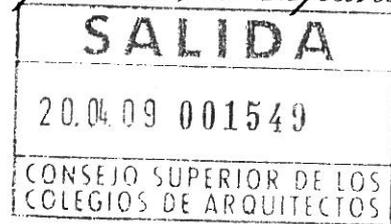




Ministerio de Economía y Hacienda
REGISTRO AUXILIAR
DE CUZCO
ENTRADA
N. de Registro: 7332 / RG 38333
Fecha: 20/04/2009 16:14:57

Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España



EXCMA. SRA.:

CARLOS HERNÁNDEZ PEZZI, en representación del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, como Presidente del mismo, y en uso del trámite de audiencia que nos fue comunicado mediante correo electrónico el 30 de marzo pasado, doy traslado a ese Ministerio mediante escrito anexo al presente, de las alegaciones del Consejo Superior al Anteproyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

En consecuencia,

SOLICITO al Ministerio que teniendo por recibido el presente escrito y su anexo, tome en consideración las alegaciones del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España que en el mismo se formulan al Anteproyecto de Ley de referencia.

Madrid, 20 de abril de 2009

EXCMA. SRA. MINISTRA DE ECONOMÍA Y HACIENDA -MADRID-

ALEGACIONES AL ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DE DIVERSAS LEYES PARA SU ADAPTACIÓN A LA LEY SOBRE EL LIBRE ACCESO A LAS ACTIVIDADES DE SERVICIOS Y SU EJERCICIO

El Anteproyecto de Ley constituye la segunda fase de la transposición al Derecho español de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Este Anteproyecto de Ley representa, por tanto, la propuesta del Gobierno tras la fase de evaluación de la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios para adecuarla a los principios de la Directiva europea. Este Consejo Superior contribuyó a esa evaluación presentando sus observaciones en relación con la normativa colegial de ámbito estatal.

La Disposición derogatoria única deja sin vigor, una vez se apruebe el texto de la Ley, cuantas disposiciones de rango legal o reglamentario o estatutos de corporaciones profesionales se opongan a la misma. Por este motivo, este Consejo Superior presenta estas observaciones y propuestas de modificación, al estar directamente afectado en caso de aprobación del texto propuesto.

El Anteproyecto de Ley contiene un Capítulo III, (“servicios profesionales”) en el Título I (“Medidas horizontales”), que incluye la modificación de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (Artículo 5 del Anteproyecto) y de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales (Artículo 6 del Anteproyecto).

Estas observaciones y propuestas de modificación se refieren a estos dos Artículos del Anteproyecto de Ley. El texto contiene un Artículo 15 que modifica la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, sobre el que este Consejo Superior no presenta ni observaciones ni propuestas de modificación, al estar conforme con su contenido.

I.- OBSERVACIONES GENERALES

1. Sobre el procedimiento

Durante todo el proceso de transposición de la Directiva europea, el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España ha colaborado con el Ministerio de Economía y Hacienda, que coordina estos trabajos, demostrando la máxima diligencia y ofreciendo toda nuestra cooperación. Desde un principio, y sobre todo desde la reunión convocada por ese Ministerio el pasado 28 de julio de 2008, hemos confiado en que esa cooperación se prolongase durante todas las fases de transposición. Además, el propio Ministerio nos aseguró, en esa misma reunión del 28 de julio, que seríamos convocados para que nuestro presidente, en su función de “interlocutor único”, trasladase a la Administración las preocupaciones, propuestas y observaciones que pudiesen interesar a los redactores del Anteproyecto de Ley. También se nos informó de que habría reuniones bilaterales de carácter vertical con el Ministro de Vivienda, como Ministerio de tutela de los Colegios de Arquitectos.

Hasta el momento, nada de esto ha tenido lugar; no se han convocado esas reuniones y tampoco se nos han explicado los motivos para no hacerlo. Por nuestra parte, sin embargo, hemos cumplido con las obligaciones que se nos impusieron como Autoridad Competente de la Directiva, fundamentalmente contribuyendo en las fases de identificación y evaluación de la normativa colegial afectada y comunicando esas observaciones a través de la base SIENA. Tampoco hemos recibido ninguna respuesta a esos esfuerzos y, por tanto, desconocemos si ni siquiera se ha tenido en cuenta esa evaluación. El texto del Anteproyecto de Ley se opone a las conclusiones de nuestra evaluación, en cuestiones fundamentales, pero desconocemos el motivo por el que, en su caso, se han rechazado nuestros argumentos en defensa del interés general y de los usuarios de servicios de Arquitectura.

En otras palabras, no sólo se nos trasladó la carga de argumentar y justificar la normativa colegial evaluada sino que, además, se ha rechazado esa evaluación sin explicación alguna.

Esta forma de actuar del Ministerio de Economía y Hacienda contradice el espíritu de colaboración que se nos ofreció y nos hace perder toda confianza en que pueda recuperarse.

Por otra parte, el primer texto de este Anteproyecto de Ley que conocemos es el que finalmente se ha colgado en la Página web del Ministerio de Economía y Hacienda, después de haberse presentado ante el Consejo de Ministros. No se entienden los motivos por los que no se ha dado traslado formal y previo de ningún borrador a este Consejo. Durante muchos meses hemos tenido que sortear todo tipo de rumores sobre las intenciones del Gobierno en relación con la transposición de esta Directiva europea. Hasta unas horas antes del Consejo de Ministros del pasado día 27 de marzo, este Consejo Superior, confiando en las informaciones oficiales del propio Ministerio de Economía y Hacienda, suponía que la transposición, por lo que se refiere al ámbito estatal, necesitaría tres normas: la Ley de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (“Ley paraguas”), la futura ley de modificación de diversas leyes (“Ley ómnibus”) y la ley anunciada por el Gobierno en su acuerdo de Consejo de Ministros de 14 de agosto de 2008, en el que se anunció que el Ministerio de Economía y Hacienda presentaría un “Anteproyecto de Ley de Servicios Profesionales”. A día de hoy, aún desconocemos las intenciones del Gobierno y, por tanto, desconocemos si llegará a existir una propuesta relativa a esa tercera Ley, aunque podemos pensar que la opción ha sido otra, al incorporarse en la Ley ómnibus la modificación de la Ley de Colegios Profesionales (en adelante, LCP) de 1974.

Únicamente por las palabras del Ministro Solbes en la presentación de los textos que se vieron en el Consejo de Ministros del día 27 de marzo, entendemos que el Gobierno no pretende modificar la estructura actual de los Colegios Profesionales y que ha decidido limitarse a proponer modificaciones puntuales de la LCP de 1974. No obstante, la inseguridad jurídica y falta de transparencia sigue perjudicando a los Colegios, a los profesionales y a sus clientes.

Lo que nos parece inaceptable es no haber dado oportunidad a este Consejo Superior de presentar observaciones durante la fase de elaboración de este Anteproyecto de Ley, trasladándose una sensación de opacidad y falta de confianza y presentándose el texto como un hecho consumado. Nos consta que el resto de los colectivos

profesionales y Unión Profesional se encuentran en la misma situación y han sufrido el mismo trato.

2.- Sobre el interés general y los Colegios de Arquitectos

Este Consejo Superior es una corporación de derecho público fundamental en la defensa de los intereses de los usuarios y contribuye substancialmente, y por sus propios medios, en la prestación de servicios de interés general:

- Control del intrusismo, mediante el registro colegial; visado colegial; cooperación con la administración en reconocimiento y homologación de títulos extranjeros; y actuaciones judiciales
- Control disciplinario mediante la potestad sancionadora y disposiciones de los códigos deontológicos
- Seguridad en la edificación y el urbanismo, mediante el visado colegial y convenios con la Administración autonómica y local
- Control del respeto de la normativa reguladora del sector mediante el visado, información y asesoramiento a los colegiados sobre la LOE, la aplicación del Código Técnico de la Edificación y otros instrumentos legales; y presentación de alegaciones a la normativa reguladora
- Protección del Patrimonio Histórico y Arquitectónico, mediante la participación en Comisiones nacionales e internacionales de protección del Patrimonio; y actuaciones judiciales
- Calidad del ejercicio profesional mediante los programas de formación continua de los colegiados; Centros de Asesoramiento Tecnológico; y visado colegial
- Calidad en la contratación pública, mediante el control de pliegos y bases de concursos; convenios con la Administración autonómica y local; y redacción de pliegos tipo de condiciones

- Calidad en la contratación privada, mediante el servicio de información y asesoramiento a los colegiados y a los ciudadanos

- Buen funcionamiento de las Administraciones públicas, mediante los convenios de colaboración, Órganos consultivos, jurados de concursos de Arquitectura, etc...

- Buen funcionamiento de la Administración de justicia, mediante el Peritaje judicial

- Política social y mercado laboral, mediante el apoyo a jóvenes profesionales; internacionalización del ejercicio profesional; y bolsas de trabajo

- Política exterior y comercio de servicios ("Marca España"), mediante la participación en organizaciones internacionales, interprofesionales, supranacionales e intergubernamentales; convenios bilaterales; acuerdos de reconocimiento mutuo; y exportación de servicios

Estas funciones de interés general esquematizadas más arriba, y muchos otros servicios de interés para los colegiados, que contribuyen a conseguir una prestación profesional de la máxima calidad, se ofrecen ya por todos los Colegios territoriales en el ámbito de la Arquitectura. Los Colegios de Arquitectos llevan muchos años transformándose y adaptando sus estructuras y sus servicios para un mejor desempeño de sus funciones.

