí la articulación de una simple relación de adscripción en el art. 2.3: “Los Colegios Profesionales se relacionarán con la Administración a través del Departamento ministerial competente”, cuyo contenido se desprende del conjunto del marco ordenador dispuesto. Un marco que solo contempla dos intervenciones por parte del departamento correspondiente: una, en la que el Ministerio competente actúa como conducto a través del que los Consejos Generales o Colegios Nacionales someten al Gobierno de la Nación la aprobación de sus Estatutos Generales (art. 6.2 LCP), y, dos, al constituirse en el destinatario de la comunicación de la constitución de los órganos de gobierno de las corporaciones (art. 8.5 LCP), que incluye la composición de los órganos elegidos y el cumplimiento de los requisitos legales. (2) Muy significativo, e íntimamente conectado con el anterior, es el régimen de recursos previsto en la Ley contra los actos emanados de los órganos de los Colegios y de los Consejos Generales en cuanto estén sujetos al Derecho Administrativo, que son directamente recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa “una vez agotados los recursos corporativos” (art. 8.1), lo que significa la exclusión de los recursos administrativos de alzada o impropios ante la Administración de adscripción, que no va a poder revisar por esta vía -ni tampoco por cualquiera otra,

¹ *Diario de Sesiones de las Cortes*, X Legislatura, núm. 227, 11 de diciembre de 1973.

como la revisión de oficio- las decisiones adoptadas por las corporaciones profesionales.

(3) También lo es la representatividad de los cargos colegiales directivos, pues el único sistema que admite es el de la elección por los propios colegiados [sancionado por partida doble en la Ley, así en el art. 6.3.e), al determinar como contenido mínimo necesario de los Estatutos Generales (el) “Régimen que garantice la libre elección de todos los cargos de las Juntas de Gobierno”, como en el art. 7.3, al reglar los procesos de provisión de cargos (“Las elecciones para la designación de las Juntas Directivas o de Gobierno u otros Órganos análogos se ajustarán al principio de libre e igual participación de los colegiados...”) habilitándose a los Estatutos Generales para establecer las incompatibilidades que consideren necesarios para ocupar los cargos de las Juntas de Gobierno (art. 7.2) -sobre todo con cargos públicos-.] (4) O, también, la autonomía económica y la suficiencia financiera, preservado como contenido básico de los Estatutos Generales [(art. 6.3.f): “Régimen económico y financiero y fijación de las cuotas y otras percepciones y forma de control de los gastos e inversiones para asegurar el cumplimiento de los fines colegiales”]. (5) Y por supuesto, en el plano normativo, en el que autonomía comporta -como la propia raíz griega del vocablo sugiere- la atribución de amplias facultades de autorregulación, que tienen su máxima expresión en los Estatutos, así Generales como Particulares, de las corporaciones y de la organización colegial, y los Códigos Deontológicos.

2. La vigente LCP atribuye, en efecto, potestad normativa a los Colegios Profesionales. Un reconocimiento que es a la vez explícito e implícito. Explícito porque les confiere expresamente la facultad de creación de normas estatutarias, Estatutos Generales [arts. 6.2, 6.3 y 9.1.b) LCP] o Estatutos Particulares [arts. 6.4 y 9.1.c)] y de otras normas jurídicas [arts. 5.i) y 5.t)], entre las que se incluyen los Reglamentos de Régimen Interior [art. 9.1.c)] y los Códigos Deontológicos [arts. 2.5, 10.2.e) y 11.1.e) LCP]. E implícito por el otorgamiento de un *status* general que presupone necesariamente la tenencia de una potestad normativa consustancial al reconocimiento de su autonomía, e instrumento esencial para el desenvolvimiento de sus fines esenciales y funciones, que resulta ser uno de los “nervios conductores” de la LCP y una de las señas de identidad o “peculiaridades jurídicas” -en la terminología del art. 36 CE- de los Colegios Profesionales.

