

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y EJERCICIO DE LAS PROFESIONES

*Daniel Vázquez Albert**

I.	PROFESIONES Y COMPETENCIA: TRADICIÓN Y MODERNIDAD— TRADICIÓN REGULADORA VERSUS TENDENCIA LIBERALIZADORA	730
II.	TRANSFORMACIONES EN EL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES	732
	A. <i>Concepto de profesión</i>	732
	1. Paradigma tradicional de profesión	732
	2. Crisis del paradigma tradicional	734
	B. <i>Regulación de las profesiones</i>	737
	1. Regulación y restricciones a la competencia	737
	2. Tendencia hacia la desregulación	741
III.	EVOLUCIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	742
	A. <i>Organizaciones supranacionales</i>	742
	1. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)	742
	2. Organización Mundial del Comercio (OMC)	745
	3. Comunidad Europea	747
	a. Libertad de circulación de los profesionales	748
	b. Aplicación del derecho de la competencia	755
	B. <i>Derecho comparado</i>	765
	1. Los Estados Unidos	765
	2. El Reino Unido	770
	3. Italia	775
	4. España	782
IV.	REVISIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN DE LAS PROFESIONES	786
	A. <i>Racionalidad económica de la regulación de las profesiones</i>	787
	1. Fallos del mercado de los servicios profesionales	787
	a. Asimetrías de la información	788
	b. Externalidades	789

* Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Barcelona. Este artículo proviene de una conferencia presentada en NSU Centro de Derecho Shepard Broad en agosto de 2004. Me gustaría expresar mi gratitud a su Decano Joseph D. Harbaugh por otorgarme la oportunidad de compartir mis opiniones con la Facultad, a la Facultad por sus sinceros comentarios, a la Profesora Eloisa Rodríguez-Dod por abrirme las puertas a este Diario y por su apoyo humano y logístico, y a Sandra Murguía, Jennifer Robau, y a sus equipo de editores y de traducción.

2.	Mecanismos correctores de los fallos del mercado	790
a.	Mecanismos regulatorios	790
b.	Mecanismos no regulatorios.....	791
B.	<i>Criterios de revisión de las restricciones a la competencia</i>	792
1.	Principio <i>pro libertate (para liberta)</i>	792
2.	Límites de las excepciones al principio <i>pro libertate</i>	793
a.	Límite formal: reserva de ley.....	793
b.	Límite material: interés público.....	794
V.	CONCLUSIONES.....	795

Liberty means responsibility.

That is why most men dread it.

[Libertad significa responsabilidad.

Por eso la temen la mayoría de los hombres.]

G. Bernard Shaw

I. PROFESIONES Y COMPETENCIA: TRADICIÓN Y MODERNIDAD— TRADICIÓN REGULADORA VERSUS TENDENCIA LIBERALIZADORA

El ejercicio de las profesiones se ha destacado tradicionalmente por hallarse sometido a una fuerte regulación, caracterizada por contener severas restricciones a la competencia entre los profesionales. Estas restricciones, entre las que cabe destacar las limitaciones a la fijación de honorarios, a la publicidad o al ejercicio asociado, se han justificado argumentando que las peculiaridades de la actividad profesional y, sobre todo, su impacto sobre valores esenciales de interés general hacen necesario restringir la competencia a fin de garantizar la calidad de los servicios profesionales, con el objetivo último de proteger el interés de los consumidores y, en general, de velar por el interés público.

En este sentido, se ha establecido una profunda y nítida separación entre el régimen jurídico de los profesionales y el de los empresarios, al someter a los primeros a un estatuto especial netamente distinto del aplicable a los segundos, excluyendo de forma radical la sujeción del ejercicio profesional al Derecho de la competencia.

Sin embargo, en la actualidad, y producto de un largo proceso, la tendencia se dirige claramente en la dirección de sujetar plenamente la actividad profesional a las normas de la libre competencia. Esta tendencia ha venido alentada por la idea de que la mejora de la calidad de los servicios profesionales no se consigue restringiendo la competencia, sino potenciándola, pues la competencia tiene precisamente entre sus principales objetivos el de incrementar la eficiencia de los mercados mejorando la calidad de las prestaciones que se intercambian en los mismos, todo ello en

beneficio de los consumidores y de la sociedad en general. No obstante, debe adelantarse que dicha tendencia no pretende eliminar de forma absoluta todas las restricciones, sino sólo aquellas que no sirvan efectivamente al objetivo de garantizar la calidad de los servicios profesionales.

En cualquier caso, la plena aplicación del Derecho de la competencia al ejercicio de las profesiones constituye, sin duda, una de las más elocuentes manifestaciones de la convergencia que se está produciendo entre el régimen de los profesionales y de los empresarios. A los efectos de la aplicación de dicha rama del ordenamiento, esta convergencia se ha llevado a sus últimas consecuencias al acogerse un concepto amplio de empresa que claramente abarca también a los profesionales.

La aplicación de las normas de la competencia a la actividad profesional encuentra una justificación todavía mayor, si cabe, a la vista de las profundas transformaciones que esta actividad ha experimentado en los últimos tiempos, y que se han traducido en una fuerte expansión de este sector y en su creciente influencia en la economía.

Así, tradicionalmente, el ejercicio profesional se ha caracterizado por constituir una actividad intelectual desarrollada de forma individual, personal e independiente en un ámbito territorial de carácter esencialmente local y dirigido sobre todo a consumidores individuales. En la actualidad, este paradigma tradicional se encuentra en crisis, provocada en gran medida por el impacto de tendencias tan poderosas como, entre otras, la masificación y especialización de las profesiones, la internacionalización de la economía y el desarrollo de las nuevas tecnologías. Estas tendencias han obligado a los profesionales a modificar las formas tradicionales de ejercicio y a asumir nuevos retos que les permitan reaccionar ante los cambios.

De este modo, el ejercicio de las profesiones, sin dejar de ser una actividad intelectual, tiende hoy a desplegarse utilizando métodos de organización típicamente empresariales, de modo que cada vez es más frecuente la prestación de servicios profesionales en forma colectiva, a menudo en un entorno multidisciplinar en el que participan miembros de diversas profesiones, en un ámbito territorial de carácter nacional e, incluso, internacional y dirigida esencialmente a las empresas, más que a los consumidores individuales. Todo lo anterior permite afirmar que el sector profesional ha cambiado más en esta última década que en los últimos cien años.

II. TRANSFORMACIONES EN EL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES

A. Concepto de profesión

1. Paradigma tradicional de profesión

El análisis de la sujeción de la actividad profesional al Derecho de la competencia exige, como paso previo, delimitar el concepto de profesión.¹ A este respecto, resulta necesario comenzar indicando que esta delimitación no es, en absoluto, una tarea fácil, ni desde el punto de vista sociológico, ni tampoco desde el punto de vista jurídico. A este respecto, se ha afirmado con razón que el concepto de profesión es un concepto dinámico, no estático.²

Desde la perspectiva jurídica, debe señalarse que nuestro ordenamiento no contiene un concepto unitario o general de profesión. Es más, la existencia de distintas ramas de nuestro ordenamiento que, cada una de ellas

1. Sobre esta delimitación, en nuestra doctrina administrativista, ver Fernando Sainz Moreno, *Artículo 36. Colegios Profesionales*, en 3 COMENTARIOS A LAS LEYES POLÍTICAS: CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 507, 511-32 (Editoriales de Derecho Reunidas 1983); GASPAR ARIÑO ORTIZ Y JOSÉ MARÍA SOUVIRÓN MORENILLA, CONSTITUCIÓN Y COLEGIOS PROFESIONALES: UNA REFLEXIÓN SOBRE LAS CORPORACIONES REPRESENTATIVAS 97-111 (Unión ed. 1984); JOSÉ MARÍA SOUVIRÓN MORENILLA, LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LAS PROFESIONES TITULADAS EN ESPAÑA Y EN LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA (CEE) 23-78 (Consejo de Universidades 1988); Antonio Fanlo Flores, *Encuadre Histórico y Constitucional. Naturaleza y Fines. La Autonomía Colegial*, en LOS COLEGIOS PROFESIONALES A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN 67, 104-16 (Lorenzo Martín-Retortillo coordinador, Civitas 1996).

Por su parte, en nuestra doctrina privatista, ver MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PROFESIONAL LIBERAL (Hammurabi S.R.L. 1989); ANTONIO FRANCISCO DELGADO GONZÁLEZ, LAS SOCIEDADES PROFESIONALES: EL EJERCICIO COMÚN DE LAS PROFESIONES EN ESPAÑA: SUS ASPECTOS ADMINISTRATIVOS, CIVILES Y TRIBUTARIOS 1-27 (Editoriales de Derecho Reunidas 1996); AURORA CAMPINS VARGAS, LA SOCIEDAD PROFESIONAL 1 y 63-83 (Civitas 2000); MARIA DOLORES CERVILLA GARZÓN, LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES 23-52 (Tirant lo Blanch 2001).

Desde una perspectiva sociológica, ver Maria Teresa Alonso Pérez, *Notas Para un Estudio Sociológico y Económico de las Profesiones Liberales*, en EL EJERCICIO EN GRUPO DE PROFESIONES LIBERALES 15-82 (Bernardo Moreno Quesada et al. eds., 1993); Ángel J. Gallego Morales, *Profesionalización, Desprofesionalización y Fórmulas Organizativas*, en EL EJERCICIO EN GRUPO DE PROFESIONES LIBERALES 83-122 (Bernardo Moreno Quesada et al. eds., 1993).

En la literatura comparada, ver JOCHEN TAUPITZ, DIE STANDESORDNUNGEN DER FREIEN BERUFE: GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG, FUNKTIONEN, STELLUNG IM RECHTSSYSTEM [LA CONDICIÓN DE LAS ÓRDENES DE OCUPACIONES LIBRES: DESARROLLO HISTÓRICO, FUNCIONES, Y POSICIÓN EN EL SISTEMA LEGAL] 11-151 (Walter De Gruyter Inc. 1991).

2. Cf. Claus-Dieter Ehlermann, *Concurrence et Professions Libérales: Antagonisme ou Compatibilité?* [Competencia y Profesiones Liberales: ¿Antagonismo o Compatibilidad?], REVUE DU MARCHÉ COMMUN ET DE L'UNION EUROPEENNE [R.M.C.U.E.] [REVISTA DEL MERCADO COMÚN Y LA UNIÓN EUROPEA] No 365, en 136, 138 (1993).

con una finalidad particular, regulan la actividad profesional (normativa administrativa, civil, mercantil, tributaria, laboral, etc.), hace que en nuestro ordenamiento se utilice el término profesión para designar múltiples conceptos distintos, según sea la finalidad de la norma específica.