No sólo no rechazamos cualquier misión que se nos imponga o cualquier reforma que se nos proponga para modernizar nuestras funciones sino que muchas de esas ideas de modernización o han sido ya materializadas en las correspondientes modificaciones estatutarias y reformas estructurales de los últimos años (visado telemático, formación continua on-line...) o son ahora una de las preocupaciones máximas de nuestros órganos de gobierno.

Por estos motivos, consideramos positivo que el texto del Anteproyecto de Ley introduzca nuevas funciones y competencias de los Colegios de Arquitectos. No obstante, insistimos en que los contenidos del articulado, sus efectos y los instrumentos y medios para conseguir sus fines deben ser objeto de una profunda reflexión y no una imposición unilateral de la Administración.

Nuestra colaboración como Autoridades Competentes de la Directiva, la integración de nuestros Colegios en el funcionamiento de la Ventanilla Única, las nuevas funciones generales en interés de consumidores y usuarios y específicamente la creación de un Servicio de atención a usuarios y colegiados, suponen la creación de nuevos instrumentos telemáticos, registros, la contratación de medios personales y materiales y otros gastos que repercutirán en las cuotas colegiales y, por tanto, en los profesionales que son la principal fuente de ingresos de los Colegios.

Finalmente, aunque sea de esta forma esquemática y utilizando esta vía de comunicación, queremos transmitir al Ministerio de Economía y Hacienda que las funciones sociales y de interés general que ya hoy ocupan la casi totalidad de nuestra actividad y las nuevas funciones que nos asigna el Anteproyecto de ley deberán ser financiadas por los propios colegiados. El Anteproyecto añade esas nuevas obligaciones y responsabilidades de la organización colegial, pero al mismo tiempo restringe y limita sus fuentes de ingresos. Es imprescindible que el texto indique fórmulas de financiación y, en cualquier caso, las vías y las posibilidades de repercutir esos nuevos costes.

II.- PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN

Teniendo en cuenta las observaciones anteriores, así como la evaluación de la normativa colegial que este Consejo Superior hizo en su momento, presentamos propuestas de modificación, debido a que el redactor del Anteproyecto de Ley muestra una voluntad restrictiva que puede cercenar derechos e intereses contenidos en normas vigentes del ordenamiento jurídico español e incluso en las propias Directivas comunitarias.

II.1.- LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA

El Anteproyecto, con una redacción manifiestamente mejorable, modifica el art. 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales en el sentido de exigir la existencia de una previsión legal expresa para imponer la obligación de colegiación como requisito para el ejercicio profesional.

Esta previsión resulta revolucionaria si atendemos a la situación existente. Sin duda requiere, al menos, de un período de adaptación que permita a los Ministerios sectoriales promover la aprobación de normas con rango de ley que vengán a exigir la colegiación en ciertos ámbitos profesionales para los cuales la nueva disposición introduce elementos de inseguridad muy significativos.

Bien es verdad que lo idóneo será sustituir la previsión de “*obligación legal*” por “*obligación normativa*”, para atender más adecuadamente a la realidad que se pretende regular.

Como es bien sabido, en nuestro país no siempre se manejan los conceptos adecuadamente, específicamente en el ámbito de las profesiones. De ahí que no se suele tener cuidado en deslindar adecuadamente los conceptos de profesión titulada, profesión regulada y profesión colegiada. Baste ahora con señalar que resulta posible la existencia de una profesión titulada al margen de la ordenación u organización corporativa de la misma a través de un Colegio profesional.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 89/1989, establece precisamente la excepcionalidad de la organización corporativa:

...el legislador al hacer uso de la habilitación del art. 36 CE, deberá hacerlo en forma que restrinja lo menos posible y de forma justificada, tanto el derecho de asociación como el de libre elección profesional o de oficio, y al decidir en cada caso concreto la creación de un Colegio profesional en cuanto tal, haya de tener en cuenta que, al afectar la existencia de éste a los derechos fundamentales mencionados, sólo será constitucionalmente lícita cuando esté justificada por la necesidad de servir a un interés público.

Además, a falta de regulación profesional expresa en una Ley, la creación de un Colegio profesional simplemente será una específica forma de asociación o agrupación de los profesionales que prestan sus servicios en un ámbito determinado de la realidad social con base en el principio constitucional de libertad profesional.

En el caso de las profesiones reguladas, sin embargo, el Colegio profesional sí puede considerarse como un elemento organizativo de la profesión y también de la regulación profesional, manifestado en el principio de colegiación obligatoria.

Por el contrario, tal y como expresa el Tribunal Constitucional en su sentencia 330/1994, de 15 de diciembre -en la que se planteaba la constitucionalidad de la regulación atinente a una profesión no titulada, la de corredor de seguros privados-, nada impide que en uso de la amplia libertad de configuración normativa que le atribuye el art. 36 CE, el legislador pueda establecer o crear Colegios Profesionales que asuman la defensa de actividades profesionales que no configuren en realidad profesiones tituladas.

Sigue comentando el Tribunal que el art. 36 CE no impone un modelo único de Colegio, pues bajo esta figura de rasgos asociativos y corporativos pueden englobarse situaciones bien distintas, como son las que corresponden al ejercicio de funciones públicas en régimen de monopolio o de libre concurrencia en el mercado, como profesión liberal y con colegiación forzosa o libre.

En estos supuestos puede hablarse de profesiones colegiadas, dentro de las que caben las profesiones tituladas, las profesiones reguladas (en sentido restrictivo) -cuando no siendo tituladas sí sean reguladas- y las profesiones no tituladas -cuando los profesionales se agrupan en un Colegio profesional aun no existiendo regulación de la profesión-. Estos últimos configuran lo que se ha dado en llamar en la doctrina *falsos Colegios Profesionales*.

La regulación de la profesión de arquitecto viene establecida por normativa comunitaria en la medida en que existen plataformas comunes de formación en el ámbito de la Unión Europea. En concreto, es la Directiva 2005/36/CE (que sustituyó a la Directiva de Arquitectos 85//384/CEE) la que establece las disposiciones sectoriales sobre el contenido común del título de arquitecto y de la profesión de arquitecto a la que da acceso.

En el marco interno se establece la competencia profesional de la profesión de arquitecto determinada conforme al marco citado. La Ley 38/1 999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, establece que son actividades profesionales que serán desarrolladas por un arquitecto las propias del proyectista y el director de obra (arts. 10 y 12) en relación con los proyectos de edificación en las tres modalidades determinadas por la Ley, esto es, obras de nueva construcción, obras de ampliación, modificación, reforma y rehabilitación y obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas, así como llevar a cabo la dirección facultativa de las obras.

En consecuencia, el principio de colegiación obligatoria, cobra todo su sentido en relación con la profesión de arquitecto, al igual que ocurre con otras muchas, como las médicas o la de abogado, por ejemplo.

Este principio de colegiación obligatoria propio de las profesiones tituladas reguladas (en el sentido de la reiterada doctrina constitucional), implica, como antes se señalaba, que el Colegio profesional viene a considerarse como un elemento organizativo de la profesión y también de la regulación profesional. De ahí que resulte esencial para el

correcto control y ordenación profesional en garantía de los derechos e intereses de los receptores de los servicios profesionales.

Ahora bien, puede ocurrir que, ante esta situación asentada en nuestra realidad social y jurídica, no exista norma alguna con rango de ley que exija la colegiación para ejercer una determinada profesión titulada y regulada. Esto ocurrirá normalmente porque tal obligación ha venido siendo impuesta en los Estatutos generales de la profesión o incluso en normas preconstitucionales de rango inferior. Esencialmente porque se sobreentendía que tal exigencia era suficiente, unida principalmente al resto de la regulación profesional.

De ahí que el Anteproyecto deba corregirse para permitir que la colegiación sea exigida por normas que no tengan rango formal de ley, al menos en el ámbito de las profesiones tituladas reguladas, como la de Arquitecto.

II.2.- COMUNICACIÓN INTERCOLEGIAL

En el apartado 4, párrafo segundo, del art. 3, la nueva redacción propuesta dice textualmente:

“...los Colegios no podrán exigir a los profesionales que ejerzan en un territorio diferente al de colegiación comunicación ni habilitación alguna...”

Esta propuesta de supresión de la posible exigencia estatutaria de una comunicación al Colegio de destino para poder ejercer en su ámbito territorial puede afectar negativamente al ejercicio eficaz de las funciones de control propias de la institución colegial. En efecto, el objetivo de interés general de esta comunicación del encargo al Colegio de destino es asegurar que el Arquitecto queda sometido a la normativa colegial, al visado, control deontológico y potestad disciplinaria de ese Colegio, como también lo están los Arquitectos que ejercen con permanencia en ese territorio y que están colegiados en ese Colegio.