El ejercicio de esta potestad normativa de las corporaciones se manifiesta fundamentalmente a través de dos tipos o clases bien diferenciadas. Por una parte, las *normas estatutarias*, cuyo paradigma son los Estatutos Generales que constituyen la norma de cabecera del ordenamiento corporativo particular de cada organización colegial al que se reservan las materias más relevantes concernientes a su organización, estructura, funcionamiento, y régimen jurídico, y que son objeto de aprobación por el Gobierno/Administración que practica un control de legalidad a partir de su previa elaboración y aprobación autónomas por la organización colegial. Por otra, las *normas reglamentarias*, que incluyen los Códigos Deontológicos, infraordenadas jerárquicamente a las normas estatutarias dada su configuración estructurante y que, a diferencia de estos, se aprueban con completa autonomía corporativa, libres de cualquier tipo de injerencia administrativa, sin controles externos de legalidad.

Así en la doctrina científica, como en la doctrina legal del Consejo de Estado y aún en la jurisprudencia del TS es apreciable un inusual grado de consenso en los pronunciamientos acerca de la naturaleza jurídica de los *Estatutos Generales*. Los Estatutos Generales son normas corporativas autónomas, normas jurídicas especiales fruto simultáneo de la autonomía normativa reconocida a los Colegios Profesionales por la LCP y del control de legalidad encomendado al Gobierno. No son pues reglamentos o disposiciones generales estatales, aunque se aprueben por el Gobierno mediante Real Decreto. Valga la expresiva cita del *Dictamen del Consejo de Estado de 5 de marzo de 2020, en el expediente (núm. 812/2019) relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española* -un reciente y muy significativo ejemplo-:

“La norma proyectada adopta la forma de real decreto de aprobación del Estatuto General de la Abogacía Española y deroga expresamente el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprobó el vigente Estatuto. *Respecto de la peculiar naturaleza de los estatutos y de la potestad de autorregulación de los colegios profesionales*, explicaba este Consejo de Estado en su Memoria de 2016 que "*los Estatutos son normas*

jurídicas especiales, fruto simultáneo de la autonomía que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a la Administración corporativa y del control que reserva al Gobierno de la Nación".

El Proyecto responde a la habilitación contenida en los artículos 6.2 y 9.1.b) de la LCP; el primero de los cuales autoriza a los consejos generales para elaborar "unos Estatutos Generales para todos los Colegios de una misma profesión, y oídos estos, serán sometidos a la aprobación del Gobierno, a través del Ministerio competente. En la misma forma, se elaborarán y aprobarán los Estatutos en los Colegios de ámbito nacional". El segundo (artículo 9.1.b) de la Ley 2/1974) asigna a los consejos generales de los colegios la función de "elaborar los Estatutos generales de los colegios, así como los suyos propios".

"La razón de atribuir a estas entidades, y no a la Administración, las funciones públicas sobre la profesión, de las que constituyen el principal exponente la deontología y la ética profesional, y con ello, el control de las desviaciones en la práctica profesional, estriba en la pericia y experiencia de los profesionales que constituyen su base corporativa" (Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 3/2013, de 17 de enero).

En consecuencia, el proyecto de Real Decreto está directamente entroncado con un texto de rango legal, cual es la LCP y, más concretamente, con su artículo 6, cuyos números 2 y 3 prevén la existencia de unos estatutos generales de ámbito nacional, con vigencia para todos los colegios de una misma profesión y detallan su contenido.