Desde la perspectiva sociológica, tampoco existe un concepto unitario o general, unánimemente aceptado, que establezca con precisión cuáles son los rasgos comunes que caracterizan a esta realidad social. A este respecto, el Diccionario de la Real Academia define el término “profesión” como “[e]mpleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución.”³ En esta definición extraordinariamente amplia, profesión sería sinónimo de ocupación en general. No obstante, a los efectos del presente estudio esta definición amplia no ayuda a delimitar el concepto de profesión, por lo que se hace necesario utilizar una definición más restringida. En esta línea, cabe afirmar que tradicionalmente se ha identificado el término profesión con toda actividad que posee las siguientes características:

- 1) *Actividad intelectual*, consistente en la aplicación a la realidad de un elevado nivel de conocimientos. Esta característica permite distinguir entre profesión y oficio, distinción que por otra parte se encuentra recogida en el artículo 35 de la Constitución, al consagrar como derecho fundamental “la libre elección de profesión u oficio.” De este modo, mientras la profesión es esencialmente una actividad intelectual, el oficio es primordialmente una actividad manual. A este respecto, debe indicarse que tradicionalmente el componente intelectual ha concedido a los profesionales un considerable prestigio y reconocimiento social.
- 2) *Actividad independiente*, en un doble sentido. De un lado, la independencia profesional o interna, consistente en la discrecionalidad o libertad de criterio que posee el profesional en el desarrollo de su actividad y, en concreto, en la aplicación de sus conocimientos conforme a su *lex artis* (*ley del arte de la técnica*), así como en la elección de los medios que considere más adecuados para conseguir el resultado encargado. De otro lado, la independencia económica o externa, en el sentido de actuación por cuenta propia en régimen de libertad o autonomía organizativa, carente de cualquier vínculo de dependencia o subordinación frente a otro sujeto.

3. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (22a ed. 2001), disponible en <http://buscon.rae.es/diccionario/drae.htm>.

- 3) *Actividad individual*, en atención a que el cliente selecciona al profesional esencialmente por sus *intuitu personae* (*características personales*), lo que implica una ejecución personal e individual de los servicios encargados, el nacimiento de una relación fiduciaria basada en la confianza y la generación de una responsabilidad personal.
- 4) *Actividad altruista*, dirigida a satisfacer el interés general, más que el interés particular, motivo por el cual tradicionalmente la remuneración no ha sido un elemento esencial de la profesión, sin perjuicio de que evidentemente pueda existir en la realidad. Una elocuente manifestación de esta característica lo constituye el hecho de que, mientras en el tráfico mercantil la remuneración de los servicios se denomina “precio”, término que expresa la idea de materialidad y concreción; en el ámbito profesional se ha acuñado para este concepto el término “honorarios” que posee un componente de espiritualidad e intangibilidad.
- 5) *Actividad regulada* y, en numerosos supuestos, *autorregulada* por los propios profesionales, estructurados a menudo en torno a una organización colegial que ordena el ejercicio de su actividad, estableciendo un ámbito de actuación exclusivo y un código deontológico dirigido a salvaguardar los valores de la profesión.
- 6) *Actividad local*, pues el hecho de que la prestación de servicios profesionales constituya una actividad individual y personal, hace que generalmente sólo se ejecute en un ámbito territorial reducido a las fronteras locales.
- 7) *Actividad generalista y unidisciplinar*, en el sentido de que los profesionales prestan, en general, todos los servicios que se vinculan a una profesión específica y lo hacen de una forma aislada respecto a los servicios prestados por otras profesiones.

2. Crisis del paradigma tradicional

En los últimos tiempos, y según se ha avanzado, el paradigma tradicional de profesión descrito más arriba ha entrado en crisis como consecuencia de las profundas transformaciones experimentadas por nuestra sociedad actual. Esta crisis de las profesiones no debe entenderse en absoluto como un debilitamiento o un declive de la actividad profesional, pues en este sentido está ocurriendo justo lo contrario: el número de profesionales y la diversidad de profesiones no deja de aumentar y la prestación de servicios profesionales se halla en la actualidad en pleno auge, experimentando cotas de crecimiento superiores a las de otros sectores económicos. La crisis se refiere más bien al proceso de erosión que están

sufriendo los rasgos que tradicionalmente venían definiendo el paradigma clásico de profesión y que obligan a una revisión de este paradigma. Este proceso de erosión se caracterizaría por los siguientes elementos.

- 1) En cuanto a la *actividad intelectual*, aunque sin duda alguna sigue siendo uno de los principales rasgos definidores de la profesión, su virtualidad se ha relativizado, pues la universalización del acceso a la formación universitaria, el incremento de los títulos universitarios y la creciente especialización del trabajo han originado una *masificación* de las profesiones, difuminado la antes nítida separación entre la actividad profesional y otras actividades, particularmente la distinción entre profesiones y oficios. Por otra parte, los mencionados fenómenos han reducido el enorme prestigio y reconocimiento social que tradicionalmente ha caracterizado a las profesiones.
- 2) Por lo que se refiere al rasgo de *actividad independiente*, aunque se mantiene la independencia profesional o interna en el sentido de discrecionalidad en la aplicación de la *lex artis*, la independencia económica o externa ha quedado bastante desdibujada a raíz de la tendencia hacia la llamada *proletarización* de los profesionales. En virtud de esta tendencia, frente a los clásicos profesionales liberales, que ejercen por cuenta propia y de forma independiente, cada vez son más los denominados profesionales asalariados, que actúan por cuenta ajena en régimen laboral o funcionarial. Proliferan, por tanto, los profesionales de un solo cliente (como el abogado de empresa) y los profesionales sin clientes (como el abogado de oficio o el de una compañía aseguradora que ofrece seguros de defensa jurídica).
- 3) En relación con la *actividad individual*, debe señalarse que múltiples fenómenos, entre los que destacan la sofisticación de la realidad social, la especialización de las profesiones y la globalización de la economía, han generado a los profesionales la necesidad de asociarse con otros profesionales pertenecientes a la misma o a distinta profesión para conseguir una prestación de servicios más eficiente. Esta tendencia hacia la llamada *societarización* de las profesiones está dejando en un segundo plano el carácter tradicionalmente individual de la actividad profesional. En este contexto, la responsabilidad personal del profesional viene matizada por la presencia de una sociedad profesional, de forma similar a lo que sucede en los casos de profesionales en régimen laboral o funcionarial. Paralelamente, el avance de las tecnologías ha incrementado la cantidad y la rapidez de la información a disposición de

los usuarios y les permite prescindir de las barreras físicas que exige la prestación presencial de servicios, lo que facilita que los profesionales puedan prestar sus servicios a través de las nuevas tecnologías mediante una actividad virtual, incluyéndose la prestación de servicios profesionales dentro de la categoría general del comercio electrónico.

- 4) Con respecto a la *actividad altruista*, el ejercicio profesional sufre un proceso de *patrimonialización* que se manifiesta en dos ideas. De un lado, la constatación de que los servicios profesionales son susceptibles de valoración económica, a pesar de recaer sobre valores abstractos o espirituales, tales como la vida, la libertad o la justicia. Y, de otro lado, el hecho de que los profesionales desarrollan su actividad de forma onerosa y con ánimo de lucro y, por tanto, con un interés privado, sin que esto sea incompatible con reconocer que dicha actividad posee una enorme trascendencia pública y, en consecuencia, es de interés general. Esta evolución revierte en un proceso de mercantilización o comercialización de las profesiones, que se refleja también en que los profesionales recurran a técnicas de organización de los recursos humanos y materiales cada vez más similares a las que utilizan los empresarios para desarrollar su actividad económica.
- 5) Por cuanto se refiere a la *actividad regulada*, la tendencia hacia la *desregulación* está desplegando sus efectos también sobre las organizaciones colegiales, limitando y modulando sus tradicionales competencias en materia de la ordenación del ejercicio profesional.
- 6) En cuanto a la *actividad local*, las mejoras en las comunicaciones y en las telecomunicaciones, así como la globalización de la economía, hace que los profesionales rompan las tradicionales barreras locales y desarrollen cada vez más una *actividad nacional o internacional*, lo que a su vez ha favorecido la búsqueda de alianzas y estrategias a nivel nacional, regional o incluso mundial.
- 7) Por lo que se refiere a la *actividad generalista y unidisciplinar*, la tendencia se dirige más bien hacia una *actividad especializada y multidisciplinar*, ya que la creciente complejidad social, económica y jurídica de nuestra civilización hace que los ciudadanos tengan problemas cada vez más sofisticados, al mismo tiempo que cada vez están más informados y protegidos por la normativa de los consumidores, lo que les hace más y más exigentes. Esta compleja demanda de servicios profesionales obliga a los profesionales a especializarse y a

colaborar con otros profesionales en estructuras multidisciplinares.

Estas transformaciones no implican una absoluta desfiguración del profesional. Las profesiones continúan siendo esencialmente una actividad intelectual y sometida a una regulación. Lo que ocurre es que estas características se matizan. Las nuevas circunstancias se traducen en la aparición de una realidad heterogénea de profesionales frente a la homogeneidad tradicional. El modelo de profesional individual, independiente, generalista y unidisciplinar no tiene por qué desaparecer. Lo que sucede es que surgen modelos distintos. En concreto, un modelo de profesional que trabaja en un entorno colectivo, especializado y multidisciplinar. El Derecho debe dar respuesta a los nuevos retos que plantea esta nueva realidad social, facilitando las estructuras jurídicas necesarias para ejercer las profesiones de forma acorde con la actual situación. En buena parte, disponer de estas estructuras exige, tal y como se verá más adelante, la eliminación de algunas de las restricciones a la competencia que actualmente se imponen sobre la actividad profesional.

B. Regulación de las profesiones

1. Regulación y restricciones a la competencia

Según se viene repitiendo, una de las principales características de la regulación de las profesiones es el establecimiento de severas restricciones a la libre competencia entre los profesionales. En la mayoría de los casos, estas restricciones son impuestas por los Colegios Profesionales, en ejercicio de su facultad de ordenación de la profesión, aunque algunas de ellas vienen establecidas directamente por el propio legislador. En otros supuestos, en cambio, no vienen recogidas en una norma legislativa o colegial, sino que se originan en una práctica o conducta de una organización colegial, de un grupo de profesionales o, incluso, de un profesional individual.

En cualquier caso, interesa destacar que existe una enorme variedad de posibles restricciones a la competencia, las cuales pueden clasificarse agrupándose en dos grandes categorías, según a cuál de las dos siguientes manifestaciones del principio de libre empresa afecten: la libertad de acceso o de entrada, en virtud de la cual toda persona tiene derecho a realizar libremente una actividad económica; y la libertad de ejercicio, según la cual cualquier persona tiene derecho a desarrollar dicha actividad económica en las condiciones que considere apropiadas.

- 1) Las *restricciones al acceso a la actividad profesional*, por medio de las cuales se limita la *libertad de acceso o de*

entrada a la prestación de determinados servicios profesionales, exigiendo el cumplimiento de determinados requisitos, motivo por el cual la literatura económica las denomina “barreras de entrada”.

- 2) Las *restricciones al ejercicio de la actividad profesional*, en virtud de las cuales se limita la *libertad de ejercicio* estableciendo específicas condiciones de prestación de determinados servicios profesionales, recogidas esencialmente en códigos deontológico de conducta, cuya supervisión y control se atribuye a los Colegios Profesionales mediante el ejercicio de facultades sancionadoras.