Por tanto, hay un objetivo claro de interés general, y el procedimiento elegido cumple con el principio de no discriminación. A este respecto, se ha de tener en cuenta que los mecanismos de cooperación entre los diferentes Colegios territoriales y el funcionamiento del registro centralizado no podrán ponerse en marcha salvo que exista la previa comunicación del profesional que se desplaza, puesto que sólo con esa comunicación el Colegio de destino podrá tener conocimiento del desplazamiento. Precisamente, éste es el sistema elegido por el legislador comunitario en la Directiva de reconocimiento de cualificaciones profesionales, cuando se trata del ejercicio profesional en el modo de libre prestación de servicios.

PROPUESTA:

Dar una nueva redacción al apartado 4, segundo párrafo, del art. 3 de la Ley de Colegios Profesionales que ampare las normativas colegiales sobre acreditación intercolegial, incluida la posibilidad de requerir la comunicación al Colegio de destino.

II.3.- EL VISADO COLEGIAL

La propuesta de modificación de la Ley de Colegios Profesionales en materia de visado colegial se centra en la inclusión de un nuevo art. 17, bajo la rúbrica “visado”, así como en la modificación de la mención existente dentro de las funciones atribuidas a los Colegios por parte del vigente art. 5 “Funciones de los Colegios Profesionales”.

Estas modificaciones no surgen de la necesaria transposición de la Directiva de servicios, ni tan siquiera de las previsiones contenidas en el Proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Su origen se encuentra en el “Informe sobre el sector de servicios profesionales y los Colegios Profesionales”, de la Comisión Nacional de la Competencia, lo que debería exigir un mayor grado de contraste, madurez y evaluación de impacto de las medidas que se proponen, impropio de una norma como la analizada, que se trata de aprobar con una urgencia y, en alguna medida, una cierta precipitación sólo justificada por cuanto tenga que ver estrictamente con la transposición de la Directiva de servicios, pero no con otras medidas de gran calado.

A.- Sobre el carácter del visado: deficiente técnica legislativa con una remisión que genera notables problemas de aplicación práctica del tenor propuesto

En efecto, el Anteproyecto introduce una importante alteración en el carácter del visado, dado que permite, más allá de su configuración como presupuesto o requisito obligatorio de los trabajos realizados por determinados profesionales -antes impuesta por los “Estatutos Generales”, ahora por las “leyes”-, que los destinatarios de cualquier trabajo prestado por un profesional puedan solicitar el visado de los mismos. Curiosamente, sin embargo, el art. 9.3 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales prevé textualmente que “en aquellas actividades profesionales que los estatutos colegiales sometan a visado, éste se expedirá a favor de la sociedad profesional o del profesional o profesionales colegiados que se responsabilicen del trabajo”. Pues bien, buena prueba de la precipitación de la reforma en este punto es que el art. 9.3 de la Ley de Sociedades Profesionales no es objeto de modificación en coherencia con lo que se propone en materia de visados, siendo así que la citada Ley sí es objeto de una modificación sustancial en el art. 6 del Anteproyecto. Esto se pone de manifiesto no para solicitar la modificación del citado art. 9.3, sino para que el autor del Anteproyecto recapacite acerca de los problemas que generan reformas poco meditadas y poco estudiadas, como es el supuesto que ahora nos ocupa. Siempre es mejor acometer reformas exhaustivas que produzcan efectos benéficos en el sistema jurídico, dotándole de coherencia y seguridad; y no borradores apresurados generadores de antinomias irreductibles y de la consiguiente inseguridad jurídica para los operadores económicos y sociales.

Esto supone un cambio profundo en la configuración jurídica del visado, no tanto por la que puedan realizar las distintas normas -como veremos-, como por la aparente disponibilidad del mismo que parece corresponder a los receptores de los servicios profesionales.

A su vez, otro cambio que se pretende introducir es la remisión a la disposición o norma que debe configurar el carácter obligatorio del visado, pues el texto vigente se remite a los “estatutos generales” de cada profesión y en el Anteproyecto la remisión se realiza a “las leyes”.

Esta alteración del carácter del visado se introduce tanto en la reforma del art. 5.q) como en el apartado 1 del nuevo art. 17. El contenido del Anteproyecto en este ámbito incurre en importantes deficiencias que exigen la introducción, aún siendo respetuosos con el espíritu de la reforma, de algunos matices en los mencionados preceptos.

Las deficiencias apuntadas se podrían articular en torno a tres grupos: deficiencias de técnica legislativa, de operatividad práctica y de armonización con el ordenamiento jurídico.

1.- Deficiencias de técnica legislativa: giro lingüístico impropio de un texto legal y remisión extraordinaria en el ordenamiento jurídico.

En primer lugar, el texto propuesto para los arts. 5.q) y 17.1 de la Ley de Colegios Profesionales incurre en una deficiente técnica legislativa que puede acarrear futuros problemas.

En primer lugar, se pretende configurar la obligación de visar los trabajos profesionales como algo extraordinario -“*visará los trabajos de sus colegiados únicamente...*”- cuando realmente lo que contiene es una remisión a otras normas “*las leyes*” y a la voluntad del receptor de los servicios profesionales. Es decir, el carácter del visado realmente no se está configurando por el precepto de la Ley de Colegios como algo extraordinario o excepcional -lo que resulta de la utilización del adverbio “*únicamente*”- sino que, al remitirse a otras normas, se traslada a las mismas la regulación del carácter del visado.

En fin, se trata de una mera declaración programática que queda vacía de contenido cuando efectúa una remisión tan abierta. En este punto ha de valorarse la posibilidad de que todas las “*leyes*” aplicables a las distintas profesiones establecieran la obligación de “*visar*” los trabajos de los profesionales o que, sistemáticamente, todos los destinatarios de los servicios profesionales solicitaran el visado de dichos trabajos. En tales casos, la previsión legal resultaría absurda, pues lo configurado de modo excepcional sería algo generalizado.

Resulta más adecuado para una configuración normativa como la que presenta el Anteproyecto, la supresión del término “únicamente” o, en caso de quererse subrayar la importancia de los factores que determinan el carácter del visado -voluntad del receptor y otras normas-, utilizar otro giro como “siempre que”.

A su vez, para enfatizar el carácter extraordinario del visado basta con el último inciso del art. 17.1, segundo párrafo, de la Ley de Colegios Profesionales, cuando prohíbe a los Colegios la imposición unilateral del visado -“En ningún caso el Colegio impondrá la obligación de visar los trabajos profesionales”-.

Además de ser incorrecta desde el punto de vista de la técnica legislativa, cabe afirmar que la utilización del término “únicamente” supone el empleo de una fórmula retórica que predispone a los consumidores o usuarios, así como al resto de actores del mercado de servicios profesionales, contra la existencia misma del visado de los trabajos por parte del Colegio profesional. Todo ello, incluso en el supuesto en que el carácter del mismo -por la disposición de las normativas a la que se remite el nuevo art. 17-, permanezca inalterado tras la reforma.

Por otra parte, ambos preceptos contienen una remisión defectuosa que resulta difícil de detectar en otros textos legales, concretamente se refiere a “cuando así lo dispongan las leyes”, utilizando una terminología que no precisa si se está remitiendo exclusivamente a una norma con rango de ley -lo que podría inferirse de la utilización del término “ley”- o a cualquier norma -lo que podría inferirse de la utilización del plural en el término “leyes” y de la utilización de la “l” minúscula-. Se trata de una remisión poco correcta desde el punto de vista técnico, que deberá ser corregida en el sentido de remitirse a disposiciones de cualquier rango normativo y muy especialmente a la regulación prevista por las distintas comunidades autónomas con competencias sobre la materia.

Esta alegación viene corroborada por el hecho de que únicamente se encuentra la misma expresión en otros tres textos legales, lo que resulta anecdótico si se tiene en cuenta el número incontable de remisiones contenidas por los, a su vez incontables, textos legales vigentes estatales y autonómicos.

2.- Deficiencias de operatividad práctica: el carácter voluntario del visado se regula sin tener en cuenta su naturaleza jurídica y su adecuación a determinados servicios profesionales.

Toda la reforma pretendida en relación con el visado denota un desconocimiento de lo que supone esta institución jurídica, si bien es el contenido del apartado 1 del nuevo art. 17 el que pone de manifiesto de un modo más evidente la palmaria confrontación del texto del Anteproyecto con la naturaleza jurídica del visado y su ámbito objetivo, puesto que plantea una generalización del mismo hasta extremos que implican la imposibilidad práctica de aplicar la reforma normativa propuesta.

Concretamente, el apartado primero del art. 17.1 de la Ley de Colegios Profesionales propuesto establecería que:

1. Los Colegios Profesionales tendrán a disposición de los consumidores y usuarios, ya sea prestado con medios propios o ajenos, un servicio de visado de los trabajos realizados por sus colegiados.

Lo cual, conjuntamente con la voluntariedad de la que el apartado segundo del mismo precepto propuesto y el art. 5. q) hacen depender la prestación efectiva del visado, implica que cualquier Colegio profesional deberá visar los trabajos de sus colegiados cuando el destinatario así lo solicite.