Pese a esa directa conexión con normas de rango legal, y tal y como este Consejo ha tenido múltiples ocasiones de recordar, los proyectos de reales decretos de la índole del ahora examinado no son típicos reglamentos ejecutivos, sino normas especiales, en las que concurre un control reservado al Estado -que se materializa en el correspondiente real decreto- sobre un ámbito de autonormación que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a algunos grupos profesionales -que se concreta en los estatutos generales que les son aplicables-, una suerte de "reglamentos sectoriales" de la Ley sobre Colegios Profesionales (véanse, en ese sentido, el dictamen de 6 de marzo de 1997, dos dictámenes de 13 de noviembre de 1997 y un dictamen de 26 de noviembre de 1998, relativos a los expedientes números 4.358/96, 5.081/97, 4.023/97 y 4.384/98, centrados respectivamente en los proyectos de Reales Decretos por los que se aprueban el Reglamento

Orgánico del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, el Estatuto General de la profesión de Gestor Administrativo, los Estatutos del Consejo General de Colegios de Economistas de España y los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Ingenieros Técnicos Agrícolas y Peritos Agrícolas de España y su Consejo General y, más concretamente el dictamen al proyecto de Real Decreto que aprobó el vigente Estatuto General de la Abogacía Española (dictamen de 14 de enero de 1999, referido al expediente número 999/98).

En definitiva, el acto normativo sigue un procedimiento bifásico, ya que se elabora y aprueba en fase corporativa y queda sujeto a las eventuales observaciones condicionales de su aprobación que pueda hacer el Gobierno.”

Los Estatutos Generales siguen un procedimiento de aprobación propio y característico, definido en el art. 6.2 LCP, a tenor del cual “Los Consejos Generales elaborarán, para todos los Colegios de una misma profesión, y oídos éstos, unos Estatutos generales, que serán sometidos a la aprobación del Gobierno, a través del Ministerio competente. En la misma forma, se elaborarán y aprobarán los Estatutos en los Colegios de ámbito nacional”. Que es el mismo que lógicamente ha de observarse para su modificación, como prescribe el art. 6.5 LCP, según el cual la modificación de los Estatutos generales (y de los particulares) exigirá los mismos requisitos que su aprobación. Un procedimiento en el que se advierte la existencia de dos fases claramente diferenciadas en orden a su competencia. Una primera, a cargo de la organización colegial, aunque equívocamente denominada de “elaboración”, porque, en realidad, desemboca en una aprobación por parte del Consejo General o Colegio Nacional, al ser los Estatutos manifestación de autonomía normativa. Y una segunda de aprobación, “definitiva”, que es competencia del Gobierno de la Nación. En torno a estas dos fases, de elaboración y aprobación, se articulan los diferentes trámites que integran el procedimiento, que el TS califica por ello como “complejo” o “bifásico”. También por todos los pronunciamientos judiciales, las SSTS de 9 y 16 de junio de 2003 (FJ 2):

“... Esto quiere decir, y dice, que estamos ante un procedimiento bifásico o, si se prefiere, complejo, o, lo que es lo mismo, ante un procedimiento de procedimientos, y que el acto jurídico -de contenido normativo- que a través de él emerge, es un acto complejo, integrado por dos voluntades, cuya concurrencia es necesaria para que el Estatuto General se perfeccione (la posterior publicación en el BOE es un requisito de eficacia): la elaboración y aprobación por el Consejo General de que se trate y la posterior aprobación por el Gobierno. Pero -repetimos- el texto se elabora y se aprueba en la primera fase, la fase corporativa, a reserva de las eventuales observaciones condicionantes de su aprobación que pueda formular el Gobierno, a fin de depurar el texto de posibles ilegalidades (y así lo tiene dicho este Tribunal Supremo, según se verá inmediately). (...)”