Entre las restricciones relativas al acceso a la actividad profesional, cabe mencionar las siguientes:

- 1) La *exigencia de titulación*, de modo que sólo pueden realizar ciertas actividades profesionales aquellos que acrediten poseer los conocimientos necesarios para ello, mediante la obtención del correspondiente título académico;
- 2) La *colegiación obligatoria* como requisito necesario para poder ejercer una determinada actividad profesional;
- 3) La *realización de pruebas de acceso* que acrediten la posesión de determinados conocimientos profesionales, como requisito previo para poder colegiarse, siendo éste a su vez requisito previo para poder ejercer una actividad profesional;
- 4) La *realización de períodos de prácticas* que acrediten la posesión de una determinada experiencia profesional, también como requisito previo para poder colegiarse, siendo éste a su vez requisito previo para poder ejercer una actividad profesional;
- 5) El establecimiento de *numerus clausus (límites)*, por medio de los cuales se limita el número de candidatos que pueden acceder a la profesión;
- 6) El *cumplimiento de requisitos específicos para la colegiación*, tales como el pago de una cuota de colegiación, la contratación de un seguro de responsabilidad civil o el ingreso en una mutualidad de previsión social;
- 7) El *cumplimiento de requisitos específicos después de la colegiación*, tales como la imposición de la realización de pruebas como mecanismo de formación continuada dirigido a garantizar el mantenimiento de los conocimientos necesarios para desarrollar una específica actividad profesional;

- 8) El establecimiento de la denominada *reserva de actividad*, que consiste en atribuir de forma exclusiva la prestación de unos determinados servicios profesionales a los miembros de una específica profesión, impidiendo por tanto que cualquier otra profesión pueda prestar dichos servicios;
- 9) La *prohibición de crear Colegios Profesionales*, impidiendo de este modo la existencia de diversos Colegios con competencias en un mismo ámbito territorial.

En cuanto a las *restricciones relativas al ejercicio de la actividad profesional*, deben destacarse las siguientes:

- 1) la *limitación de la libre fijación de honorarios*, que por cierto constituye una de las restricciones más graves, dada la importancia que posee el precio en una economía de mercado⁴, pudiendo adoptar esta restricción en múltiples formas, directas o indirectas, entre las que cabe mencionar las siguientes:
 - a) La *fijación colectiva de honorarios*, ya sean éstos fijos, máximos, mínimos o, incluso, orientativos;
 - b) La exigencia de *visado de proyectos profesionales*, cuya emisión se condiciona al cumplimiento de las normas colegiales de honorarios (restricción típica de profesiones técnicas como son los arquitectos, los aparejadores y los ingenieros);
 - c) El *cobro obligatorio de los honorarios* a través del Colegio Profesional (restricción típica también de las profesiones técnicas antes mencionadas);
 - d) La exigencia de *venias o autorizaciones para sustituir a un profesional*, condicionadas a la previa satisfacción de los honorarios devengados por el profesional que había asumido previamente el encargo profesional (restricción típica de la abogacía, pero vigente también en algunas profesiones técnicas);
 - e) La prohibición de fijar honorarios en función del resultado, como ocurre por ejemplo en la profesión de la abogacía con la llamada cuota litis (el profesional solo recibe pago cuando se resuelve la acción), en virtud de la cual los honorarios se fijan

4. Sobre la importancia del precio como uno de los elementos básicos para la formación de la oferta y de la demanda, ver FELIPE PALAU RAMÍREZ, DESCUENTOS PROMOCIONALES: UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL Y LA NORMATIVA DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO 89-104 (Marcial Pons ed., Idelco 1998).

- como un porcentaje del valor del objeto del encargo profesional;
- f) La imposición de contraprestaciones económicas por parte de los Colegios Profesionales, distintas de las cuotas colegiales, por la prestación de servicios o por la realización de determinadas actuaciones, tales como el cobro obligatorio de honorarios en el caso de los arquitectos o los bastanteos de poderes de procurador en el caso de los abogados;
 - g) La *prohibición del pago de contraprestaciones económicas a terceras personas* por remitir clientes a un profesional;
- 2) Las *restricciones a la publicidad*, bien sea prohibiendo directamente la utilización de medios publicitarios, bien sea restringiendo esta posibilidad, sometiéndola a requisitos de fondo o de forma, tales como la autorización previa o las limitaciones en el contenido, la difusión o el tamaño del medio publicitario;
 - 3) Las *restricciones al ejercicio asociado*, limitando las estructuras organizativas disponibles para ejercer la profesión de forma colectiva, bien sea prohibiendo directamente esta posibilidad, bien sea restringiéndola, al limitar el número de profesionales asociados, las formas de asociación, los requisitos para ser socio o administrador de las mismas, la agrupación multidisciplinar de miembros de distintas profesiones o la participación de no profesionales como socios o administradores de la asociación;
 - 4) La *imposición de restricciones territoriales*, consistentes en limitar la libertad de circulación de servicios, al restringir la actividad de un colegiado en territorio distinto al de colegiación exigiendo, bien la (doble) colegiación en el lugar de actuación, bien el pago de contraprestaciones económicas, bien la realización de trámites administrativos en forma de habilitación o de comunicación.

Es necesario advertir que las restricciones al acceso y al ejercicio han sido objeto de una valoración distinta por parte de los órganos de control de la competencia. Así, dichos órganos valoran en general de forma más permisiva las restricciones al acceso, tendiendo a admitirlas, en atención a que en principio vienen justificadas por poseer una relación directa con la necesidad de garantizar la calidad de los servicios profesionales. El ejemplo típico es la exigencia de titulación, cuya función primordial es, precisamente, acreditar la existencia de los conocimientos que permitan garantizar la calidad de tales servicios. En cambio, los órganos de la competencia han mostrado en general una actitud más beligerante hacia las

restricciones al ejercicio de las profesiones, por resultar más difícil justificar su existencia en aras de garantizar la calidad de la actividad profesional, especialmente en relación con todas las restricciones referidas, directa o indirectamente, a la libre fijación de los honorarios.

2. Tendencia hacia la desregulación

Tal y como también se ha apuntado, la actividad profesional está experimentando en los últimos tiempos un proceso de desregulación o liberalización. Este proceso se sitúa en el contexto de una tendencia general hacia la desregulación de la actividad económica. El origen de esta tendencia se sitúa en Estados Unidos durante la década de los sesenta, cuando comenzaron a surgir las primeras críticas al exceso de intervención pública en la economía. En este contexto, los economistas de la Escuela de Chicago comenzaron a analizar este fenómeno bajo el prisma de la teoría de los precios, para rebatir la doctrina tradicional que asumía que la intervención pública en la economía venía justificada por la necesidad de proteger el interés general.⁵ Más bien al contrario, la conclusión a la que llegaron es que la intervención pública constituía a menudo un instrumento para transferir riqueza a las empresas reguladas a través de grupos de presión organizados, a cambio de contribuciones económicas a los políticos que conducían a la denominada “captura” del regulador por parte de las empresas reguladas. La necesidad de buscar solución a la crisis de los años setenta impuso finalmente la adopción de una política liberalizadora basada en la desregulación.

A este respecto, conviene distinguir entre desregulación y liberalización. En este sentido, se ha afirmado que

la política de liberalización no debe ser confundida con la desregulación, entendida en un sentido amplio, esto es, como política tendente a la eliminación de las normas que ordenan un sector o la desaparición de la intervención del Estado en la economía. La liberalización significa, por el contrario, la limitación o reducción de la intervención normativa del Estado a lo que debe ser su verdadera función: de un lado, la tutela del interés público, por ejemplo, la seguridad, la salud o el bienestar

5. Sobre el fenómeno de la desregulación, ver el trabajo clásico de George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation [La Teoría de Regulación Económica]*, 2 BELL J. OF ECON. & MGMT. SCI. 3 (1971).

Entre nosotros, ver JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA, DESREGULACIÓN, PRIVATIZACIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO 1-61 (Publicaciones del Real Colegio de España 1993); Amadeo Petitbò Juan, *Desregular para Competir y Ganar Eficiencia*, GACETA JURÍDICA DE LA COMPETENCIA Y LA UNIÓN EUROPEA [GJ], No. 200, en 31-41 (1999).

de los ciudadanos; en este sentido resultan plenamente justificadas las normas de policía administrativa, seguridad, inspección y control técnico, protección del medio ambiente, sanitarias, etc., y nadie propone su derogación. Y, de otro, la defensa de la competencia, tarea en la que resultan comprometidas todas las Administraciones Públicas y que no debe dejarse en manos de los operadores económicos afectados.⁶

Por este motivo, la liberalización, a diferencia de lo que se entiende *stricto sensu* por desregulación, no implica la absoluta supresión de la regulación de la economía, sino una neoregulación o re-regulación de la misma.⁷

Los términos concretos en los que esta tendencia hacia la regulación se ha proyectado sobre el sector profesional constituyen el objeto central de los capítulos tercero y cuarto del presente estudio, referidos al ámbito internacional y nacional, respectivamente. Por ahora es suficiente adelantar que esta proyección no se ha producido de forma pacífica, debido a la enorme tensión existente entre la dilatada tradición reguladora y la poderosa tendencia liberalizadora.

III. EVOLUCIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

A. Organizaciones supranacionales

1. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)

En 1985, el Comité de Derecho y Política de la Competencia de la OCDE presentó un Informe con el título *Competition Policy and the Professions (Política de la Competencia y las Profesiones)*.⁸ Este Informe concluía que en la mayoría de los países las profesiones no estaban sujetas a las normas de la competencia y, en consecuencia, recomendaba a los Estados eliminar las restricciones existentes en materia de acceso, precio, publicidad y estructura societaria, con el objetivo de que “las excepciones

6. Cf. Ricardo Alonso Soto, *Competencia y Desregulación Económica: los Informes del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la Liberalización de los Servicios*, en 1 ESTUDIOS JURÍDICOS EN HOMENAJE AL PROFESOR AURELIO MENÉNDEZ 653, 658–59 (Juan Luis Iglesias Prada coordinador, Civitas 1996); ver también TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA [TDC], LA COMPETENCIA EN ESPAÑA: BALANCE Y NUEVAS PROPUESTAS (1995), disponible en <http://www.tdcompetencia.es/frames.asp?menu=5>.

7. Cf. SORIANO GARCÍA, *supra* nota 5, en 9–13 y 57–60.

8. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN DE DESARROLLO ECONÓMICO [OCDE], COMPETITION POLICY AND THE PROFESSIONS [POLÍTICA DE LA COMPETENCIA Y LAS PROFESIONES] (1985).

de las Leyes de la competencia no vayan más allá de lo necesario y sólo sirvan para alcanzar objetivos de interés público.”⁹

En materia de acceso, se recomendaba que los sistemas de acceso fueran objetivos y equitativos, y que se realizaran políticas que permitieran el derecho de los profesionales extranjeros a prestar sus servicios tanto de forma temporal, como permanente. Respecto a la publicidad, sugería la adopción de medidas para asegurar que los consumidores dispusieran de suficiente información para elegir entre los distintos profesionales. Por lo que se refiere a los honorarios, recomendaba que la fijación obligatoria de tarifas fuera sometida a revisión para evitar la desviación del principio de libre establecimiento del precio. En relación a las sociedades profesionales, destacaba que el uso de nuevas estructuras de negocios para proveer servicios profesionales podía permitir una mayor eficiencia.