Esto supone desconocer de modo absoluto qué es el visado y qué implica la función colegial de “visar”, en los términos en los que tradicionalmente se ha venido configurando en la normativa reguladora del mismo, en la jurisprudencia que lo ha aplicado y en la doctrina que lo ha estudiado.

Por todas podemos citar dos clásicas sentencias del Tribunal Supremo, de 17 y 24 de enero de 1970, en las que se establece lo siguiente:

El visado es un acto corporativo de autenticación del Proyecto, pero no es un acto de garantía de legalidad.

No constituye una garantía de la legalidad del Proyecto otorgado por el Colegio, sino es sólo una conformidad que se limita a los aspectos...

La actividad de visar debe entenderse limitada a aquellas profesiones cuya ejecución implique la existencia de un “proyecto”, si se quiere entendido en su sentido más genérico, pero que exige una manifestación de la actividad profesional mínimamente documentada. No lo entiende así el Anteproyecto, que generaliza la función colegial de “visar” a todos los Colegios Profesionales y para todas las actividades profesionales.

En este punto debe recurrirse de nuevo al ejemplo para poner de manifiesto lo irregular de la reforma pretendida: se podrán visar los trabajos profesionales realizados por un médico si lo solicita el paciente; se deberán visar los escritos procesales realizados por un abogado dentro del plazo procesal perentorio previsto para su interposición; o los trabajos profesionales prestados por un fisioterapeuta; igualmente cabe preguntarse si podrá visarse el trabajo profesional de un psicólogo clínico a petición del destinatario de sus servicios.

Más allá de la imposibilidad de aplicación práctica de la norma o de la efectiva delimitación del ámbito objetivo del visado voluntario que su aprobación exigiría, este contenido pone de manifiesto lo incorrecto de la reforma propuesta.

En consecuencia, queda en entredicho la configuración del visado voluntario, debiendo reconducirse, en todo caso, la prestación del mismo a las normas reguladoras de la profesión correspondiente que, por otra parte, es la adecuada para regular aspectos de esta naturaleza.

3.- Deficiencias de armonización con el ordenamiento jurídico: remisión a las “leyes”.

Además de implicar una deficiente técnica legislativa, la remisión a la imposición por las leyes para integrar el carácter del visado puede implicar -en caso de entenderse hecha tal remisión a normas con rango formal de Ley-, una incompatibilidad absoluta con la naturaleza del visado, con la exigencia de determinadas actividades profesionales, así como con la regulación vigente que actualmente presenta nuestro ordenamiento jurídico.

Partiendo de que la totalidad de normas con rango de Ley reguladoras de la edificación y el urbanismo configuran el visado colegial como un presupuesto de validez de los proyectos que se deben realizar por los distintos profesionales intervinientes en tales sectores, no es menos cierto que la regulación normativa y la configuración de la institución se realiza por infinidad de normas que regulan ese particular sector de la actividad profesional. Tal capilaridad del sistema normativo regulador de la edificación y el urbanismo obedece a las particularidades de la materia, las especificidades técnicas de los distintos sectores en los que se puede dividir, así como a la organización administrativa establecida al respecto que implica la potestad normativa de diversas Administraciones Públicas, especialmente en el ámbito autonómico.

Ante tal diversidad, una remisión a normas con rango de Ley, aun cuando las mismas prevean expresamente la necesidad de visar los proyectos, carece de funcionalidad y puede implicar notables problemas en la aplicación práctica del bloque normativo citado.

Buena muestra de ello lo ofrece la propia Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que al mencionar la obligación de visar los trabajos de los profesionales realiza una remisión genérica, a integrar por un número indeterminado de normas, con un rango también indeterminado:

“b) Redactar el proyecto con sujeción a la normativa vigente y a lo que se haya establecido en el contrato y entregarlo, con los visados que en su caso fueran preceptivos” -art. 10.2.b) relativo a las obligaciones del “Proyectista”-.

e) Suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de obra, así como conformar las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas, con los visados que en su caso fueran preceptivos” -art. 12.2.e) relativo a las obligaciones del “Director de obra”-.

En este caso, la remisión del Anteproyecto -siempre entendida como realizada a normas con rango de Ley- genera una importante disfuncionalidad y una situación complicada de resolver, dado que la “Ley” que menciona o prevé la existencia de

visado se remite expresamente a otras normas que, en este caso, son normas que carecen de rango legal, como, por ejemplo:

- el Código Técnico de Edificación, aprobado mediante Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, que establece el carácter preceptivo del visado en su anexo III al incluirlo en la propia definición de los distintos tipos de “*proyecto*”.
- El Reglamento de Instalaciones Térmicas de los edificios (RITE), aprobado por R.D. 1027/2007, de 20 de julio, cuyos arts. 3, “Responsabilidad de su aplicación”, y 16, “Proyecto”, contienen explícita remisión al requisito de visado con expresa asignación de la responsabilidad inherente al mismo.
- El R.D. 1627/1987, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas en materia de Seguridad y Salud en las obras de construcción; su art. 17 exige la inclusión en los proyectos de ejecución de obra del correspondiente estudio de seguridad y salud como requisito para el preceptivo visado de los mismos.
- El Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual, aprobado por R.D. 281/2003, de 7 de marzo, art. 14 k), contempla el visado colegial como instrumento para la protección de los derechos correspondientes a la autoría de los proyectos.

Es evidente que si una norma reguladora de una determinada actividad profesional -la relativa a la edificación- no se permite concretar el régimen jurídico del visado, ni siquiera para identificar, por medio de su rango, a las normas que lo han de regular, tanto más debe suceder con una norma reguladora de la actividad profesional en general -como es la contenida en el Anteproyecto-. Alterar esa posición normativa supone, en primer lugar, crear una laguna jurídica de ingentes proporciones y, en segundo lugar, generar una desprotección absoluta del consumidor o usuario frente a la actividad del profesional o de aquella persona que dice serlo.

En consecuencia, procede matizar la remisión que efectúan los arts. 17.1. y 5. q) propuestos, en el sentido de prever la imposición por la “*normativa*” o “*el ordenamiento jurídico*”. En caso de no ser atendida tal alegación en el *iter prelegislativo*, la remisión debería ser interpretada en sentido amplio hacia cualquier norma, bien con rango de Ley, bien con rango inferior, bien estatal o bien autonómica cuando exista atribución

de competencias en la materia; lo cual permite -tal como se ha comentado- el confuso tenor que presenta el texto del Anteproyecto. No obstante, el hecho de tener que interpretar algo es ya de por sí un problema. Siempre es mejor solución aclararlo con carácter definitivo en la propia norma jurídica.

PROPUESTA:

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, se propone el siguiente texto de los artículos contenidos en el Anteproyecto:

Artículo 5. *Funciones de los Colegios Profesionales.*

q) *Visar los trabajos profesionales de los colegiados cuando así lo soliciten éstos por petición expresa de sus clientes o lo imponga la normativa estatal o autonómica aplicable. El visado no comprenderá los honorarios ni las demás condiciones contractuales, cuya determinación se deja al libre acuerdo de las partes.*

Artículo 17. *Visado.*

1. *Los Colegios Profesionales tendrán a disposición de los consumidores y usuarios, ya sea prestado con medios propios o ajenos, un servicio de visado de los trabajos realizados por sus colegiados, siempre que la naturaleza de los trabajos permita la realización de tal función.*

El Colegio visará los trabajos de sus colegiados cuando los destinatarios de dichos trabajos así lo soliciten expresamente o cuando lo imponga la normativa estatal o autonómica aplicable. En ningún caso el Colegio impondrá la obligación de visar los trabajos profesionales.

B.- Configuración de la función de visado colegial: desfiguración de la función tradicional de visado e incoherencias con las finalidades generales de la reforma.

En el apartado segundo del art. 17 del Anteproyecto configura, con carácter general, el contenido del visado o los aspectos que el Colegio profesional debe controlar respecto de los trabajos profesionales en los que deba ejercer su función de “visar” y utiliza la siguiente redacción:

2. El visado garantiza, al menos, la corrección e integridad formal de la documentación del trabajo profesional, el cumplimiento de las normas sobre especificaciones técnicas, así como la observancia del resto de la normativa aplicable al trabajo que se trate. En ningún caso comprenderá los honorarios ni las demás condiciones contractuales, cuya determinación queda sujeta al libre acuerdo entre las partes.

En este precepto cabe apreciar tres importantes novedades que, a su vez, constituyen otros tantos defectos que deberán ser subsanados, si no se pretende la promulgación de una norma que distorsione notablemente el mercado de los servicios profesionales:

- Desaparece el control sobre la identidad y habilitación del profesional, que recogían la práctica totalidad de normas sectoriales reguladoras del visado.
- Se generaliza el denominado control sobre “*el cumplimiento de las normas sobre especificaciones técnicas*”.
- Se establece el control sobre “*la observancia del resto de la normativa aplicable al trabajo de que se trate*”.