En este sistema, la aprobación por el Gobierno es el mecanismo o el instrumento que asegura la correcta integración en el ordenamiento estatal del sistema normativo de los Colegios Profesionales. Aquel sólo debe verificar que las corporaciones al aprobar los Estatutos Generales, en ejercicio de su potestad normativa legalmente reconocida, no vulneran la legalidad vigente. En tanto que control de legalidad, resulta la solución más respetuosa con la autonomía normativa reconocida explícita e implícitamente en la LCP a los Colegios Profesionales. Así lo avala la jurisprudencia del TS que ha interpretado en clave de estricto control de legalidad el sistema vigente de aprobación gubernamental de los Estatutos Generales. Tesis de la que participa también el Consejo de Estado. Por ej., en el *Dictamen de 14 de febrero de 2002* (expediente núm. 3.735/2001) *relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Arquitectos y de su Consejo Superior*:

“Los Estatutos son normas jurídicas especiales, fruto simultáneo de la autonomía que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a la Administración Corporativa y del control que se reserva al Gobierno de la Nación (dictámenes del Consejo de Estado núms. 4.358/96, de 6 de marzo de 1997 y 1.961/98, de 21 de mayo de 1998). "Cada organización profesional los elabora dentro del ámbito que la Ley les reconoce y para su exclusivo uso y régimen", de tal suerte que "su aprobación por el Consejo de Ministros no tiene otro significado que el de comprobar si, en el ejercicio de la potestad reguladora

de su propio ámbito, las Corporaciones se mantuvieron o no dentro de los límites y obedecieron las prescripciones legales o reglamentarias que les son de aplicación" (dictamen del Consejo de Estado núm. 5.081/97, de 13 de noviembre de 1997). Mas tal acto de aprobación de dichos Estatutos por parte del Gobierno no los convierte en reglamentos ejecutivos (dictamen del Consejo de Estado núm. 5.081/97, de 13 de noviembre de 1997), ni, como tal, en normas estatales (dictamen del Consejo de Estado núm. 3.675/98, de 5 de noviembre de 1998)".

Por último, a los efectos de este escrito resulta muy oportuno reseñar los parámetros más importantes que se infieren de la doctrina legal del Consejo de Estado y de la jurisprudencia del TS acerca de cómo se desenvuelve o mejor dicho de cómo debe desenvolverse ese control de legalidad de los Estatutos Generales por parte del Gobierno ex art. 6.2 LCP. Destacando como más relevantes los tres siguientes.

Primero, la labor fiscalizadora del Gobierno de la Nación se contrae a los aspectos de "legalidad" del proyecto de estatuto aprobado por la organización colegial. No por tanto, a los de mera "oportunidad", pues su autonomía se vería desconocida si la aprobación por el Gobierno fuera atributiva de facultades discrecionales que abrazaran cuestiones de oportunidad que excedieran de las de mera legalidad. Sobre el particular se han expresado muy claramente tanto el Consejo de Estado como el propio Tribunal Supremo. Particular énfasis puso el supremo órgano consultivo del Gobierno en su Dictamen de 3 de febrero de 2000 (expte. relativo al "proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos Generales del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial" núm. 3821/1999):

"Sentadas las anteriores consideraciones generales o de previo planteamiento, debe procederse al examen de lo concerniente al procedimiento seguido en la tramitación del expediente ahora sometido a consulta. El Consejo de Estado advierte que se han observado las formalidades procedimentales exigidas legalmente para elaborar el proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos Generales del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial. En efecto, los proyectados Estatutos Generales

