

Responsabilidad penal de los colegios profesionales



Domingo, 17 de abril de 2016, a las 19:50

Con motivo de la introducción en nuestro ordenamiento, mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, del Código Penal de la “responsabilidad penal de las personas jurídicas”, se introdujo una detallada regulación establecida primordialmente en el art. 31 bis del Código Penal, que se completaba con las disposiciones de los arts. 33.7 (penas imponibles a las personas jurídicas), 50.3 y 4 (extensión y cuota diaria de la pena de multa), 53.5 (posibilidad de pago fraccionado), 52.4 (multas sustitutivas de la multa proporcional, cuando no sea posible el cálculo de esta), 66 bis (determinación de la pena aplicable), 116.3 (responsabilidad civil) y 130 (supuestos de transformación y fusión de sociedades). Su razón y objetivo fue tanto del **incesante proceso de armonización internacional del Derecho Penal como de la sentida necesidad de dar una respuesta más eficaz** al avance de la criminalidad empresarial, fundamentalmente en el marco de la delincuencia económica.

Ya desde su introducción en 2010, esta modificación en el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica **fue criticado por un amplio sector doctrinal**, que lo consideró incompleto y confuso en muchos de sus aspectos esenciales, lo que motivó el que la Fiscalía General del estado dictara la Circular 1/2011 estableciendo las líneas explicativas y de aplicación unificadas para su interpretación por el colectivo de Fiscales, en aquellos casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma indicada.

La razón era lógica, se necesitaba aclarar su ámbito de aplicación, pues al no definir el legislador que se debía entender por “persona jurídica” penalmente sancionable, solo quedaba remitirse a la legislación civil y mercantil, por lo que **debía interpretarse por esta legislación cualesquiera “empresas, entidades o agrupaciones de personas que ostenten personalidad jurídica”**. El apartado 5 del art. 31 bis CP establecía una excepción a esta regla general, en cuanto excluye de este régimen expresamente a las siguientes entidades de derecho público: El Estado y las Administraciones Públicas territoriales e institucionales; Los Organismos Reguladores tales como, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de la Energía o la Comisión Nacional de la Competencia; Las Agencias estatales y Entidades Públicas Empresariales: las primeras reguladas por la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales y la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado; Las segundas, reguladas en el art. 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; Los partidos políticos; Los sindicatos, aunque excluyendo a las organizaciones patronales; Las organizaciones internacionales de Derecho público y por último las organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Esta Circular de la Fiscalía General del Estado realizó una interpretación teleológica de este precepto entendiendo que la exclusión no afectaba a las organizaciones en todo caso, sino “exclusivamente en el marco de su actividad en el ejercicio de las funciones de soberanía o administrativas” y que, por tanto, **no puede considerarse excluida con carácter general la responsabilidad penal de los Colegios Profesionales** y las demás Corporaciones de Derecho Público sino que habrá que efectuar una valoración jurídica casuística, postura que no fue compartida ya por un importante sector de la doctrina.

No habían pasado cinco años de esta reforma, y con un bagaje escaso en cuanto al número de procedimientos dirigidos contra personas jurídicas y sin apenas tiempo para haber evaluado la eficacia de esta normativa, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, acometió una importante modificación del art. 31 bis, reformando parcialmente el art. 66 bis e introduciendo tres nuevos artículos, 31 ter, 31 quater y 31 quinques que, **con la única novedad de extender en este último el régimen de responsabilidad a las sociedades mercantiles públicas**, reproducen el contenido de los apartados 2º, 3º, 4º y 5º del art. 31 bis original. Una relevante reforma, incorporada al Anteproyecto de Ley Orgánica, de 27 de junio de 2013, que por cierto no pasó a informe del Consejo Fiscal ni del Consejo General del Poder Judicial.