Con carácter general, tal configuración contrasta tanto con el contenido tradicional del visado regulado para los distintos ámbitos profesionales, como con el propio espíritu o esencia de la reforma que el Anteproyecto pretende llevar a cabo.

El contenido tradicional del visado ha sido glosado en multitud de sentencias del Tribunal Supremo -entre las que cabe citar la paradigmática de 19 de octubre de 1981, así como las de 19 de febrero de 1998, 11 de julio de 1984 ó 4 de enero de 1983-, estableciendo con carácter general el contenido de la función de visado por parte de los Colegios Profesionales, que pueden sintetizarse en el siguiente contenido, sin perjuicio de las necesarias particularidades específicas de cada ámbito sectorial:

- Identidad y habilitación facultativas del profesional.
- Corrección e integridad formal y apariencia de viabilidad legal del trabajo.
- Observancia de las normas colegiales para los encargos y contratación de los servicios profesionales.

- Control del resto de previsiones que la normativa encomiende al Colegio profesional en el ejercicio de sus funciones.

Esa configuración supone un núcleo que no puede ser modificado sin que la función esencial del Colegio profesional sea distorsionada. Pues bien, la reforma pretendida suprime el primer y nuclear elemento relativo a la comprobación de la identificación y de la habilitación facultativa del profesional para poder realizar el trabajo objeto del visado. Esta supresión carece de justificación y de toda lógica, no sólo desde el punto de vista de la esencia de la función de visar, sino también de los fines pretendidos por el Anteproyecto.

A su vez, la generalización de los controles previstos en el texto del Anteproyecto -sobre el cumplimiento de las normas de especificaciones técnicas y sobre la observancia del resto de la normativa aplicable- sin ninguna limitación de su alcance, supone una incoherencia interna respecto de los fines generales que justifican la reforma, así como la instauración de una norma que puede generar consecuencias traumáticas en el mercado de los servicios profesionales.

En segundo lugar, las consecuencias del control que los Colegios Profesionales deberían ejercer, tal como está configurado por el texto del Anteproyecto, resultan impredecibles. El hecho de no delimitar sustancialmente la remisión a la comprobación de la normativa aplicable puede implicar, desde la imposibilidad material de ejercitar tal control por parte de muchos Colegios Profesionales, hasta el necesario sobredimensionamiento de las plantillas de técnicos y personas cualificadas que puedan ejecutar tal control sobre los proyectos, pasando por los conflictos que se producirían, la posible limitación de la libertad y autonomía en el ejercicio de la profesión; y así hasta un largo etcétera de consecuencias que implicarían una distorsión poco recomendable del mercado de servicios.

A su vez, no pueden justificarse las deficiencias manifestadas en el contenido de la función de visado arguyendo que se trata de una institución a la que se puede acudir de modo voluntario, pues tal como se ha puesto de manifiesto, el visado seguirá siendo requisito obligatorio en el trabajo de los profesionales cuando las “leyes” así lo establezcan. Y en el caso de algunas profesiones, como la de Arquitecto, el visado va

a seguir siendo obligatorio (porque así lo prevé una Ley), por lo que las consecuencias de la implantación de este modelo de visado van a ser generalizadas e inmediatas para este concreto sector. De ahí que deba ser modificado el tenor del artículo con el fin de lograr un contenido más equilibrado y acorde con el resto de la reforma.

En fin, dado que la función de visado debe adaptarse a las distintas tareas profesionales susceptibles de ser visadas, lo más lógico y razonable es que, salvo los aspectos generales de la función que no vengán afectados por las particularidades, la regulación de la función se establezca en las normas sectoriales o autonómicas cuando esté transferida la competencia en la materia. Así, la amplitud del control que el Colegio profesional debe ejercer sobre el contenido del proyecto y su adecuación a la normativa aplicable es una cuestión que debe ser regulada en la normativa sectorial estatal o autonómica, no ya de la profesión, sino de cada una de las actividades en las que participa un profesional. En consecuencia, procede la supresión en el Anteproyecto de ambas menciones al control o, en su defecto, la introducción de una remisión que las supedite a la previsión en la normativa sectorial estatal o autonómica.

PROPUESTA

Se propone la siguiente redacción

2. El visado garantiza, al menos, la identidad y habilitación del profesional responsable, la corrección e integridad formal de la documentación del trabajo profesional y, en caso de que así lo prevea la normativa sectorial estatal o autonómica aplicable, el cumplimiento de las normas sobre especificaciones técnicas, así como la observancia del resto de la normativa aplicable al trabajo que se trate. En ningún caso comprenderá los honorarios ni las demás condiciones contractuales, cuya determinación queda sujeta al libre acuerdo entre las partes.

C.- Apartado tercero del nuevo art. 17 de la Ley de Colegios Profesionales: un precepto regulador de la responsabilidad civil.

En el apartado tercero del nuevo art. 17 propuesto para la Ley de Colegios Profesionales, el Anteproyecto pretende introducir una norma reguladora de la

responsabilidad civil de los Colegios Profesionales por hechos cometidos por terceros, como son los profesionales a los que hayan visado sus proyectos.

Al margen de valorar desde el punto de vista de la responsabilidad civil el contenido del precepto, lo que es evidente es que no es éste el lugar ni el modo apropiado para regular una institución tan compleja y tan influida por la casuística y por las particularidades de cada ámbito sectorial, como la responsabilidad civil de los profesionales.

Para razonar tal afirmación basta con acudir, en el caso de la profesión de Arquitecto, al art. 1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en el que se prevé que el ámbito adecuado para regular tal responsabilidad es ese texto legal y no un texto como el que se pretende promulgar:

Artículo 1. Objeto.

1. Esta Ley tiene por objeto regular en sus aspectos esenciales el proceso de la edificación, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso, así como las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del mismo, con el fin de asegurar la calidad mediante el cumplimiento de los requisitos básicos de los edificios y la adecuada protección de los intereses de los usuarios.

También la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la posible responsabilidad del Colegio profesional de Arquitectos por la ejecución de la función de visado, pudiendo citar, por todas, la sentencia de 8 de noviembre de 2002.

“El segundo motivo de este recurso, amparado en el núm. 40 del art. 1692 LECiv, acusa infracción del art. 1591 CC y jurisprudencia que cita alegándose sustancialmente que este precepto «en caso alguno contempla la responsabilidad de un Colegio profesional derivada de su función visadora de proyectos.

Así es, en efecto, porque el primer párrafo del art. 1591, que es el de referencia, par/e de la existencia de ruina de un edificio por “vicios de la construcción” y establece la responsabilidad decenal del contratista y el arquitecto, según las

causas de la ruina, lo que presupone que se trata de personas *directamente implicadas en la actividad constructiva, y lo mismo sucede respecto o la extensión jurisprudencial al promotor a determinados técnicos siempre directamente involucrados en la obra y con facultades de control, en mayor o menor rudo, de su realización, circunstancias que en modo alguno concurren en el Colegio profesional, que se limite a visar los proyectos sobre la base de lo consignado en los mismos*“.

Sin perjuicio de lo anterior y respecto de la regulación que en particular el Anteproyecto realiza de la responsabilidad del Colegio profesional, cabe apreciar las siguientes deficiencias:

- El Anteproyecto convierte al Colegio profesional en una suerte de entidad garante de la inexistencia de cualquier tipo de defecto por parte de los profesionales. Tal configuración es incompatible con la función constitucional atribuida a dichas entidades. Se consagra la responsabilidad objetiva y universal del Colegio por cualesquiera defectos del trabajo profesional, con las consiguientes consecuencias perturbadoras del régimen jurídico de la responsabilidad de los profesionales. Ningún criterio de imputación del daño es observado para adecuar la responsabilidad del Colegio profesional a aquellas consecuencias que le sean objetivamente imputables.
- Se introducen obstáculos procesales para alcanzar la tutela jurisdiccional de los consumidores y usuarios perjudicados por la actuación de profesionales, derivados de las incógnitas que se dejan abiertas sobre la posición procesal de los Colegios profesionales en los procesos incoados al respecto.
- Se introducen nuevos costes en el mercado de servicios profesionales. Lejos de lo pretendido por la reforma, es evidente que el aseguramiento de las nuevas responsabilidades creadas implicará la generación de costes añadidos en la prestación de la función de visado.

PROPUESTA

En consecuencia con lo indicado, se propone la supresión del apartado tercero del art. 17 de la Ley de Colegios profesionales o, en su caso, la siguiente redacción:

3. En caso de daños derivados de los trabajos que haya visado el Colegio, en los que resulte responsable el autor del mismo, el Colegio responderá subsidiariamente en cuanto los daños tengan su origen en defectos formales que razonablemente hubieran debido ser puestos de manifiesto por el Colegio al visar el trabajo profesional.

II.4.- LOS BAREMOS ORIENTATIVOS DE HONORARIOS.

Ante todo, hay que advertir que la modificación legislativa de 1997, que supuso la supresión de las tarifas obligatorias, debe considerarse como un punto de inflexión de enorme importancia para comprender lo que ha sucedido desde entonces. El amparo legal que otorga el artículo 5 ñ) de la LCP dejó a los Colegios de Arquitectos en una situación de cierta tranquilidad respecto a su compatibilidad con el Derecho comunitario en general y con el Derecho de la competencia en particular.