fueron elaborados e inicialmente aprobados por la Junta General del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial, conforme a lo prevenido en el artículo 6º.2 de la Ley de Colegios Profesionales. Posteriormente fueron elevados al Ministerio de Industria y Energía, donde continuó la tramitación del procedimiento con los informes de la Oficina Española de Patentes y Marcas, de la Secretaría General Técnica del Departamento y de la Dirección General de Cooperación Autonómica del Ministerio de Administraciones Públicas, habiéndose redactado el correspondiente anteproyecto de Real Decreto por el que se aprueban los referidos Estatutos Generales. *Pero el Consejo de Estado advierte un exceso de condicionamiento en algunas actuaciones practicadas por órganos ministeriales. En sucesivos informes se han reiterado consideraciones que, aun no reparando en aspectos de legalidad, se presentaban como de aceptación necesaria. Ello ha puesto al Colegio en trance de aceptar modificaciones de mera oportunidad propuestas por los órganos informantes. Nada tendría que objetarse a una previa indicación sobre la oportunidad o ventajas de introducir modificaciones de mérito, pero lo que no resulta admisible es la insistencia ni el condicionamiento de la posterior tramitación a la circunstancia de aceptarse aquellas modificaciones con su efectiva incorporación al texto que ha de someterse al Consejo de Ministros. Ni la Oficina Española de Patentes y Marcas ni la Secretaría General Técnica del Ministerio de Industria y Energía ni, en fin, la Dirección General de Cooperación Autonómica calificaron sus observaciones como de legalidad. Sin embargo, se comunicó al Presidente del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial que resulta aconsejable introducir en el proyecto las enmiendas a que se contraen las observaciones ..., todas ellas de mera oportunidad o conveniencia. Asimismo consideró que las disposiciones finales deben formalizarse como artículos. Esta posición se mantuvo incluso con posterioridad (diciembre de 1999)*”.

El TS, por su parte, y tomando como ejemplo su S^a de 20 de junio de 2001, a propósito de los Estatutos del Consejo General y de los Colegios Oficiales de Agentes y Comisionistas de Aduanas (FD 2), sostuvo que:

“... Esta potestad de autoorganización, reconocida en los artículos 6º y 9º de la Ley 2/1974, no impide que, al satisfacer estas Corporaciones junto a sus intereses particulares, otros intereses públicos, se requiera una tutela por parte de la correspondiente Administración territorial en orden a velar por el cumplimiento de estos últimos. Ahora

bien, esa tutela sólo puede moverse en este estricto campo, o en el de control de legalidad, *sin que pueda interferir en aquellos otros que son discrecionales de la Corporación, y que responden a la libre voluntad de los sujetos que la integran, con base en la autonomía que el ordenamiento jurídico les reconoce.*”

Segundo, la práctica de este control de legalidad exige que, si son detectadas contradicciones legales en la norma estatutaria, deba ser la corporación quien proceda a su subsanación, previa devolución del texto, y no el Gobierno/Administración, que no está autorizado para introducir directamente las mismas, precisamente, porque el estatuto es una norma autónoma corporativa y no un reglamento estatal. Dictamen del Consejo de Estado, de 3 de junio de 1999, en la consulta relativa a la colegiación obligatoria de los Agentes de la Propiedad Industrial (expte. núm. 1059/1999):

“... Como ya se puso de manifiesto en el dictamen 41.786, de 28 de septiembre de 1978, y viene reiterando el Consejo de Estado en posteriores dictámenes, entre los que figura el nº 690/99, de 6 de mayo de 1999, los Estatutos Generales de una profesión no pueden estimarse comprendidos en el supuesto del artículo 22.3 de la mencionada Ley Orgánica. Dichos Estatutos no constituyen reglamento o disposición de carácter general dictada en ejecución de la Ley de Colegios Profesionales. Es cierto que el Tribunal Supremo ha declarado (en Sentencias de 16 de marzo, 6 y 17 de mayo de 1996) que la aprobación de los Estatutos Generales por el Gobierno no sólo es un elemento de forma, cuya eventual infracción puede asimilarse a la existencia de defectos en la elaboración de disposiciones de carácter general, sino que es una condición legal de la misma existencia de los Estatutos en cuanto norma jurídica. *Pero el acto de aprobación por el Consejo de Ministros no desvirtúa la autonomía colegial que consagra la Ley de Colegios Profesionales, agotando el Gobierno su competencia en la homologación de los Estatutos, una vez constatada su legalidad.* La legalidad debe referirse tanto a la Ley como al Reglamento, siendo la vinculación reglamentaria una consecuencia de la remisión que las leyes hacen a los reglamentos para la ejecución de las mismas, en cuya virtud se produce asunción anticipada de los supuestos válidamente regulados por vía reglamentaria. Sin embargo, los Estatutos Generales no pueden modificarse por Reglamento posterior, en cuanto el Gobierno sólo puede aprobar los proyectos de Estatuto elaborados por la correspondiente organización colegial, sin que venga facultado para enmendar el proyecto aprobado por el Consejo General o Colegio de que se trate.