Con ocasión de esta nueva redacción dada por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el artículo 31 quinqués del Código Penal, la Fiscalía General del Estado a través de una nueva Circular la 1/2016, adopta una interpretación de la norma que **excluye a los Colegios profesionales de cualquier excepción a la aplicación de la responsabilidad penal** sin que haya en la reforma de la norma ningún elemento que sustente dicho cambio interpretativo, y sin que se atienda a la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales (art. 36 CE, Secc. Derechos y Deberes) que establece la diferencia con entidades de base asociativa como partidos políticos (art. 6 CE) o sindicatos (art. 28 CE, Derechos y Libertades); y con Cámaras de Comercio (art. 52 Política social y económica), que, si bien estas son Corporaciones de Derecho público, no tienen el mismo régimen, fines ni objetivos que los Colegios profesionales siendo los de éstos la defensa independiente de los derechos e intereses de los ciudadanos, clientes o pacientes, usuarios de los servicios de sus colegiados (art. 1 LCP).

Con ello la Fiscalía General del Estado realiza una interpretación que no se corresponde con la auténtica naturaleza jurídica de los Colegios profesionales y sus Consejos Generales, en la que **abandonando la consideración de su responsabilidad penal basada en la casuística de los supuestos que se pueden presentar en la actividad colegial, los equipara a entidades asociativas**, iguales a partidos políticos y sindicatos, como entidades en las que la incorporación a las mismas es una libertad que se puede ejercer o no, mientras que los Colegios Profesionales son entidades creadas para la incorporación como requisito o deber para ejercer determinadas profesiones que afectan a derechos de los ciudadanos.

La Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, cita a los Colegios Profesionales como un elemento fundamental para crear un mercado interior de servicios profesionales de calidad. Siguiendo esta línea, las leyes españolas de transposición formal han considerado a los Colegios Profesionales como componentes básicos en el entramado institucional como parte indispensable de la Sociedad Civil, reconociendo sus funciones de interés general: como **Autoridad Competente (Art. 3.12); Indispensables** en su participación en el funcionamiento del sistema de Ventanilla Única (Art. 18.1); actores indispensables para el fomento de los **servicios de calidad y para la aplicación de la política comunitaria de calidad de los servicios profesionales**, otorgándoles la autoría de las llamadas "cartas de calidad" (Art. 20, a)ii) y de los códigos de conducta a nivel nacional (Art. 22.3e) y a nivel europeo (Art. 20c) y como organizaciones indispensables para el fomento de la evaluación independiente de la calidad de los servicios (Art. 20.b); **garantía de legalidad del ejercicio profesional**, incluyéndolos en la información básica y garantía para los usuarios, a través de la exigencia de registro y la certificación de la habilitación actual para el ejercicio (Art. 22.2.d); se les considera fundamentales para establecer **los mecanismos y procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos** (Art. 22.3.f); y son interlocutores indispensables para transmitir información a las Autoridades Competentes de otros Estados miembros sobre medidas disciplinarias (Art. 32.1)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha insistido en el valor de los Colegios Profesionales en sus funciones de interés general, control deontológico y protección de la independencia facultativa en el ejercicio de la profesión (Sentencia en el Asunto Wouters de 19 de febrero de 2002, WOUTERS, As. C-309/99 Punto 97 y ss).

Sobre esta base, los Colegios Profesionales son Corporaciones de Derecho Público protegidas constitucionalmente en lo que a sus particularidades organizativas y funcionales se refiere, por medio de lo que la jurisprudencia denomina "garantía institucional". Como señala la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2005 (RJ 200516341): "La garantía institucional de los Colegios Profesionales, que deriva de su constitucionalización en el artículo 36, **se extiende no solamente a asegurar su existencia en términos de reconocibilidad** sino también al reconocimiento de los Colegios como entes sociales de carácter representativo de base democrática, que agrupan a quienes ejercen una determinada profesión titulada para la prosecución y defensa de intereses públicos y privados para preservar el contenido esencial de participación de los colegiados en la institución colegial, en congruencia con la exigencia de que la estructura interna y el funcionamiento sean democráticos".