A esa tranquilidad ha contribuido de forma muy importante el que no haya habido nunca ninguna denuncia sobre la supuesta ilegalidad nacional o comunitaria de nuestros baremos de honorarios orientativos. Ello se debe, precisamente, a que no existen problemas significativos en el mercado de los servicios profesionales de arquitectura que pudieran tener su causa en la existencia de los baremos orientativos. Muy al contrario, pensábamos que la función de los baremos los hace imprescindibles y proporcionados a sus objetivos de interés general, que se resumen en el asesoramiento a órganos de adjudicación de contratos y Tribunales de Justicia, así como para información a los clientes del arquitecto. Además, entendemos que la afectación del mercado, si es que la hay, no puede calificarse sino de hipotética o potencial, porque, incluso a día de hoy, no existen estudios económicos al respecto que prueben una afectación real y actual. Muy al contrario, en algún Estado miembro

(Reino Unido) la supresión de los baremos de honorarios supuso, en su momento, un aumento de los precios de los servicios profesionales en el sector de la construcción.

Por otra parte, según se desprende de la última Comunicación de la Comisión Europea (septiembre de 2005) se llega a la conclusión de que hay ciertos objetivos de interés general y defensa de los consumidores (principio de “asimetría de la información”) que justifican la existencia de un sistema que informe a los clientes sobre el contenido de los servicios prestados por el arquitecto. Por otra parte, seguimos insistiendo en que, además de informar a los clientes, nuestros baremos cumplen hoy otras finalidades de interés general: la información a los órganos de adjudicación en concursos de arquitectura públicos y privados y el asesoramiento a los órganos jurisdiccionales para la solución de contenciosos sobre honorarios y para el cálculo de honorarios de peritos judiciales.

En general, todos los valores ligados al fundamento mismo del ejercicio profesional tienen una conexión directa o indirecta con la calidad del servicio profesional (independencia, responsabilidad, deontología, valores culturales, dificultad, ...) y es evidente que, a su vez, la calidad está relacionada con la remuneración. No quiere decir esto que los profesionales no ejerzan debidamente su profesión cumpliendo los estándares mínimos exigibles por ley o por códigos deontológicos, sino simplemente que hay niveles tan bajos de remuneración profesional que impiden ejercer con responsabilidad e independencia y, por tanto, que excluyen la cobertura mínima de los valores de interés general exigibles, obligando a los profesionales a trabajar sin una adecuada remuneración.

Cuando hablamos de “calidad” del ejercicio profesional nos referimos, por tanto a la calidad mínima exigible para cumplir con los valores propios de la profesión relacionados con el interés general. En definitiva, estamos hablando de “servicio público” que muchos profesionales desempeñan sin obtener la adecuada contraprestación, en detrimento de la calidad de dicho servicio y en perjuicio, además, de la propia estabilidad económica de esos profesionales.

Muy relacionados con estos argumentos relativos al “servicio público” que prestan los profesionales, están otros argumentos conocidos como “externalidades”. Nuestros

servicios profesionales no solo afectan a los intereses de nuestros clientes más directos y al mercado de servicios profesionales en el que ejercemos. En algunos casos, quedan afectados otros mercados y personas terceras no afectadas por la primera relación contractual. Un contrato de edificación, un contrato de redacción de proyecto, no afectan solamente al profesional, promotor, constructor o a la administración pública como partes contratantes, sino que de su buena o mala ejecución depende que se ponga en peligro o no la seguridad pública.

Los baremos de honorarios aseguran la transparencia de las relaciones contractuales entre profesionales y usuarios. Y la aseguran de forma inmediata y automática. En otras palabras, los usuarios no están obligados a investigar el mercado en busca de otras ofertas con otros precios para compararlos, porque ya conocen cuál es el precio adecuado en función de los baremos.

Además, los baremos informan al usuario con la máxima competencia posible, es decir, es mejor el juicio sobre costes y remuneración establecido por toda la organización colegial que cualquier juicio unilateral, necesariamente de carácter esporádico, que pueda efectuar un consumidor aislado y, muy probablemente, desconocedor del sector profesional en cuestión.

En muchas ocasiones, además, los usuarios no tienen tiempo de llevar a cabo un estudio comparativo sobre precios y ofertas, precisamente debido a que los servicios profesionales, en muchas ocasiones, tienen carácter de urgencia (salud pública, seguridad pública, orden público, defensa de derechos subjetivos,...).

Un usuario de servicios profesionales se caracteriza por no tener necesariamente la capacidad de juzgar sobre la complejidad de la solución propuesta por el profesional a su problema personal. Al no estar capacitado suficientemente para ello, es normal que se equivoque sobre la complejidad o simpleza del servicio en cuestión y, por tanto, juzgue mal sobre la cualificación profesional necesaria para ejercerlo, sobre la cantidad de medios necesarios, materiales y personales, sobre el tiempo que hace falta para realizarlo, sobre los controles necesarios que deben efectuarse antes de prestar el servicio.

El usuario está mal informado, en definitiva, sobre quién es el que puede prestarle mejor servicio, sobre la cualificación que hay que tener para hacerlo, e incluso, no podrá identificar errores o defectos en la prestación de servicio y sufrirá, por tanto, las consecuencias. Esta asimetría de información es casi generalizada, incluyendo no solo a los pequeños usuarios, sino incluso a las grandes empresas y a la administración pública.

En efecto, una de las funciones que prestan los baremos de honorarios es la de asesorar adecuadamente sobre el precio tipo en un contrato público para la adjudicación de servicios profesionales. Es clásica la referencia a baremos de honorarios en los documentos preparatorios de la adjudicación e, incluso, en las bases de los concursos, existiendo para ello convenios entre las administraciones autonómicas y locales y los Colegios de Arquitectos.

Otro servicio que prestan los contenidos de los baremos de honorarios es a los órganos jurisdiccionales, cuando tienen que resolver sobre demandas y controversias sobre ejecución de un contrato, teniendo que pedir constantemente informes sobre honorarios a los colegios profesionales.

Además, los baremos orientativos tienen también una función fundamental de información a los arquitectos jóvenes de reciente colegiación que, al no tener experiencia profesional necesitan un asesoramiento objetivo para fijar y negociar sus baremos. Por otra parte, esa misma función de información a los colegiados, es muy importante para aquellos profesionales que cambian el ámbito de su ejercicio profesional o se introducen en nuevos sectores al ampliar las actividades de sus estudios profesionales.

En definitiva, la asimetría de la información se refiere a que en el mercado de servicios profesionales estamos ante prestadores de servicios expertos enfrentados a consumidores/usuarios inexpertos. El usuario es capaz de comparar el precio de la oferta que se le hace, pero es absolutamente incapaz de determinar el valor del servicio que se le presta. Si el usuario compara solamente precios, no tendrá en cuenta las diferencias del servicio que se le ofrece, tanto por lo que se refiere a la diferente calidad, como por lo que se refiere al diferente contenido. Por tanto, al

contrario de lo que afirman las autoridades de la competencia, los baremos de honorarios aseguran la diversidad de la oferta y así constituyen un instrumento activo en defensa de un sistema competitivo en el mercado de servicios profesionales.

El usuario carece de información objetiva con la que pueda contrastar las diferentes combinaciones de ofertas según las coordenadas de precio y valor.

Puede argumentarse que el consumidor puede dirigirse a un experto, pero entonces estamos trasladando el problema de la elección del profesional a la de elegir el experto y, además, estamos cargando nuevos costes al servicio.

La falta de información del consumidor le puede llevar a elegir una oferta con un precio superior y una calidad y contenido idénticos al de otra oferta que podría tener un precio inferior, simplemente porque el consumidor pueda considerar subjetivamente que ese precio superior de la oferta que elige se debe a una mejor calidad o a un contenido más complejo. Sin embargo, esa calidad puede ser la misma o incluso inferior y el contenido suplementario de la oferta profesional puede ser un contenido innecesario para la prestación del servicio requerido. Son los problemas del consumidor "ignorante". Y, en definitiva, son problemas que causan distorsión en el mercado. Los baremos de honorarios, en lo que contienen de información al consumidor, son un instrumento que evita este tipo de efectos perversos de la ley de la oferta y la demanda (ver especialmente I.Kirzner Competition and Entrepreneurship).

Más aun, los baremos orientativos facilitan en gran medida la correcta prestación de los servicios profesionales por nacionales de otros estados miembros de la Unión Europea. Sirven de orientación a los mismos sobre la realidad del sector en nuestro país, lo que les coloca en una posición de sustancial igualdad con los profesionales nacionales, permitiendo que sus ofertas puedan ser competitivas desde un primer momento y que no se vean perjudicadas por el lógico desconocimiento del mercado.