En los últimos años, la OCDE ha insistido en la necesidad de reducir las restricciones a la prestación de servicios profesionales, como lo demuestran las Conferencias y Mesas Redondas celebradas sobre esta cuestión en 1995, 1996, 1997 y 1999. Como consecuencia de estas Conferencias y Mesas Redondas, el Comité sobre Derecho y Política de la Competencia ha elaborado diversos Informes, entre los que destacan los dos siguientes: *Report on Regulatory Reform: Chapter 3, Regulatory Reform and Professional Business Services (Reporte sobre Reforma Reguladora: Capítulo 3, Reforma Reguladora y Negocio de Servicios Profesionales)*, de 1997; y *Competition in Professional Services (Competencia en Servicios Profesionales)*, de 2000.¹⁰

En dichos Informes se indica que, aunque los detalles concretos varían según el país, todos los países de la OCDE regulan determinadas actividades profesionales, bien sea directamente, bien sea delegando potestades normativas a las organizaciones profesionales. Asimismo, en muchos de estos países preocupa especialmente el hecho de que la regulación de las profesiones produce el efecto de restringir la libre competencia en el mercado de los servicios profesionales, con el resultado

9. *Id.*

10. La documentación relativa a la actividad de la OCDE en esta materia puede consultarse en <http://www.oecd.org/daf/clp> (última visita el 10 de abril de 2005).

OECD, REPORT ON REGULATORY REFORM. VOLUME I: SECTORAL STUDIES [INFORME SOBRE REFORMA REGULADORA. VOLUMEN I: ESTUDIOS SECTORALES] 117 et seq. (1997) [en lo sucesivo INFORME SOBRE REFORMA REGULADORA]; OCDE DIRECCIÓN DE ASUNTOS FINANCIEROS, FISCALES Y DE EMPRESAS [DAF], COMITÉ DE DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA, COMPETITION IN PROFESSIONAL SERVICES [COMPETENCIA EN SERVICIOS PROFESIONALES], DAF Doc. DAFFE/CLP(2000)2 (23 de febrero de 2000), disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/35/4/1920231.pdf> [en lo sucesivo COMPETENCIA EN SERVICIOS PROFESIONALES].

de elevar sus precios, reducir su variedad y limitar la innovación. En particular, preocupa que las organizaciones profesionales utilicen las potestades normativas que les son delegadas para desarrollar prácticas restrictivas de la competencia. A este respecto, se pone de manifiesto que en Nueva Zelanda se ha propuesto crear un organismo autónomo cuya finalidad sería la de supervisar la normativa aprobada por la asociación profesional de abogados (*New Zealand Law Society*¹¹). A la vista de lo anterior, el Comité ha propuesto las siguientes recomendaciones:

- 1) Una actividad sólo debe reservarse en exclusiva a una profesión cuando no exista otro mecanismo menos restrictivo de la competencia para garantizar la calidad de los servicios profesionales. En caso de que no exista más remedio que reservar una actividad a una profesión, los requisitos de acceso a la misma no deben ser desproporcionados con respecto a las cualidades necesarias para desarrollar la correspondiente actividad de forma adecuada. En esta línea, cuando las aptitudes necesarias para prestar diferentes servicios difieran sustancialmente, deben crearse nuevas profesiones con distintos requisitos de acceso.
- 2) La regulación de las profesiones debe centrarse en la protección de los pequeños consumidores, ya que los grandes consumidores, tales como las grandes compañías mercantiles, están en condiciones de valorar la calidad de los servicios profesionales.
- 3) Las restricciones a la competencia entre los miembros de una profesión deben eliminarse. Estas restricciones incluyen los acuerdos dirigidos a determinar el precio, dividir los mercados, incrementar los requisitos de acceso o limitar la publicidad. Asimismo, debe promoverse el reconocimiento de los títulos profesionales de otros países, eliminándose los requisitos de nacionalidad y residencia.
- 4) Las organizaciones profesionales no deben poseer una competencia exclusiva en la decisión sobre los requisitos de acceso, el reconocimiento mutuo o la delimitación de actividades reservadas en exclusiva.
- 5) Debe promoverse la competencia entre las organizaciones profesionales, siempre que se establezcan mecanismos que aseguren que los requisitos de acceso a una profesión no reduzcan las aptitudes requeridas para ejercer la correspondiente actividad profesional.

11. NEW ZEALAND LAW SOCIETY [SOCIEDAD DE DERECHO DE NUEVA ZELANDA], en <http://www.nz-lawsoc.org.nz/hmaboutus.asp> (última visita el 31 de marzo de 2005).

Asimismo, el Comité reconoce el progreso que se ha producido en esta materia y que se manifiesta en que, actualmente, casi todos los Estados de la OCDE promueven la competencia en los servicios profesionales y, con unas pocas excepciones, el Derecho de la competencia se aplica al sector profesional. A pesar de ello, destaca que los cambios en este sector todavía son lentos, debido en parte a los elevados beneficios que las profesiones obtienen de las restricciones a la competencia y a la resistencia de las organizaciones profesionales a la liberalización.

2. Organización Mundial del Comercio (OMC)

La OMC es, como se sabe, una organización supranacional creada en 1994 tras las negociaciones comerciales desarrolladas en la Ronda Uruguay, en el seno del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT, acrónimo inglés de *General Agreement on Tariffs and Trade*), y que tiene por finalidad facilitar la cooperación internacional en materia de relaciones comerciales y económicas.¹² El extraordinario crecimiento de la prestación de servicios en el ámbito internacional y el interés por abrir los mercados nacionales de servicios impulsó a Estados Unidos, el máximo exportador de servicios a nivel mundial, a proponer y finalmente conseguir, pese a las fuertes reticencias de algunos de los Estados en desarrollo, la inclusión de los servicios entre las materias objeto de la cooperación internacional. Éste es el origen de la adopción, con ocasión de la creación de la OMC, del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS, acrónimo inglés de *General Agreement on Trade in Services*),¹³ en virtud del cual los Estados miembros de la OMC se comprometían a iniciar un proceso de negociación multilateral, supervisado por la propia OMC, con el objetivo de diseñar un marco de principios y normas dirigido a la liberalización del llamado *trade in services* (comercio de servicios).¹⁴

12. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO [OMC], *¿Qué es la OMC?*, en http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/whatis_s.htm (última visita el 4 de marzo de 2005); OMC, *El GATT y el Consejo del Comercio de Mercancías*, en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gatt_s/gatt_s.htm (última visita el 4 de marzo de 2005). España ratificó el Acuerdo por el que se establece la OMC el día 30 de diciembre de 1994. Instrumento de Ratificación del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y del Acuerdo sobre Contratación Pública, Hechos en Marrakech el 15 de abril de 1994, (Boletín Oficial del Estado [B.O.E.] 1995, 20) (España).

13. OMC, *El AGCS - Realidad y Ficción*, en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/gats_factfiction_s.htm (última visita el 4 de marzo de 2005).

14. OMC, *Comercio de Servicios*, en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/serv_s.htm (última visita el 4 de marzo de 2005). Sobre la liberalización del comercio internacional de los servicios, ver MANUEL LÓPEZ ESCUDERO, *EL COMERCIO INTERNACIONAL DE SERVICIOS DESPUÉS DE LA RONDA URUGUAY*, (Tecnos, 1996); RICARDO GARCÍA LÓPEZ, *LA LIBERALIZACIÓN DEL COMERCIO DE SERVICIOS EN LA OMC: UNA PERSPECTIVA EUROPEA*, (Tirant lo Blanch, 2000). En esta materia, es

Entre los servicios que son objeto del mencionado Acuerdo se incluyen los servicios profesionales, de entre los cuales se mencionan expresamente los de abogacía y auditoría. Esta circunstancia supone equiparar los profesionales a otros operadores económicos que prestan servicios y que claramente pueden calificarse como empresarios, en la medida en que actúan en ámbitos mercantiles, tales como el bancario, seguros, telecomunicaciones, transporte, etc.¹⁵ A estos efectos, se ha creado un Grupo de Trabajo en el seno de la OMC con el encargo de analizar los servicios profesionales. Este Grupo de Trabajo ya ha comenzado a estudiar el sector de los servicios de abogacía y auditoría.

De forma paralela a lo que hace el GATT en materia de comercio de mercancías, el GATS propone liberalizar el comercio internacional de servicios mediante la eliminación de las barreras innecesarias al mismo tales como, entre otras muchas, las prohibiciones o restricciones a la importación y la imposición de recargos o cargas fiscales. En el ámbito de los servicios profesionales, cabe mencionar las barreras consistentes en la exigencia de requisitos de nacionalidad, residencia y titulación o colegiación local. A fin de eliminar estas barreras, el GATS prevé la implantación de diversos principios, entre los cuales destacan los que pretenden evitar la discriminación de los prestadores de servicios extranjeros frente a los nacionales y, en concreto, el principio de trato nacional, el de nación más favorecida y el de libre acceso a los mercados. En sede de servicios profesionales, el GATS acoge el principio de reconocimiento mutuo de títulos, en virtud del cual los Estados miembros

preciso señalar que, a diferencia del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios [El AGCS], el Tratado de la Comunidad Europea reserva la expresión "comercio" al comercio de mercancías. Sobre esta cuestión y sus implicaciones jurídicas y políticas, ver GARCÍA LÓPEZ, *supra*, en 152-53.

15. Sobre la liberalización internacional de los servicios profesionales y, en particular, de los servicios legales, ver John Toulmin Q.C., *Commentary, A Worldwide Common Code of Professional Ethics [Un Código Mundial Común de Ética Profesional]*, 15 *FORDHAM INT'L L.J.* 673 (1992); Kenneth S. Kilimnik, *Lawyers Abroad: New Rules for Practice in a Global Economy [Abogados En el extranjero: Nuevas Reglas para Práctica en una Economía Global]*, 12 *DICK. J. INT'L L.* 269 (1994); Spencer A. Sherman, *Yankee Go Home: What's Left for Lawyers After the GATT Debacle [Yanqui Se va a casa: Que ha Ido a Abogados Después del GATT Debacle]*, 14 *CAL. LAW.* 65 (1994); Michael J. Chapman y Paul J. Tauber, *Liberalizing International Trade in Legal Services: A Proposal for an Annex on Legal Services Under the General Agreement on Trade in Services [Liberalización de Comercio Internacional en Servicios Legales: Una Propuesta para un Anexo sobre Servicios Legales Conforme al Acuerdo General sobre Comercio en Servicios]*, 16 *MICH. J. INT'L L.* 941 (1995); Mary E. Footer, *The International Regulation of Trade in Services Following Completion of the Uruguay Round [La Regulación Internacional de Comercio en Servicios Después de Terminación de Uruguay Alrededor]*, 29 *INT'L LAW.* 453 (1995); Mara M. Burr, *Will the General Agreement on Trade in Services Result in International Standards for Lawyers and Access to the World Market? [¿Va al Acuerdo General sobre Comercio en Servicios Causa Normas Internacionales para Abogados y Acceso al Mercado Mundial?]*, 20 *HAMLIN L. REV.* 667 (1997).

reconocerán los títulos profesionales obtenidos en uno de dichos Estados. Sin embargo, este principio posee una base muy débil, ya que permite a los Estados establecer de forma individual los criterios de reconocimiento. A pesar de lo anterior, el Acuerdo prevé la posibilidad de adoptar de forma multilateral estándares internacionales comunes en materia de reconocimiento de títulos profesionales y de ejercicio de profesiones.