La Constitución garantiza la identidad institucional de los Colegios, de modo que la ley tiene que garantizar su existencia y el correcto ejercicio de la función de interés general que, como Corporaciones de Derecho Público, los Colegios Profesionales tienen encomendadas.

En el momento constituyente, y actualmente tras las múltiples reformas de la Ley de Colegios Profesionales, **la colegiación de las profesiones que contaban, y cuentan, con Colegios Profesionales era, y es, obligatoria.**

El Tribunal Constitucional ha declarado acorde a la Constitución la exigencia de la colegiación obligatoria (SSTC 123/1987, 89/1989, 139/1989 166/1992 y 89/2013), construyendo su doctrina al hilo de su exégesis de los artículos 22 (derecho de asociación), 28 (derecho a la libertad sindical), 35 (derecho al trabajo) y a la libre elección de profesión y oficio), 36 (remisión a la ley de la regulación de las "*peculiaridades propias de los Colegios Profesionales*") y 149.1. 1ª (competencia exclusiva del estado sobre la regulación de las condiciones que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales).

Señalando en la SSTC 89/1989 y 194/1998), que la colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión **no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva**, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional. Ahora bien, esta afirmación fue hecha no sin antes recordar que los Colegios Profesionales "constituyen una típica especie de corporación reconocida por el Estado, dirigida ... esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profesión - que constituye un servicio al común- se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio".

Los estándares de calidad del ejercicio profesional sólo pueden asegurarse, por tanto, si todos los profesionales del sector, sin diferenciación alguna en razón de la naturaleza de su vínculo profesional o del carácter público o privado del empleador, **están sometidos a las disposiciones de los códigos deontológicos** y para ello es imprescindible que todos los profesionales estén sometidos a la obligación de

colegiación.

Estos estándares de máxima calidad y la aplicación universal de los controles no vienen exigidos únicamente a nivel europeo, sino que son plenamente coincidentes, por ejemplo, con la legislación sectorial, prevista en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesionales Sanitarias, Artículo 5.1 a), que exige una atención sanitaria acorde con el estado de desarrollo de los conocimientos científicos de cada momento y con los niveles de calidad y seguridad exigibles por ley o por disposiciones de los códigos deontológicos aplicables.

En este ámbito sanitario, la misión de control de la práctica profesional, de la formación continua, la competencia profesional, la certificación y recertificación de las competencias profesionales y el resto de las obligaciones deontológicas de los prestadores, **es una función propia e intransferible de los colegios profesionales**. Esa función básica de compromiso con la sociedad debe poderse ejercer con carácter universal para poder asegurar a los pacientes que sus derechos estarán siempre protegidos y con la misma intensidad y exigencia, cualquiera que sea el ámbito, lugar o naturaleza de la relación prestacional. Sin importar en tales casos, si el profesional presta sus servicios en el ejercicio privado o bajo la dependencia funcional del empleador público, ya que **el sometimiento al ordenamiento deontológico de todos ellos sin distinción está expresamente reconocido en las leyes** (artículo 4, apartados 5 y 7 LOPS; y artículo 19,b) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario).

Si, como señala la disposición transitoria cuarta de la Ley Ómnibus, el futuro proyecto de Ley de Servicios Profesionales deberá prever la continuidad de la obligación de colegiación en aquellos casos y supuestos de ejercicio en que se fundamente como instrumento eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios y en aquellas actividades en que puedan verse afectadas, de manera grave y directa, materias de especial interés público, como pueden ser la protección de la salud y de la integridad física o de la seguridad personal o jurídica de las personas físicas, **no será posible segmentar a dichas profesiones en función de la naturaleza pública o privada** de los empleadores de los profesionales, puesto que, con ello, se pierde toda posibilidad de llevar a cabo ese control del ejercicio profesional. Pérdida de control que perjudica, sobre todo y en primer término, a los destinatarios de los actos profesionales, pacientes o usuarios.