Demostrada la necesidad de los baremos orientativos, se trata de saber si otros sistemas de información sobre contenidos del servicio profesional y precios pueden sustituir a los baremos de honorarios y conseguir los mismos objetivos, con una afectación menor de la competencia en el mercado de servicios profesionales. Hay

que tener en cuenta, por tanto, todos los objetivos de interés general que hemos descrito más arriba, incluyendo aquellos valores propios de cada profesión, directa o indirectamente relacionados con los contenidos, con los objetivos y con la utilidad de los baremos de honorarios. Por eso, los posibles sistemas sustitutorios deben juzgarse en relación con todos y cada uno de los objetivos de interés general en cuestión.

No obstante, las autoridades de control siempre han advertido que el único objetivo de interés general a tener en cuenta cuando se trata de la aplicación de las normas de competencia es la protección de los derechos del consumidor. En relación con los baremos de honorarios, se juzga que el problema de la “asimetría de la información” es un objetivo de interés general relacionado con los consumidores que puede ser tenido en cuenta a la hora de aplicar las normas de libre circulación y competencia. Por eso, desarrollaremos este tema con un poco más de detalle. No obstante, incluso pensando únicamente en la defensa de los derechos del consumidor, ya hemos visto que no se trata solo de una mejor información, sino que los baremos de honorarios sirven también como un instrumento corrector del mercado que incluso puede favorecer la competencia y, en este sentido, servir para abaratar los servicios profesionales y, por tanto, proteger los derechos del consumidor.

Es clásico en algunos países de orientación jurídica anglosajona sustituir los antiguos baremos de honorarios por estadísticas de precios. Por ejemplo, elaborando cuestionarios dirigidos a los arquitectos, aunque normalmente cubriendo un porcentaje muy bajo y obteniendo aún más bajo porcentaje de respuestas. Ese tipo de encuestas se construyen necesariamente sobre la base de preguntas muy simples y demasiado generales, para facilitar la respuesta. Así, por ejemplo, en el marco de la arquitectura, se hacen diferencias únicamente entre nueva edificación y rehabilitación o entre la tipología del contrato como contrato tradicional de servicios o como contrato de proyecto y ejecución de obra. En definitiva, no se informa suficientemente sobre las diferentes misiones o fases del servicio profesional en cuestión.

En muchos casos, esos sistemas estadísticos dividen su contenido según magnitudes fijas del servicio a prestar. Por ejemplo, según la dificultad, según la extensión de la obra, según los metros cuadrados de edificación... También suelen hacerse subdivisiones geográficas regionalizando esos estudios.

Pero en este tipo de estudios estadísticos el elemento fundamental para determinar el precio es la cantidad de horas que el profesional destina a ese contrato. Suele distinguirse según los diferentes profesionales que intervienen y, al mismo tiempo, según la cualificación profesional, baja, media o alta que tiene cada uno de esos profesionales. Finalmente, a cada una de las categorías así descritas se le atribuye un determinado precio por hora. Debemos considerar, en definitiva, que estos sistemas, aunque formalmente más asépticos, se basan en un precio perfectamente definido. Además, la información que contienen es sustancialmente inferior a la que contienen los baremos de honorarios y, por tanto, no podrán cumplir nunca el requisito del principio de sustitución. Afectan a la competencia, si es que puede probarse eso, de la misma forma que los baremos de honorarios y no alcanzan el mismo grado de cumplimiento del interés general que se persigue y la protección del consumidor con una correcta información.

Además, esos estudios tienen que ser llevados a cabo necesariamente por los propios colegios o por una empresa de consultoría a cargo de dichos colegios. Luego, en ningún caso, queda asegurada la independencia de los resultados.

Otro posible sistema sustitutivo de los baremos es la llamada “estadística histórica” de los precios normalmente aplicados durante un número determinado de años. Este sistema tiene exactamente los mismos problemas que los sistemas de costes descritos más arriba: falta de independencia de los organismos que los elaboran y controlan, falta de contenido suficiente de la información sobre el servicio prestado y, en definitiva, determinación de un precio medio semejante a la determinación del precio en un baremo de honorarios. Si se profundiza un mínimo en esta cuestión, nos damos cuenta de que, necesariamente, cualquiera que sea la fórmula utilizada para el cálculo de baremos de honorarios, estas fórmulas son el resultado de una estadística histórica convertida en fórmula matemática de cálculo.

En conclusión, los baremos de honorarios orientativos no deberían suprimirse. Menos aún, en cuanto que representan un mecanismo necesario, proporcionado y no discriminatorio, fundamentado en imperiosas razones de interés general.

PROPUESTA:

No eliminar el contenido del art. 5 ñ) de la Ley de Colegios Profesionales y dar una nueva redacción, distinta a la que se propone, para su art. 18 por la que se autoricen sistemas de información sobre costes que no interfieran a la libre formación del precio entre el profesional y su cliente.

II.5.- EL TRATAMIENTO DE LA PUBLICIDAD O COMUNICACIONES COMERCIALES

El Anteproyecto pretende incluir en el art. 2.1 de la Ley de Colegios Profesionales la previsión de que cualquier restricción o limitación a las comunicaciones comerciales en las profesiones colegiadas deberá hacerse por medio de una norma con rango de ley. Su inclusión en el precepto resulta sistemáticamente deplorable, toda vez que se trata de un apartado que consagra el principio esencial de ejercicio profesional de acuerdo a lo dispuesto en las leyes y con respeto especial a las reguladoras de la competencia. De ahí que tal proclama programática case mal con el tratamiento de una cuestión adjetiva o accesorio, como es lo relativo a la publicidad.

En todo caso, se trata de una previsión que se separa sustancialmente de las previsiones de la Directiva de servicios y empeora notablemente lo previsto por el art. 24 del Proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. En esta materia parece obligado tener siempre presente lo establecido en el art. 24 de la Directiva, según el cual:

1. Los Estados miembros suprimirán las prohibiciones totales de realizar comunicaciones comerciales en el caso de las profesiones reguladas.

2. Los Estados miembros harán lo necesario para que las comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas se hagan cumpliendo las normas profesionales conformes al Derecho comunitario que tienen por objeto, concretamente, la independencia, dignidad e integridad de la profesión, así como el secreto profesional, de manera coherente con el carácter específico de cada profesión. Las normas profesionales en materia de comunicaciones comerciales

serán no discriminatorias, estarán justificadas por una razón imperiosa de interés general y serán proporcionadas”.

La Directiva cree en la independencia, dignidad e integridad de las profesiones reguladas. Y cree también en el secreto profesional. Se trata de valores superiores reconocidos comúnmente a en el ámbito de la Unión Europea y que se deben fomentar. Sin embargo, parece que el autor del Proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y del presente Anteproyecto no cree en esos conceptos esenciales para el correcto ejercicio profesional, para la defensa de los derechos más elementales de los ciudadanos y para una correcta Administración de Justicia.

Así resulta claramente de la mención que contiene la Directiva a las “*normas profesionales en materia de comunicaciones comerciales*”, tratándose normalmente de los Estatutos generales de cada profesión, debidamente complementados por los respectivos Códigos deontológico. Lamentablemente, en España tales normas queridas por la Directiva de servicios - vendrán imposibilitadas por el Anteproyecto que ahora analizamos que, a su vez, no contiene previsión material alguna sobre la cuestión, defiriendo la regulación a otras leyes, ahora inexistentes y poco esperables en el futuro.

El párrafo 100 de la Exposición de Motivos de la Directiva resulta muy interesante y sumamente expresivo, en cuanto además se refiere a los Códigos de conducta de ámbito comunitario e interpreta lo siguiente:

Conviene suprimir las prohibiciones totales de comunicaciones comerciales en el caso de las profesiones reguladas. Dicha supresión no afecta a las prohibiciones relativas al contenido de una comunicación comercial, sino a aquellas que, de manera general y en relación con una profesión dada, prohíben una o varias formas de comunicación comercial, por ejemplo, toda publicidad en uno o varios medios de d dados. Por lo que se refiere al contenido y a las modalidades de las comunicaciones comerciales, procede animar a los profesionales a elaborar códigos de conducta a nivel comunitario que cumplan lo dispuesto en el Derecho comunitario”.

La supresión de las prohibiciones totales de comunicaciones comerciales es lógica y justa, pero no el olvido de los principios rectores esenciales del ejercicio profesional, de los criterios y requisitos que hacen que una profesión sea reconocida como tal.

El Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios también se refiere a estos aspectos de la regulación en su apartado 8.3. señalando expresamente que

Los Estados miembros tendrán que suprimir las restricciones innecesarias aplicadas a las comunicaciones comerciales y, al mismo tiempo, salvaguardar la independencia y la integridad de las profesiones reguladas. El art. 24 se aplica a tales restricciones, ya se dispongan en la legislación nacional o en las normas de colegios u otras organizaciones profesionales. Esto significa que los estados miembros tendrán que revisar su legislación, adaptarla en caso necesario y decidir asimismo las medidas apropiadas para garantizar que se adapten en caso necesario las normas pertinentes de los colegios y las organizaciones profesionales.