La importancia de esta liberalización internacional de las profesiones, aunque se encuentra todavía en una fase muy incipiente, radica en que también supone una liberalización de las profesiones en el ámbito nacional, porque facilita la eliminación de las restricciones de la competencia de carácter nacional y el establecimiento de políticas comunes de la competencia.¹⁶

3. Comunidad Europea

El impacto que ha tenido el Derecho comunitario en la exposición del sector profesional a la libre competencia se ha manifestado esencialmente en dos ámbitos: la libertad de circulación de los profesionales en el mercado comunitario y, más recientemente, la aplicación a los mismos del Derecho comunitario de la competencia.¹⁷ Si bien es cierto que, en principio, estos dos ámbitos sólo han influido directamente sobre la competencia en el mercado comunitario, y no en los mercados nacionales de cada Estado miembro, debe reconocerse que el Derecho comunitario ha ejercido una considerable influencia “indirecta” sobre estos últimos mercados, en la

16. Cf. Jesús Olavaria y Javier Viciano, *Profesiones liberales y Derecho de la competencia: crónica de la situación*, Derecho Privado y Constitución, 1997, No. 11 en 201-348 esp. 244-45. Sobre la interacción entre la política de la competencia y el comercio internacional, ver Miguel Montaña Mora, *La OMC y el Derecho de la Competencia: ¿Hacia un Derecho de la Competencia Mundial?*, GJ, No. 200, en 67-80 (1999).

17. Al respecto, ver Ehlermann, *supra* nota 2; Maria-José Bicho, *Professions libérales: aspects essentiels de l'action de la Commission en matière d'application des règles de concurrence* [*Profesiones Liberales: Aspectos Esenciales de la Acción de la Comisión en Materia de Aplicación de las Reglas de Competencia*], COMPETITION POL'Y NEWSLETTER [BOLETÍN DE NOTICIAS DE POLÍTICA DE COMPETENCIA], No 2, en 24 (1999); Maria-José Bicho, *Concurrence dans les professions libérales: quels avantages pour le consommateur?* [Competencia sobre las profesiones liberales: ¿qué ventajas para el consumidor?], Speech before the European Commission at the Journée européenne de la concurrence [Discurso ante la Comisión europea en el Día europeo de la competencia] Lisboa (9 de junio de 2000), disponible en http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2000_017_fr.pdf; Alexander Schaub, *Europäisches Wettbewerbsrecht und anwaltliches Berufsrecht* [Derecho de Competencia Europeo y Derecho de Ocupación de Abogado], anlässlich des Parlamentarischen Abends des Deutschen Anwaltsvereins [en la Ocasión de la tarde Parlamentaria de la asociación alemana de abogado] (26 de septiembre de 2001), disponible en http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2001_017_de.pdf; Olavaria y Viciano, *supra* nota 16, en 229-43.

medida en que ha incitado a los Estados a avanzar en la dirección de aplicar las normas de la competencia a los profesionales en sus respectivos mercados internos. En concreto, según ha afirmado Mario Monti, el Comisario responsable de la política de la competencia, la Comisión Europea pretende que su acción sirva de catalizador de las reformas que los Estados deben realizar en esta materia.

Antes de analizar de forma separada los dos ámbitos mencionados, es preciso señalar que ha sido especialmente a partir de los años noventa cuando, tanto la política, como la legislación y jurisprudencia comunitarias, han dado un mayor impulso a la aplicación a los profesionales de la normativa de la competencia y, por tanto, han influido de forma más poderosa sobre los ordenamientos nacionales.

a. *Libertad de circulación de los profesionales*

En virtud del Tratado de la Comunidad Europea,¹⁸ los profesionales gozan de la libertad de circulación (artículo 3.1.c) y, como complemento de la anterior, de las libertades de establecimiento (artículos 43-48, antiguos artículos 52-58) y de prestación de servicios en cualquiera de los Estados miembros (artículos 49-55, antiguos artículos 59-66).¹⁹ En teoría, el

18. Las menciones que se realicen a este Tratado vienen referidas a la nueva numeración resultante del Tratado de Ámsterdam, ratificado por España mediante la Ley Orgánica 9/1998 del 16 de diciembre de 1998. TRATADO DE ÁMSTERDAM POR EL QUE SE MODIFICAN EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA, LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y DETERMINADOS ACTOS CONEXOS, 2 de octubre de 1997, Diario Oficial [D.O.] (C 340) 1 (1997) [en lo sucesivo TRATADO DE ÁMSTERDAM]; Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre (B.O.E. 1998, 301) (España).

19. Sobre la libertad de circulación de los profesionales, ver Nemesio Vara De Paz, *La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios*, REVISTA DE DERECHO MERCANTIL [RDM], No 159, en 457-521 (1981); SANTIAGO MUÑOZ MACHADO ET AL., LA LIBERTAD DE EJERCICIO DE LA PROFESIÓN Y EL PROBLEMA DE LAS ATRIBUCIONES DE LOS TÉCNICOS TITULADOS 177-205 (Instituto de Estudios de Administración Local 1983); I. Borrajo Inieta, *Las libertades de establecimiento y de servicios en el Tratado de Roma*, en 2 TRATADO DE DERECHO COMUNITARIO EUROPEO: ESTUDIO SISTEMÁTICO DESDE EL DERECHO ESPAÑOL 190-200 (Eduardo García de Enterría et al. directores, Civitas 1986); MARIANO BAENA DEL ALCÁZAR, LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PROFESIONALES Y SU INCIDENCIA EN ESPAÑA (EJERCICIO DE PROFESIONES TITULADAS Y PLANES DE ESTUDIO) (Ministerio de Educación y Ciencia, Consejo de Universidades [MEC] 1987); MARIANO BAENA DEL ALCÁZAR, EUROPA Y LAS PROFESIONES LIBERALES (1989); SOUVIRÓN MORENILLA, *supra* nota 1, en 181-274; LIBRE CIRCULACIÓN DE PROFESIONALES LIBERALES EN LA CEE (Justino F. Duque Domínguez coordinador, Lex Nova 1991); ANDREU OLESTI RAYO, LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS PROFESIONALES LIBERALES EN LA C.E.E. (Promociones y Publicaciones Universitarias [PPU] 1992); LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNADARA Y ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: ESTUDIOS SOBRE DERECHO COMUNITARIO Y DEL COMERCIO INTERNACIONAL 17-126 (Tecnos 2a ed. 1995); Juan Francisco Mestre Delgado, *Libertad de Establecimiento y Libre Prestación de Servicios Profesionales en la Unión Europea*, DERECHO PRIVADO Y CONSTITUCIÓN [DPC], No 11, en 131-55 (1997); Olavarría y Viciano, *supra* nota 16, en 230-31.

reconocimiento de la libre circulación de los profesionales suponía un incremento sustancial de la competencia en el mercado comunitario de los servicios profesionales. Sin embargo, en la práctica la vigencia de esta libertad se veía notablemente obstaculizada por la subsistencia de considerables barreras de acceso, manifestadas en la exigencia de los requisitos de nacionalidad y domicilio en el Estado de acogida, así como en la diversidad de condiciones de acceso y de ejercicio de las actividades profesionales.

En este contexto, a mediados de los años setenta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), en sendas sentencias en los casos *Reyners*²⁰ y *Binsbergen*,²¹ señaló expresamente que, con independencia de la ausencia de normas de Derecho derivado en desarrollo del Tratado, éste posee efecto directo cuando reconoce a los profesionales un derecho a establecerse y a prestar sus servicios en cualquiera de los Estados miembros en las mismas condiciones que los nacionales del Estado de acogida, sin que se les pueda exigir poseer la nacionalidad y el domicilio de este último Estado. En aplicación de estos derechos, el Tribunal declaró, en el caso *Reyners*, la invalidez de las normas nacionales que impusieran a los profesionales de otros Estados miembros poseer la nacionalidad del Estado de acogida como requisito de acceso a la profesión en dicho Estado,²² y, en el caso *Binsbergen*, la incompatibilidad con el Derecho comunitario de las normas nacionales consistentes en imponer la residencia en el Estado de acogida a los profesionales nacionales de tal Estado y habilitados para la profesión de acuerdo con la disciplina de este Estado, pero con residencia en otro.²³

No obstante la anterior jurisprudencia, la virtualidad práctica de la libre circulación de profesionales continuaba siendo obstaculizada por la diversidad de condiciones de acceso y de ejercicio de las profesiones. Con la finalidad de eliminar estas restricciones, el 18 de diciembre de 1961 el Consejo aprobó un programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento. En el marco de este programa, el Consejo

20. Asunto 2-74, *Jean Reyners v. Estado Belga*, 1974 Recopilación de Jurisprudencia [R.J.] 631.

21. Asunto 33-74, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, 1974 R.J. 1299.

22. *Reyners* era un ciudadano holandés que, a pesar de haber obtenido el título de abogado belga, se le denegó el derecho a ejercer en Bélgica por no ser ciudadano de este país.

23. En este caso, se impedía el ejercicio de la abogacía a un abogado holandés por trasladar su residencia de un Estado miembro donde estaba colegiado a otro donde no lo estaba.

adoptó una serie de Directivas sectoriales de reconocimiento mutuo de títulos profesionales.²⁴

Más tarde, el Consejo aprobó un sistema general de reconocimiento mutuo de títulos, mediante la adopción de la Directiva 89/48/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años.²⁵ Esta

24. Así, por ejemplo, Directiva del Consejo 77/249/CEE, 1977 D.O. (L 78) 17, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los *abogados*, incorporada mediante el Real Decreto [R.D.] 607/1986 de 21 de marzo (B.O.E. 1986, 78) (España); Directiva del Consejo 67/43/CEE, 1967 D.O. (10) 140 relativa a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios para las actividades no asalariadas incluidas en el sector de *negocios inmobiliarios*, incorporada mediante el R.D. 1464/1988 de 2 de diciembre (B.O.E. 1988, 294) (España); Directiva del Consejo 78/1026/CEE, 1978 D.O. (L 1026) 1 y Directiva 81/1057/CEE, 1981 D.O. (L 385) 25, relativas al reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos de *veterinario*, y Directiva del Consejo 78/1027/CEE, 1978 D.O. (L 362) 7, sobre coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas referentes a las actividades de los veterinarios, incorporadas mediante R.D. 331/1989 de 17 de marzo (B.O.E. 1989, 81) (España); Directiva del Consejo 85/384/CEE, 1985 D.O. (L 223) 15, Directiva del Consejo 85/614/CEE, 1985 D.O. (L 376) 1, y Directiva del Consejo 86/17/CEE, 1986 D.O. (L 27) 71, relativas al reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos en el sector de la *arquitectura*, incluyendo medidas tendentes a facilitar el efectivo derecho de establecimiento y libre prestación de servicios, incorporadas mediante el R.D. 1081/1989 de 28 de agosto (B.O.E. 1989, 214) (España); Directiva del Consejo 85/433/CEE, 1985 D.O. (L 253) 37, y Directiva del Consejo 85/584/CEE, 1985 D.O. (L 372) 42, relativas al reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y títulos de *farmacia*, incluyendo medidas tendentes a facilitar el efectivo derecho de establecimiento para ciertas actividades farmacéuticas, y la Directiva del Consejo 85/432/CEE, 1985 D.O. (L 253) 34, y Directiva del Consejo 85/584/CEE, *supra*, sobre coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas para ciertas actividades farmacéuticas, incorporadas mediante R.D. 1667/1989 de 22 de diciembre (B.O.E. 1989, 4) (España); Directiva del Consejo 75/362/CEE, 1975 D.O. (L 167) 1, Directiva del Consejo 81/1057/CEE, *supra*, y Directiva del Consejo 82/76/CEE, 1982 D.O. (L 43) 21 relativas al reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y títulos de *médico*, y la Directiva del Consejo 75/363/CEE, 1975 D.O. (L 167) 14, y Directiva del Consejo 82/76/CEE, *supra*, sobre coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas relativas a las actividades de médico, incorporadas mediante R.D. 1691/1989 de 29 de diciembre (B.O.E. 1989, 13) (España); Directiva del Consejo 78/686/CEE, 1978 D.O. (L 233) 1, Directiva del Consejo 78/687/CEE, 1978 D.O. (L 233) 10, Directiva del Consejo 81/1057/CEE, *supra*, Directiva del Consejo 89/594/CEE, 1989 D.O. (L 341) 19, y Directiva del Consejo 90/658/CEE, 1990 D.O. (L 353) 73, relativas al reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos de *odontólogo*, incluyendo medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios correspondientes dentro del ámbito comunitario, incorporadas mediante R.D. 675/1992 de 19 de junio (B.O.E. 1992, 178) (España).