Conforme al procedimiento establecido para elaboración de los Estatutos Generales, el Ministerio al que se remitan por la Organización colegial deberá elevar al Consejo de Ministros la propuesta que considere acertada, sin que pueda omitirse dicho trámite a pretexto de haber observado alguna deficiencia. La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1991 reparó en la falta de propuesta efectiva del correspondiente Ministerio al Consejo de Ministros, estimando que dicha omisión constituye acto de trámite que decide sobre el fondo. *En relación con el proyecto de Estatutos Generales, el Gobierno sólo puede optar entre devolverlos para la subsanación de las irregularidades advertidas o aprobarlos en sus propios términos. Lo que no puede hacer el Gobierno en modo alguno es enmendar el texto que se le haya sometido.*”

Y, tercero, la introducción de modificaciones en el proyecto de estatuto que debe realizar aquella en cumplimiento del control de legalidad no exige de la nueva aprobación por la organización colegial, pues se trata de un acto reglado, debido y no disponible, si aquella desea superar el filtro de legalidad y avanzar hacia la culminación del procedimiento de aprobación. STS de 15 de abril de 2002 (FD 3):

“Sobre la base en estos hechos, el Consejo General de los Colegios de Ingenieros Industriales sostiene en el primer fundamento jurídico de su demanda que el texto final no ha sido aprobado por el Consejo General de Colegios de Químicos, defecto que determinaría la nulidad de los Estatutos pues sólo este último órgano colegial es competente para elaborar y modificar los Estatutos según el artículo 6, apartados 2 y 5, de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales. Afirma la corporación actora que si ciertamente el Pleno del Consejo General de los Colegios Oficiales de Químicos de España “[...] aprobó un texto que puso en marcha el procedimiento administrativo de elaboración del Real Decreto 3.428/2000, lo cierto es que dicho texto fue posteriormente modificado y sustituido por otros sin intervención del citado órgano colegial”. A su juicio, no se puede prescindir del Pleno del dicho Consejo General en la tramitación de la norma estatutaria y la aprobación inicial “no conlleva la aprobación de cualesquiera modificaciones que se introduzcan posteriormente en el texto sin su intervención, máxime cuando nada se dice en este sentido en el acuerdo plenario inicial de que se trata”. La alegación debe ser desestimada. En primer lugar, no deja de ser paradójico que el

Consejo General de Colegios de Ingenieros Industriales afirme que su homólogo de Químicos ha sido dejado al margen de la aprobación de los estatutos cuando precisamente este último no sólo afirma lo contrario sino que los acepta y defiende en juicio. Si, en hipótesis, pudiéramos estimar esta parte del recurso, la consecuencia derivada de la estimación sería retrotraer el procedimiento de elaboración de los estatutos para que el Consejo General de Colegios de Químicos se pronunciara sobre un texto final que es precisamente el mismo cuya redacción pretende que mantengamos incólume. En segundo lugar, no es cierto que el Pleno del Consejo General de Colegios de Químicos se haya mantenido al margen: por el contrario, según ya hemos reseñado, participó activamente en el procedimiento de elaboración del Real Decreto 3428/2000 asumiendo y haciendo suyas las diferentes redacciones del texto estatutario finalmente sometido a la aprobación del Consejo de Ministros en cuanto órgano competente a tenor del artículo 6.2 de la Ley 2/1974. En tercer lugar, el Colegio recurrente no niega que las facultades de tutela y fiscalización que el Estado ostenta respecto del inicial proyecto de Estatutos del Consejo General de los Colegios Oficiales de Químicos de España permitan introducir modificaciones basadas en criterios de legalidad. En cuanto textos estatutarios que regulan el régimen jurídico de unas corporaciones de derecho público su contenido está sujeto a una doble aprobación: la inicial, meramente corporativa, que ya hemos dicho se produjo y se amplió a las sucesivas redacciones y la final que sólo al Gobierno compete. El juego combinado de los apartados 2 y 5 del artículo 6 de la Ley 2/1974 permite que, una vez remitido por el Consejo General el primer texto, las reservas o reparos de legalidad que se pongan de manifiesto en el curso del procedimiento de aprobación le sean transmitidas por la Administración de tutela para la eventual reconsideración de su contenido, como de hecho ocurrió en este caso.”