En primer lugar, los Estados miembros deberán eliminar todas las prohibiciones totales de las comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas, como las que restringen el suministro de información sobre el prestador de servicios y su actividad en todos los medios de comunicación. Es lo que ocurre, por ejemplo, con las normas profesionales que prohíben las comunicaciones comerciales en todos los medios de comunicación (incluidos la prensa, la televisión, la radio, Internet, etc.) para una determinada profesión regulada. Por el contrario, pueden estar justificadas las normas por razones deontológicas sobre el contenido y las condiciones de la publicidad y otras formas de comunicación comercial en el caso de determinadas profesiones reguladas y de ciertos tipos de comunicaciones comerciales.

En segundo lugar, los Estados miembros deberán garantizar que dichas comunicaciones de profesiones reguladas cumplen las normas profesionales que, de conformidad con el derecho comunitario, tratan en particular de garantizar la independencia, dignidad e integridad de la propia profesión, así

como el secreto profesional. Por ejemplo, el cumplimiento de la obligación de secreto profesional evitará normalmente que los prestadores mencionen a sus clientes en comunicaciones comerciales sin el consentimiento expreso de los mismos.

Reconfortan las menciones a la independencia, dignidad, integridad o ética de la profesión. Y también al secreto profesional y a evitar que se mencione a los clientes sin su consentimiento expreso. No puede olvidarse que las previsiones a las que nos venimos refiriendo se establecen principalmente en defensa de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos -de los usuarios o consumidores; clientes o pacientes- y no de los prestadores de servicios.

El Anteproyecto se aparta significativamente de la Directiva en este punto, en perjuicio de los derechos de los ciudadanos y de la autonomía, dignidad, integridad y ética de las profesiones. La norma, sin embargo, debería ajustarse a las sensatas previsiones de la Directiva.

II.6.- EL EJERCICIO PROFESIONAL EN FORMA SOCIETARIA

El Anteproyecto contiene una regulación del ejercicio profesional en forma societaria (nuevos arts. 10 a 13) que se aparta significativamente de las garantías para los consumidores y usuarios conseguidas con la aprobación de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

La citada Ley supuso una novedad de gran trascendencia en nuestro Derecho. Se trata de un instrumento normativo largamente demandado y esperado, que posibilita el control profesional y deontológico de tales sociedades mercantiles por los Colegios profesionales, en garantía de los derechos de los clientes, pacientes, consumidores o usuarios. Para ello exige la inscripción de estas sociedades en el Registro que debe crearse específicamente en cada Colegio respectivo y la obligatoria adaptación de las existentes a su entrada en vigor.

El Anteproyecto que examinamos introduce inseguridad jurídica en el sistema, al posibilitar el ejercicio conjunto o unipersonal de una profesión en forma societaria sin constituir una sociedad profesional, en contradicción con las previsiones al respecto de la Ley de Sociedades Profesionales, que además no es reformada en este punto (el art. 6 del Anteproyecto se dedica a modificar otros aspectos del régimen jurídico de las sociedades profesionales, pero no los conceptos esenciales recogidos en los tres primeros artículos de su Ley reguladora).

La Ley de Sociedades Profesionales no configura a las sociedades profesionales como una mera opción o posibilidad para quienes pretenden desarrollar en común una actividad profesional bajo forma societaria. Al contrario, exige que en esos casos se constituya una sociedad profesional. Así se deduce sin dificultad de lo previsto en el art. 1 de la Ley. Los objetivos de la Ley sólo se podían cumplir así. Era la única forma de garantizar el control de la corrección de la actividad profesional a través de formas societarias, habilitando la intervención exhaustiva de los Colegios profesionales en ese ámbito. También es la única forma de conseguir la garantía definitiva de los derechos de los clientes, ampliando efectivamente los sujetos responsables, sin permitir pliegues en la norma que posibiliten el desconocimiento de esos derechos.

En efecto, el art. 1 de la Ley prevé en su primer párrafo que “las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley”. Utiliza el término “deberán” y no el de “podrán”. La interpretación literal, normalmente la más segura, es nítida en este caso. No queda en manos de quienes van a constituir la sociedad decidir si en esos casos les conviene más o menos constituir una sociedad profesional, sino que la norma les impone precisamente constituir una sociedad profesional.

La Ley admite las sociedades profesionales cuyo objeto habilite la realización de más de una actividad profesional (sociedades multidisciplinares). Con arreglo al art. 3 de la Ley, “las sociedades profesionales podrán ejercer varias actividades profesionales, siempre que su desempeño no se haya declarado incompatible por norma de rango legal o reglamentario”.

Sentado lo anterior, parece preciso avanzar qué se quiere decir con la expresión “actividad profesional”. La propia Ley nos aclara el concepto en su art. 1, definiéndola como aquella que para su desempeño “requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio profesional”.

Junto a la definición de actividad profesional, reviste interés esencial la determinación de qué entiende la Ley de Sociedades Profesionales por ejercicio en común. Una vez más su art. 1 nos ofrece la pertinente aclaración al disponer que:

“A los efectos de esta Ley se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente “.

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Profesionales, “la sociedad profesional objeto de esta Ley es aquélla que se constituye en centro subjetivo de imputación del negocio jurídico que se establece con el cliente o usuario, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, y, además, los actos propios de la actividad profesional de que se trate son ejecutados o desarrollados directamente bajo la razón o denominación social”.

Quedan fuera de esta categoría las denominadas sociedades de intermediación. A esta categoría doctrinal, no legal, se refiere la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Profesionales, pero no su articulado. Señala al respecto que:

Quedan, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la Ley las sociedades de medios, que tienen por objeto compartir infraestructura y distribuir sus costes; las sociedades de comunicación de ganancias; y las sociedades de intermediación, que sirven de canalización o comunicación entre el cliente, con quien mantienen la titularidad de la relación jurídica, y el profesional persona física que, vinculado a la sociedad por cualquier título (socio, asalariado, etc), desarrolla efectivamente la actividad profesional. Se trata, en este último caso, de sociedades cuya

finalidad es la de proveer y gestionar en común los medios necesarios para el ejercicio individual de la profesión, en el sentido no de proporcionar directamente al solicitante la prestación que desarrollará el profesional persona física, sino de servir no sólo de intermediaria para que sea éste último quien la realice, y también de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas.

Estas peculiares sociedades de intermediación no suponen el ejercicio en común de actividad alguna, sino que son facilitadoras del ejercicio individual.

De lo expuesto se deduce que el régimen futuro del ejercicio de actividades profesionales en forma societaria, de persistir la actual propuesta normativa concretada en el Anteproyecto, resultará ambiguo, creará inseguridad jurídica y aparentemente permitirá desarrollarlo mediante sociedades que no tengan el carácter de sociedad profesional con la consiguiente merma de garantías para los receptores de los servicios.

En este mismo contexto merece mención expresa la modificación de la Ley 2/2007, de Sociedades Profesionales que se propone introducir en el art. 6 del Anteproyecto. Concretamente, los apartados 2 y 3 de su art. 4 quedarían redactados de tal forma que el control del capital y los órganos de la Sociedad por los socios profesionales se rebaja del 75% actual a la mayoría simple, es decir, más del 50%.

Esta reducción de la mayoría carece de justificación y supondría de hecho eliminar el carácter profesional de estas sociedades, que justifica plenamente la exigencia de mayorías cualificadas para la modificación de los estatutos sociales y las decisiones de mayor importancia. Ahora, en cambio, estas decisiones quedarían fuera de control de los socios profesionales. **Hemos de proponer, por tanto, que se mantengan en su redacción actual dichos apartados.**

II.7.- SOBRE LA DISPOSICIÓN FINAL CUARTA. ENTRADA EN VIGOR

El texto de la Disposición Final Cuarta dispone una *vacatio legis* de treinta días desde la publicación de la ley en el BOE.

Consideramos totalmente imposible abordar la implantación de nuevas tecnologías, funcionamiento de la ventanilla única, oficina de servicio al usuario y colegiado y reconfiguración telemática del visado en el brevísimo plazo de la clásica *vacatio legis* de treinta días.

Entendemos que el plazo de entrada en vigor se ha reducido con la intención de asegurar que la transposición de la Directiva se haga en el plazo otorgado por el legislador comunitario. No obstante, hay que indicar que es perfectamente posible establecer una clara diferencia entre el plazo de entrada en vigor y el plazo de ejecución y puesta en marcha de las obligaciones contenidas en sus disposiciones. Es decir la ley puede entrar en vigor a los 30 días de su publicación en el BOE pero establecer al mismo tiempo un plazo razonable (**que consideramos al menos de un año**) para el cumplimiento de las obligaciones de los Colegios profesionales. Precisamente el legislador comunitario, al aprobar directivas de mercado interior cuyo cumplimiento implica una transformación esencial del sector al que van dirigidas y que implican exigencias y obligaciones a las que se tienen que adaptar las estructuras y los agentes implicados, suele diferenciar claramente el momento de su entrada en vigor, su transposición por los Estados miembros y el plazo límite para la ejecución de determinadas obligaciones de excepcional complejidad.

PROPUESTA:

Añadir en la Disposición final cuarta un segundo párrafo, otorgando a los Colegios profesionales el plazo de un año a contar desde su entrada en vigor para el cumplimiento de las obligaciones de las que son destinatarios.

Madrid, 18 de abril de 2009