25. Directiva del Consejo 89/49/CEE, Recomendación del Consejo de 21 de diciembre de 1988 acerca de los nacionalistas de los Estados miembros que sostienen un diploma conferido en un tercer Estado, 1989 D.O. (L 19) 24. Al respecto, ver A. Carnamelutti, *L'Europe des professions libérales: la reconnaissance mutuelle des diplômes d'enseignement supérieur* [La Europa de las Profesiones liberales: el reconocimiento mutuo de los diplomas de enseñanza superior], REVUE DU

Directiva ha sido complementada posteriormente por la Directiva 92/51/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales.²⁶ La Directiva de 1989, que ha sido incorporada al ordenamiento español mediante el Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre y la Orden Ministerial de 30 de abril de 1996, cubre todos los títulos no comprendidos en las Directivas sectoriales referidos a enseñanzas de formación superior con una duración mínima de tres años, y permite a los profesionales de un Estado miembro ejercer su profesión en cualquier otro Estado miembro después de haber aprobado un examen o haber realizado los complementos de formación eventualmente exigidos por el Estado de acogida.²⁷ Esta Directiva se basa, por tanto, en la confianza mutua entre los Estados miembros y en la supuesta equiparación de los niveles de formación de sus profesionales.

En la actualidad, y en el marco del Proyecto SLIM, de Simplificación de la Legislación del Mercado Interior, se está discutiendo una Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo, por la que se modifican tanto las Directivas 89/48/CEE y 92/51/CEE del Consejo, como las Directivas sectoriales relativas a las profesiones de enfermero responsable de cuidados generales, odontólogo, veterinario, matrona, arquitecto, farmacéutico y médico.²⁸

Un paso adelante en la eliminación de obstáculos a la libre circulación de profesionales lo constituye el sistema de reconocimiento automático de títulos, en el que deja de condicionarse tal reconocimiento a la realización de exámenes o períodos de prácticas suplementarios. Un ejemplo de este sistema, aunque referido únicamente a la profesión de abogado, es la Directiva 98/5/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de

MARCHE UNIQUE EUROPEEN [R.M.U.E.] [REVISTA DEL MERCADO EUROPEO ÚNICO], No 1, en 23-46 (1991).

26. Directiva del Consejo 92/51/CEE de 18 de junio de 1992 sobre un segundo sistema general para el reconocimiento de educación profesional y entrenando para complementar la Directiva 89/48/CEE, 1992 D.O. (L 209) 25.

27. R.D. 1665/1991 de 25 de octubre (B.O.E. 1991, 280) (España); Orden de 30 de abril de 1996 por la que se desarrolla el R.D. 1665/1991, de 25 de octubre, en lo que afecta a las profesiones de abogado y procurador (B.O.E. 1996, 112) (España).

28. Ver Rafael Pellicier, *Directiva que modifica los sistemas de reconocimiento de las calificaciones profesionales*, UNIÓN PROFESIONAL [UP]?, No 66, en 13 (2001); Directiva 92/51/CEE, *supra* nota 26.

abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título.²⁹

Un temprano antecedente de esta norma comunitaria lo constituye la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados,³⁰ que ha sido incorporada en España mediante el Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, y en virtud de la cual los abogados comunitarios pueden prestar sus servicios con su título de origen en cualquier Estado miembro, si bien únicamente en régimen de ejercicio ocasional, no permanente.

Más ambiciosa que esta última, la Directiva 98/5/CE, que ha sido incorporada mediante el Real Decreto 936/2001, de 3 de agosto, reconoce a los abogados comunitarios, esencialmente, dos derechos, referidos al ejercicio permanente de la abogacía en un Estado miembro distinto a aquél en el que se ha obtenido el título: de un lado, el derecho a ejercer con el título de origen; y, de otro, el derecho a adquirir la condición de abogado en el Estado de acogida.³¹

Paralelamente a la aprobación de las mencionadas Directivas, el TJCE ha calificado como contrarias a la normativa comunitaria, por vulnerar la libertad de circulación de profesionales, algunas de las restricciones a la competencia recogidas en los ordenamientos nacionales.³²

29. Directiva 98/5/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 16 de febrero de 1998 para facilitar la práctica de la profesión de abogado en una base permanente en un Estado miembro otro que esto en el cual la calificación fue obtenida, 1998 D.O. (L 77) 36.

30. Directiva del Consejo 77/249/CEE, *supra* nota 24.

31. Por cuanto se refiere al primer derecho, su ejercicio requiere la inscripción del abogado ante la autoridad competente del Estado de acogida (art. 3), el cual podrá desarrollar en dicho Estado las mismas actividades profesionales que los abogados que ejercen con el título de este Estado y, en particular, prestar asesoramiento jurídico en materia de Derecho de su Estado de origen, Derecho comunitario, Derecho internacional y Derecho del Estado de acogida (art. 5.1). No obstante, la Directiva no reconoce de forma incondicional el derecho a ejercer con el título de origen, ya que faculta a los Estados miembros a limitar este derecho estableciendo algunas restricciones como, por ejemplo, exigir que los abogados que pretendan actuar ante órganos jurisdiccionales lo hagan concertadamente con un abogado del Estado de acogida (art. 5.3). Directiva 98/5/CE, *supra* nota 29.

Por lo que se refiere al derecho a adquirir la condición de abogado del Estado de acogida, la Directiva dispensa de la prueba de aptitud establecida en la Directiva 89/48/CEE de reconocimiento de títulos profesionales, sustituyendo este requisito por un período de ejercicio de la abogacía en el Estado de acogida con el título del Estado de origen, para lo cual es necesario justificar ante la autoridad competente del Estado de acogida una actividad efectiva y regular, de una duración mínima de tres años, en el Estado de acogida en el ámbito del Derecho de este Estado, incluido el Derecho comunitario (art. 10). Directiva del Consejo 89/48/CEE, 1989 D.O. (L 19) 16.

R.D. 936/2001 de 3 de agosto (B.O.E. 2001, 186) (España).

32. Ver Olavarria y Viciano, *supra* nota 16, en 232-33.

En esta línea, la Sentencia de 12 de julio de 1984³³ consideró incompatible con el Derecho comunitario el requisito de la llamada “unidad de gabinete,” recogido en la normativa francesa, en virtud del cual sólo se puede tener un despacho principal de abogados abierto al público o, incluso, otros despachos secundarios, pero todos ellos deben encontrarse siempre dentro de los límites territoriales de los Tribunales de “grande instante.” Según el Tribunal, la libertad de establecimiento significa que todo profesional, sin abandonar su despacho, puede instalar uno nuevo en otro Estado miembro. Así se confirmó de nuevo en la Sentencia de 20 de mayo de 1992,³⁴ en relación con los auditores de cuentas; y en la de 16 de junio de 1992,³⁵ en relación con los médicos. En esta última se indicó, además, que la exigencia de la denominada “unidad de clínica” no está justificada por la atención al paciente, dado que la proximidad entre médico y paciente no es necesaria de modo continuo. Más recientemente, la Sentencia de 18 de enero de 2001 declaró que supeditar la inscripción en el Colegio de dentistas y, por tanto, el ejercicio por éstos de su profesión, a la obligación de residir en el ámbito territorial señalado al Colegio profesional en el que solicitan inscribirse, tal y como sucede en Italia, constituye una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de trabajadores en la medida en que tal obligación impide a los dentistas establecidos o residentes en otro Estado miembro abrir otra consulta en el territorio del primer Estado o ejercer en él su actividad por cuenta ajena.³⁶ Esta misma sentencia estableció además que una normativa nacional que reserva únicamente a los dentistas de la nacionalidad del Estado miembro el derecho a solicitar el mantenimiento de su inscripción en el Colegio en caso de traslado de su residencia a otro Estado miembro de las Comunidades Europeas contiene una discriminación por razón de la nacionalidad, contraria a las disposiciones del Tratado.

Por su parte, la Sentencia de 25 de julio de 1991³⁷ rechazó por desproporcionada la reserva en exclusiva de la actividad de agentes de la propiedad industrial a determinados profesionales. En esta misma dirección, pero en relación con los farmacéuticos, cabe mencionar dos Sentencias de 21 de marzo de 1991.³⁸ Asimismo, las Sentencias de 26 de

33. Asunto 107/83, *Ordre des Avocats au Barreau de Paris v. Onno Klopp*, 1984 R.J. 2971.

34. Asunto 106/91, *Claus Ramrath v. Ministre de la Justice*, 1992 R.J. I-3351.

35. Asunto 351/90, *Comisión v. Gran Ducado de Luxemburgo*, 1992 R.J. I-3945.

36. Asunto C-162/99, *Comisión v. República Italiana*, 2001 R.J. I-541.

37. Asunto C-76/90, *Manfred Saeger v. Dennemeyer & Co. Ltd.*, 1991 R.J. I-4221.

38. Asunto C-60/89, *Procedimiento penal entablado contra Jean Monteil y Daniel Samanni*, 1991 R.J. I-1547.

febrero de 1991³⁹ y de 4 de mayo de 1991⁴⁰ rechazaron también por desproporcionada la obligatoriedad de colegiación para desarrollar la actividad de guía turístico. En todos estos casos, el Tribunal ha aplicado el llamado criterio de la proporcionalidad con el interés general que se pretende alcanzar con dichas restricciones.⁴¹

No obstante lo anterior, en otros casos el TJCE ha confirmado la licitud comunitaria de tradicionales instituciones profesionales. De este modo, la Sentencia de 19 de enero de 1988 consideró que la colegiación obligatoria de los abogados no era contraria al Derecho comunitario, siempre y cuando fuera exigida a los nacionales del propio Estado, señalándose además que la finalidad específica que justifica dicha obligatoriedad es "la garantía de la moralidad y el respeto de los principios deontológico, así como el control disciplinario de la actividad de los abogados."⁴² En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias de 22 de septiembre de 1983⁴³ y de 30 de abril de 1986,⁴⁴ al admitir la colegiación obligatoria de veterinarios, médicos y odontólogos, indicando que el ejercicio de estas profesiones en el territorio de otros Estados debe sujetarse a las normas vigentes en el Estado de acogida.