Los *Códigos Deontológicos* son también, como los Estatutos Generales, manifestación de la autonomía normativa de los Colegios Profesionales, producto de sus facultades de autorregulación, y participan de su misma naturaleza jurídica, aunque, a diferencia de aquellos, apenas tienen contenido regulatorio en la LCP, pero sí el suficiente para conformar sus rasgos típicos, entre los que descolla desde luego, como característica esencial, la ausencia de cualquier control de legalidad por parte de la Administración de

adscripción, también por contraste con los Estatutos Generales, únicos que están sujetos a esta supervisión.

En la versión original de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, solo aparecen implícitamente tratados y reconocidos. Así, su existencia se infiere de las previsiones contenidas entre el elenco de funciones que atribuye el art. 5, concretamente de las consignadas en la letra i), que recoge la esencial misión de “*Ordenar en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional* y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial”, y en la letra t), que les confiere la de “*Cumplir y hacer cumplir a las colegiados las Leyes generales y especiales y los Estatutos profesionales y Reglamentos de Régimen Interior, así como las normas y decisiones adoptadas por los Órganos colegiales, en materia de su competencia.*”. Será la modificación operada en la LCP por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en el argot, la Ley *ómnibus*) la que dispense por vez primera un tratamiento legal, siquiera parcial y fragmentario, a los Códigos Deontológicos. Ahora aparecen ya reconocidos explícitamente en su art. 2.5, (aunque se refiera indistintamente también a los Estatutos) al autorizar la incorporación de previsiones expresas en los mismos dirigidas a exigir a los profesionales colegiados que su conducta en materia de comunicaciones comerciales se ajuste a la Ley con la finalidad de salvaguardar la independencia e integridad de la profesión, así como, en su caso, el secreto profesional. Aunque es mucho más relevante y significativo su consideración bajo el prisma o la óptica de los principios de publicidad y transparencia, ejes o directrices de esa modificación legal. Así, el art. 10 que introduce la obligación de las organizaciones colegiales de disponer de una página web para que a través de una ventanilla única ofrezcan información, “que será clara, inequívoca y gratuita”, entre la que se incluye la relativa al “contenido de los códigos deontológicos” (apartado 2, letra e). Mientras el art. 11 sanciona la obligación de las organizaciones colegiales, sujetas al principio de transparencia en su gestión, de elaborar

una Memoria Anual entre cuyo contenido mínimo se incluyen “los cambios en el contenido de sus códigos deontológicos en caso de disponer de ellos” (apartado 1, letra e).

Pero en todo caso, esta última modificación legal respeta su tradicional configuración e idiosincrasia. Los Códigos Deontológicos son disposiciones normativas autónomas exentos de cualquier supervisión o control externo de legalidad, porque son la quintaesencia de la función de ordenación del ejercicio profesional, y en ellos cobra más fuerza la necesidad de mantener libre de cualquier intervención administrativa, a través de mecanismos de control previo de legalidad, porque encierran el reducto último de independencia en la apreciación del deber ser del ejercicio profesional.

3. El Proyecto atribuye a la CNMC la evaluación previa de la proporcionalidad de los Códigos Deontológicos de los Consejos Generales y Colegios de ámbito nacional introduciendo un procedimiento ad hoc desarrollado en la disposición adicional primera del Real Decreto 472/2021.