Por ello, **no es posible sustituir la colegiación obligatoria de profesionales que prestan sus servicios en el sector público por un control deontológico directo de la Administración**, manteniendo, al mismo tiempo, la colegiación voluntaria de esos profesionales que así quedarían sometidos a los órganos de control disciplinario tanto del Colegio como de la Administración. Sencillamente, porque tal control de la Administración no es posible.

En primer lugar, porque únicamente los Colegios profesionales pueden garantizar la neutralidad en la aplicación de la normativa colegial y asegurar que en todo momento se respete y se proteja la independencia en la actuación facultativa de sus miembros. Y en segundo término, porque **la independencia de los facultativos en el ejercicio de su profesión, su ética profesional, su responsabilidad deontológica y facultativa exige un control independiente ejercido por los colegios**. El control deontológico que pudiera llevar a efecto la Administración frente a estos profesionales que trabajan o prestan sus servicios profesionales para ella choca con el grave inconveniente de la falta de independencia e imparcialidad de aquélla, al tener que actuar en tales casos como enjuiciadora y parte. A ello debe añadirse que el régimen sancionador que tiene previsto **la Administración únicamente contempla una tipología de infracciones** relacionadas con el vínculo que le une con el profesional funcionario y no con el propio acto profesional.

Por tanto, estamos ante **la figura de la Corporación colegial como entidad de derecho público**, con potestades públicas atribuidas por la ley, con un estructura y funcionamiento que es sectorial pero amparada por la Constitución Española y que se sitúan entre la Administración del Estado o la Administración Autónoma y el administrado, ejerciendo funciones que corresponden a éstas por su carácter público, **pero que la ley les atribuye su ejercicio para un funcionamiento óptimo**, de más pericia, y sobre todo para que se encuentren en una posición de independencia respecto al poder público, que no puede cercenar su actuación, y así cumplir los fines que se la han encomendado por la ley.

La posición de los Colegios profesionales viene a ser un elemento determinante de su naturaleza jurídica peculiar debido a que **mientras partidos políticos y sindicatos son entidades asociativas** y por ello la incorporación a los mismos es una libertad que se puede ejercer o no, **los Colegios Profesionales son entidades creadas para la incorporación como requisito** o deber para ejercer determinadas profesiones que afectan a derechos de los ciudadanos.

La libertad de elección de profesión u oficio del artículo 35 de la Constitución Española tiene, en determinados casos, el correlativo deber de sujetarse a unas normas y reglas determinadas por los Colegios Profesionales con el fin de garantizar la buena práctica profesional, lo que supone la garantía institucional que estas entidades prestan mediante las funciones de ordenación y control, de las que **ha de destacarse la función deontológica, consistente en la capacidad de aprobar una norma de obligado cumplimiento** para los profesionales que ejercen la profesión y que se recoge como Código deontológico; y la potestad disciplinaria mediante un régimen de faltas y sanciones.

Estas atribuciones legales sitúan a los Colegios Profesionales y sus Consejos Generales en una categoría peculiar, específica y diferente. No siendo posible basar íntegramente su naturaleza en la asociación, puesto que su naturaleza, creación y fines son diferentes.

Siendo más que discutible la interpretación que la Fiscalía General del Estado ha realizado a la vista de la naturaleza jurídica de los Colegios profesionales y sus Consejos Generales que acabamos de comentar, debería recuperarse el criterio que la Fiscalía adoptó en su Circular 1/2011, criterio que mantiene Unión Profesional a través de un acertado informe que ha sido reflejado en este comentario.

Somos conscientes que estas Circulares son las pautas sobre valoración e interpretación de preceptos materiales y procesales a los que han de ajustarse los miembros del Ministerio Fiscal, pero ojalá que el principio de seguridad jurídica, reconocido al más alto nivel en el art. 9.3 de la Constitución española dirigido a procurar a los ciudadanos la garantía de recibir el mismo tratamiento en la aplicación del Derecho, promoviendo la previsibilidad de la respuesta de los órganos encargados de aplicarlo, **permita reconsiderar al Ministerio Público el alcance de unos criterios hermenéuticos comunes** que pugnan con la realidad de la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales y sus Consejos Generales.