Por su parte, la antes mencionada Sentencia de 12 de julio de 1984 señaló que la existencia de un segundo domicilio profesional en otro Estado miembro no obstaculiza la aplicación de las reglas deontológicas del Estado miembro de acogida. Y, finalmente, la también mencionada Sentencia de 19 de enero de 1988 indicó que la prohibición de acceso o la expulsión de la profesión por motivos de dignidad, buena reputación e integridad establecida en un Estado miembro constituyen válidos impedimentos para el ejercicio de la misma profesión en otro Estado miembro.

A pesar de que en teoría las Directivas antes mencionadas facilitan enormemente la libertad de circulación de los profesionales en el ámbito comunitario, es cierto que en la práctica la movilidad de tales profesionales en dicho ámbito todavía es, en general, bastante escasa y, por tanto, debe evolucionar considerablemente a fin de responder a las necesidades de las

39. Asunto C-154/89, Comisión v. República Francesa, 1991 R.J. I-659.

40. Asunto C-340/89, Irene Vlassopoulou v. Ministerium für Justiz, Bundes und Europaangelegenheiten Baden-Wuerttemberg, 1991 I R.J. I-02357.

41. Ver Francisco Vicent Chuliá, *Poderes Públicos y Derecho de la Competencia*, REVISTA GENERAL DE DERECHO [RGD] 3313, 3326-27 (1993), quien menciona un deber de fidelidad de los Estados miembros a los Tratados comunitarios y, en especial, a las normas sobre la libre competencia.

42. Asunto 292/86, Claude Gullung v. Conseils de l'Ordre des Avocats du Barreau de Colmar y de Saverne, 1988 R.J. 111.

43. Asunto 271/82, Vincent Rodolphe Auer v. Ministère Public, Ordre National des Veterinaires de France y Syndicat National des Veterinaires Practiciens de France, 1983 R.J. 2727.

44. Asunto 96/85, Comisión v. República Francesa, 1986 R.J. 1475.

empresas en un mercado sin fronteras nacionales.⁴⁵ A la vista de que las numerosas medidas que ha adoptado y está adoptando la Comunidad Europea con la finalidad de obtener este objetivo parecen no ser suficientes, la política de la competencia puede jugar en este aspecto un papel decisivo.⁴⁶

b. Aplicación del derecho de la competencia

La aplicación del Derecho comunitario de la competencia al sector profesional constituye una política relativamente reciente y que todavía se encuentra en una fase incipiente de su desarrollo. Esta circunstancia se explica, fundamentalmente, por el hecho de que en la mayoría de los casos el ejercicio de las profesiones se caracteriza por desplegarse en un ámbito territorial limitado generalmente a las fronteras locales o, como mucho, nacionales, lo que en principio impide la aplicación de la normativa comunitaria de la competencia, uno de cuyos presupuestos es la causación de un sensible perjuicio al comercio entre los Estados.⁴⁷

Desde principios de los noventa, y en el marco de una política promovida a instancias del Parlamento Europeo, la Comisión viene aplicando directamente a los profesionales y a sus Colegios las normas de defensa de la competencia contenidas en el Tratado (artículos 81-86, antiguos artículos 85-90).⁴⁸ Esta política viene a suplir la limitación que suponía el hecho de que, para eliminar una restricción de la competencia, fuera necesario justificar que dicha restricción constituía una vulneración de la libertad de circulación de profesionales. Por el contrario, la aplicación directa del Derecho comunitario de la competencia no exige que se produzca tal vulneración de la libertad de circulación de profesionales, lo que sin duda supone un sustancial avance en esta materia.

En relación con esta materia, vale la pena mencionar que la Comisión, en su *XXIX Informe sobre la política de competencia*,⁴⁹ ha establecido lo siguiente:

La práctica administrativa de la Comisión en materia de aplicación de las normas de competencia a las profesiones

45. Cf. Ehlermann, *supra* nota 2, en 142.

46. Cf. *id.*

47. Cf. *id.* en 143.

48. Cf. Olavarria y Viciano, *supra* nota 16, en 235; VALENTINE KORAH, INTRODUCCIÓN AL DERECHO Y PRÁCTICA DE LA COMPETENCIA EN LA C.E.E. 29 (Alejandro Fernández de Aráoz Gómez-Acebo traductor, Ariel 1988).

49. Ver COMISIÓN EUROPEA, XXIX INFORME SOBRE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA 1999 (Brúcelas-Luxemburgo 2000), disponible en http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/1999/es.pdf [en lo sucesivo XXIX INFORME].

liberales está en pleno desarrollo. Por lo que se refiere a varias de estas profesiones, en la actualidad la prestación de servicios sigue teniendo un carácter nacional e incluso local y, por tanto, la condición de afectar de forma sensible al comercio interestatal, necesaria para aplicar las normas de competencia del Tratado CE, no se cumple en la mayor parte de los casos de los que tiene conocimiento la Comisión.

La política de competencia en este sector persigue concretamente dos objetivos: 1) poner fin a las prácticas restrictivas, y 2) fomentar las formas de cooperación que faciliten el acceso a otros mercados geográficos, permitiendo así a los miembros de las profesiones liberales prestar sus servicios a nivel comunitario o internacional. La actividad de la Comisión se centra, en primer lugar, en los casos de dimensión comunitaria, entendiéndose por éstos los que afectan a las normas de una misma profesión liberal en todos o en varios Estados miembros o, si se trata de los miembros de una profesión en un único Estado miembro, aquéllos en los que una práctica restrictiva tenga una importante repercusión en varios Estados miembros.

La Comisión intenta establecer progresivamente el límite entre, por una parte, las normas puramente deontológicas que no entran en el ámbito de aplicación de la normativa de competencia y, por otra, las normas o prácticas cuyo objeto o efecto es contrario al artículo 81 del Tratado. El objetivo de fomentar la competencia entre las profesiones liberales se concilia así, en cada caso concreto, con el de mantener las reglas puramente deontológicas peculiares de cada profesión liberal.

Hasta el momento presente la Comisión ha publicado cuatro decisiones referentes a la aplicación del artículo 81 del Tratado a las prácticas de un colegio profesional (CNSD, COAPI e IMA).⁵⁰ Las tres primeras sancionaban la fijación colectiva de precios independientemente del marco normativo nacional La cuarta decisión se refiere . . . concretamente a las restricciones en materia de publicidad y a las ofertas no solicitadas de servicios . .

50. Decisión de la Comisión 93/438/CEE del 30 de junio de 1993 (IV/33.407 – CNSD) (solo el texto italiano es auténtico), 1993 D.O. (L 203) 27; Decisión de la Comisión 95/188/CE del 30 de enero de 1995 (IV/33.686 – Coapi) (solo el texto español es auténtico), 1995 D.O. (L 122) 37; Decisión de la Comisión 1999/267/CE del 7 de abril de 1999 (IV/36.147 IMA código de conducta) (Texto con importancia EEA) (notificado bajo número de documento C(1999) 494), 1999 D.O. (L 106) 14; Decisión de la Comisión 2005/8/EC del 24 de junio de 2004 (COMP/A.38549- Asociación de Arquitectos de Bélgica (notificado bajo numero de documento C(204)2180), 2005 O.J. (L004)10.

Estos tres casos permiten ya descubrir los ejes fundamentales de la aplicación de las normas de competencia en este sector, a saber:

- 1) los miembros de profesiones liberales son empresas en el sentido del artículo 81 del Tratado cuando ejercen su profesión con carácter independiente y sus organizaciones profesionales (colegios), en los que se agrupan todos los miembros de la profesión, pueden, dependiendo de las circunstancias, ser considerados como asociaciones de empresas;
- 2) la fijación colectiva de precios y determinadas prohibiciones de hacer publicidad por parte de un colegio profesional pueden constituir restricciones de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado;
- 3) en el marco específico de cada profesión liberal, las normas necesarias para garantizar la imparcialidad, competencia, integridad y responsabilidad de los miembros de las profesiones liberales o para evitar conflictos de intereses y publicidad engañosa no se consideran restrictivas de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado;
- 4) el entorno jurídico en el que se concluyen los acuerdos así como la calificación jurídica de dicho entorno por parte de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales carece de influencia sobre la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Este principio ha sido reiterado por el Tribunal de Justicia en varias ocasiones⁵¹;
- 5) incluso cuando el Estado, al delegar en un colegio profesional la facultad de fijar los precios que deben aplicar sus miembros, puede estar infringiendo las normas del Tratado, el ejercicio de esta facultad por el colegio no se sustrae a la aplicación del artículo 81 del Tratado^{52 53}.

En su *XXX Informe sobre la política de competencia*, la Comisión ha avanzado en esta misma línea haciendo un llamamiento a los Estados miembros, a los profesionales, a los Colegios Profesionales, así como a los

51. Entre otras, Asuntos acumulados 43/82 y 63/82, *Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB y Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, VBBB v. Comisión*, 1984 R.J. 19; Asunto 123/83, *Bureau national interprofessionnel du cognac v. Guy Clair*, 1985 R.J. 391; y, Asunto C-35/96, *Comisión v. República Italiana*, 1998 R.J. I-3851.

52. Decisión de la Comisión 95/188/CE, *supra* nota 50.

53. XXIX INFORME, *supra* nota 49, en 58–60.

consumidores y a sus organizaciones.⁵⁴ A los Estados miembros, para que avancen por la vía de la liberalización del sector, aclarando la normativa con el fin de evitar que se aplique para proteger únicamente los intereses económicos de los miembros de las profesiones liberales sin garantizar, sin embargo, la calidad de los servicios. A los profesionales, para que compitan de forma leal y eficaz mediante el establecimiento individual y libre de sus precios, informando de forma precisa de las condiciones de los servicios que prestan y de sus conocimientos técnicos específicos, mediante la innovación en los servicios y en el modo de prestarlos y mediante la penetración en mercados transfronterizos. A los Colegios Profesionales, para que abandonen las presiones que ejercen sobre los poderes públicos con vistas a impedir la liberalización y garantizar ventajas económicas cuyos beneficios son a largo plazo ilusorios, habida cuenta de la evolución de los mercados de servicios a escala mundial. Y a los consumidores y sus organizaciones, para que sean más exigentes en cuanto a la información disponible sobre los servicios profesionales y el precio a pagar, de forma que puedan comparar antes de tomar una decisión y para que denuncien también a las autoridades nacionales o a la Comisión Europea las prácticas que falseen el juego de la competencia.