El procedimiento de supervisión que pretende implementarse asume y presupone la concurrencia de las premisas, ya desmentidas, que son la base del Real Decreto 472/2021, esto es, la consideración de los Códigos Deontológicos como disposiciones que introducen o modifican requisitos para el acceso o ejercicio de las profesiones reguladas, y la atribución a los Colegios y Consejos Generales de la condición de autoridades competentes para la regulación. Premisas que vuelve a poner en juego con la remisión expresa así a los trámites de información y participación de los interesados previstos en el art 8 del Real Decreto 472/2021, que obliga, precisamente, a estas autoridades a poner la información necesaria a disposición de la ciudadanía, personas destinatarios de los servicios y de otros interesados, incluidos quienes no sean miembros de la profesión de que se trate, a los que deben implicar adecuadamente y dar la oportunidad de manifestar sus opiniones

en consultas y audiencias públicas; como al practicar de forma detallada el conjunto de criterios que deben ser tomados en consideración a la hora de realizar la evaluación previa de proporcionalidad con arreglo a lo establecido en el art. 7 del mismo al que también remite.

Este control preventivo a cargo de la CNMC y el procedimiento instrumentado a su servicio infringen de forma palmaria y manifiesta el principio de autonomía normativa consagrado por la LCP, que no contempla ningún control externo de legalidad en la elaboración y aprobación de los Códigos Deontológicos, exentos como están de cualquier injerencia administrativa; a diferencia de los Estatutos Generales, que son las únicas disposiciones normativas de las corporaciones colegiales que, dada su condición de norma estructurante, están sujetas a un control de legalidad que efectúa el Gobierno/Ministerio de adscripción con arreglo a las pautas y cánones que determinan la jurisprudencia del TS y la doctrina legal del Consejo de Estado. El Proyecto articula un control preventivo de legalidad y un procedimiento para llevarlo a efecto cuyo desenvolvimiento se asimila en la práctica al del control de legalidad de los Estatutos Generales, en particular, al modo en que se realiza la interlocución cuando aquel detecta contradicciones normativas, aunque llevado a efecto no por el Ministerio de adscripción o el Gobierno sino por la autoridad estatal de competencia.

En relación con la elaboración y la modificación de los Códigos Deontológicos, la LCP tan solo contempla mecanismos de publicidad y transparencia, consistentes en la obligación de publicar su contenido en las páginas web de las corporaciones a través de su ventanilla única y de dar cuenta de los cambios que en su caso se introdujeran en la correspondiente Memoria Anual. Ahora, en cambio, al implementarse este procedimiento, la sola publicidad en la web corporativa es insuficiente, no solo porque también debe serlo en la de la CNMC a la que para ello debe remitir su propuesta de elaboración o modificación, sino también porque debe abrirse un cauce de audiencia y consulta públicas, que no están legalmente previstas, y sobre cuyo resultado debe emitir un informe que también será objeto de publicación en las webs de la corporación y de la autoridad de competencia.

Por último, y este extremo no reviste menor importancia, los controles de legalidad tasados (v.g. la aprobación de los Estatutos Generales) se deben efectuar precisamente a través del complejo orgánico que conforman el Gobierno de la Nación y el departamento ministerial de adscripción, como contenido del marco ordenador dispuesto de las relaciones administrativas, pero no por la autoridad estatal de competencia, a quién se erige en controlador o supervisor, desbordando el marco legal vigente que reconduce los mecanismos -tasados, se reitera- de legalidad en todo caso al conducto del departamento correspondiente de adscripción de cada organización colegial.

7.

CONCLUSIÓN.

Por todas las razones expuestas y por considerar consiguientemente que el Proyecto no se ajusta a Derecho, **instamos al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital a la retirada del “*Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 472/2021*”.**

Madrid, a 18 de octubre de 2023