Recientemente, la Comisión de la Unión Europea lanzó una proposición para revisar la regulación profesional, delegando un estudio independiente para comparar las regulaciones que afectan a abogados, notarios, contadores, arquitectos, ingenieros y farmacéuticos en todos los Estados Miembros, el informe fue publicado en marzo de 2003. El informe emitido produjo la opinión de la Comisión en cuanto al potencial de modernizar la regulación profesional, el informe fue adoptado en febrero de 2004.⁵⁵ El estudio mostró niveles de regulación considerablemente diferentes entre Estados Miembros y también entre participantes de diferentes profesiones. También mostró que no había ninguna indicación de mal funcionamiento de mercados en países relativamente menos regulados. Por lo contrario, la conclusión del estudio fue que más libertad en las profesiones permitiría la producción de un mayor capital. La Comisión identificó aquellos grupos de restricciones reguladoras en las profesiones que tienen el mayor potencial de perjudicar la competencia sin justificación objetiva: (i) fijación de tarifa, (ii) recomendación de tarifa, (iii) regulaciones publicitarias, (iv) requisitos de ingreso y derechos reservados,

54. Ver COMISIÓN EUROPEA, XXX INFORME SOBRE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA 2000, en 52 (Bruselas 2001), disponible en http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2000/es.pdf.

55. Ver INSTITUT FÜR HÖHERE STUDIEN [Instituto para Estudios Superiores] (IHS), *Impacto económico de regulación en el ámbito de profesiones liberales en diferentes Estados Miembros. Regulación de Servicios Profesionales*, Viena 2003; y COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la Competición en Servicios Profesionales*, Bruselas, 9 de febrero de 2004.

y (v) regulaciones que gobiernan la estructura de empresa y prácticas multidisciplinarias. En consecuencia, a la Comisión le gustaría ver una revisión de estas restricciones y, donde no estén objetivamente justificadas, borradas o substituidas por reglas menos restrictivas. Por lo tanto, la Comisión invitó, primero, a las autoridades reguladoras de los Estados Miembros a repasar la legislación o regulaciones dentro de su informe, y también invitó a todos los órganos profesionales a comenzar una revisión similar de sus reglamentos y regulaciones internas.

En este contexto, resulta de interés efectuar un análisis más detallado de las Decisiones de la Comisión antes mencionadas. En las tres primeras Decisiones la Comisión consideró que la fijación de tarifas para los servicios profesionales adoptada, en el primer caso, por el *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali* italiano (CNSD, *Consejo Nacional de Agentes de Aduanas*)⁵⁶ y, en el segundo, por el *Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial* español (COAPI),⁵⁷ y en el tercero, por la *Belga Ordre des Architectes* (OA, Asociación de Arquitectos), constituía una decisión de una asociación de empresas prohibidas por el artículo 81 (antiguo artículo 85) del Tratado.⁵⁸ En relación con estas dos Decisiones, merece la pena destacar los siguientes aspectos relativos al ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la normativa comunitaria de la competencia.

En primer lugar, en relación con el ámbito subjetivo, la Comisión afirma que los mencionados profesionales (agentes de aduanas, agentes de la propiedad industrial, y arquitectos) son empresas a los efectos del artículo 81 (antiguo artículo 85) del Tratado, sin que su consideración como profesionales modifique tal afirmación. Esta calificación se fundamenta en la adopción de un concepto amplio de empresa y, en concreto, del adoptado por la Sentencia de 23 de abril de 1991 en el caso *Hoefner*, en virtud de la cual “la noción de empresa abarca a cualquier entidad que ejercita una actividad económica, prescindiendo de su status jurídico y su modalidad de financiación”⁵⁹ Se trata, pues, de un concepto que prima los aspectos funcionales o económicos de la actividad, prescindiendo de sus aspectos formales o jurídicos. En consecuencia, los Colegios que agrupan a aquellos profesionales se consideran asociaciones de empresas, sin que altere dicha calificación el hecho de que su status sea el de corporaciones de derecho público o el de asociaciones de interés público y de que los poderes

56. CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI SPEDIZIONIERI DOGANALI [CNSD] [CONSEJO NACIONAL DE REMITENTES ADUANEROS], en <http://www.cnsd.it/> (última visita el 27 de marzo de 2005).

57. COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL [COAPI], at <http://www.coapi.org/home.htm> (última visita el 27 de marzo de 2005).

58. Decisión de la Comisión 93/438/CEE, *supra* nota 50; Decisión de la Comisión 95/188/CE, *supra* nota 50; TRATADO DE ÁMSTERDAM, *supra* nota 18, en art. 81 (antiguo art. 85).

59. Asunto C-41/90, Klaus Höefner y Fritz Elser v. Macrotron GmbH, 1991 R.J. I-1979.

públicos le atribuyan funciones de control y disciplina de sus respectivas profesiones.

Interesa destacar también que la conclusión de la Comisión no viene obstaculizada por el hecho de que el acuerdo de fijación de tarifas sea permitido por la Ley y sea posteriormente aprobado por el Gobierno. Ello porque, de un lado, la Ley no obliga a regular los honorarios, sino que simplemente lo permite, lo que no impide la aplicación de la normativa de la competencia; y, de otro lado, porque la aprobación por el Gobierno no impide la previa y autónoma existencia de un acuerdo de una asociación de empresas. En este sentido, debe recordarse que, según una jurisprudencia constante del TJCE, la normativa comunitaria de la competencia no sólo vincula a las empresas, sino también a los Estados miembros, los cuales no pueden adoptar o mantener en vigor medidas susceptibles de eliminar el efecto útil de la mencionada normativa. Así sucede cuando los Estados imponen o favorecen la adopción de conductas contrarias a la libre competencia por parte de los operadores económicos, o cuando delegan en dichos operadores la regulación de sus relaciones económicas.⁶⁰ Por este motivo, la Comisión abrió un procedimiento de infracción contra Italia en relación con la legislación italiana que regula la profesión de agente de aduanas, procedimiento que dio lugar a la Sentencia del TJCE de 18 de junio de 1998,⁶¹ la cual declaró que Italia ha incumplido las obligaciones que le impone el Tratado en materia de la competencia al adoptar y mantener una Ley que atribuye a CNSD la facultad de adoptar una decisión contraria al artículo 81 del Tratado, confirmando de este modo la resolución de la Comisión. Asimismo, debe señalarse que la Decisión sobre el CNSD fue recurrida ante el Tribunal de Primera Instancia, el cual en Sentencia de 30 de marzo de 2000 también confirmó la resolución de la Comisión.⁶²

En segundo lugar, con respecto al ámbito objetivo de aplicación, la Comisión afirma que en ambos casos la fijación de tarifas constituye un acuerdo restrictivo de la competencia que puede perjudicar de forma sensible el comercio entre los Estados Miembros. Se trata de una restricción, porque los acuerdos de los Colegios son vinculantes para todos sus miembros y son aplicados mediante el ejercicio de las facultades sancionadoras atribuidas a dichos Colegios, impidiendo por tanto que los profesionales puedan establecer individualmente la remuneración de sus servicios. En el caso de arquitectos Belga la Comisión declaró que, hasta,

60. *Id.* en ¶ 21. Sobre las relaciones existentes entre los Derechos nacional y comunitario de la competencia, ver Luis Fernández de la Gándara y Alfonso Luis Calvo Caravaca, *Política y Derecho de la Competencia en la CEE: Una Aproximación*, R.G.D., No 583, en 3379-3447 (1993).

61. Asunto C-35/96, Comisión v. República Italiana, 1998 R.J. I-3851.

62. Asunto T-513/93, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali v. Comisión, 2000 R.J. II-1807.

la escala de honorarios recomendada está contra la competencia, porque facilita la coordinación de tarifas de la conducta de los miembros de la asociación conforme a los términos de la recomendación.

Además, se interpreta de forma extensiva el requisito de perjuicio sensible al comercio comunitario, al considerarse que dicho requisito se cumple, en el caso de los agentes de aduanas, porque aquella restricción despliega sus efectos sobre todas las importaciones a Italia y todas las exportaciones desde Italia; y, en el caso de los agentes de la propiedad industrial, porque alcanza a todo el volumen de la demanda proveniente de clientes residentes en el extranjero, monopolizada por los agentes españoles, y a buena parte de la demanda de clientes españoles dirigida al extranjero, en la que los agentes españoles ostentan una posición predominante; y en el caso de arquitectos, ya que la restricción se aplica en todas partes de Bélgica y a cualquier arquitecto en el país, incluyendo a los nacionalistas de otros Estados Miembros certificados con la Asociación.

Por su parte, la cuarta Decisión de la Comisión, de 7 de abril de 1999, IMA, es la primera que trata de las restricciones a la publicidad y a la oferta de servicios profesionales y, en concreto, de las disposiciones contenidas en el código de conducta del *Institut des mandataires agréés* (IMA, *Instituto de agentes autorizados*),⁶³ una organización profesional que agrupa a nivel europeo a los agentes autorizados por la Oficina europea de patentes.⁶⁴ Esta Decisión distingue en el referido código de conducta entre las disposiciones que poseen naturaleza deontológica y las que restringen la competencia. Entre las primeras, enumera todas aquellas que son necesarias para garantizar la imparcialidad, la aptitud, la integridad y la responsabilidad de los agentes, para evitar los conflictos de intereses y la publicidad engañosa o para garantizar el funcionamiento eficaz de la Oficina europea de patentes. Estas normas no se consideran restrictivas de la competencia en el contexto de la mencionada profesión. En cambio, las normas que prohíben realizar publicidad comparativa en las condiciones contempladas en la Directiva 97/55/CE⁶⁵ y ofrecer servicios a antiguos clientes de otros agentes se consideran restricciones de la competencia que infringen el apartado 1

63. INSTITUT DES MANDATAIRES AGREES PRES L'OFFICE EUROPEEN DES BREVETS [IMA] [INSTITUTO DE AGENTES AUTORIZADOS ANTE LA OFICINA EUROPEA DE PATENTES], L'INSTITUT DES MANDATAIRES EUROPEENS [LA INSTITUTO DE PATENTES EUROPEOS], en <http://216.92.57.242/patentepi/francais/100/> (última modificación el 1 de marzo de 2005); IMA, CODE DE CONDUITE PROFESSIONNELLE [CÓDIGO DE CONDUCTA PROFESIONAL] (14 de noviembre de 1979), en <http://216.92.57.242/patentepi/francais/100/120/121/index.php>.

64. Decisión de la Comisión 1999/267/CE, *supra* nota 50.

65. Directiva 97/55/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 6 de octubre de 1997 enmendando la Directiva 84/450/CEE acerca de publicidad mal interpretada para incluir publicidad comparativa, 1997 D.O. (L 290) 18.

del artículo 81 (antiguo artículo 85) del Tratado.⁶⁶ Mediante Sentencia de 28 de marzo de 2001, el Tribunal de Primera Instancia resolvió el recurso que el IMA planteó contra la citada Decisión, confirmando la legalidad de la misma en cuanto a considerar restrictiva la prohibición absoluta de la publicidad comparativa, aunque anulándola en lo referente a la prohibición de la oferta de servicios a antiguos clientes de otros agentes, al entender que dicha prohibición tiene por objetivo evitar que con ocasión de una oferta de servicios a un cliente, un agente proceda a denigrar a un compañero, cuestionando la intervención de este último en un asunto concluido.⁶⁷

De otro lado, es preciso recordar, tal y como se apuntaba más arriba, la polémica que recientemente enfrenta a la Comisión y al Parlamento Europeo en esta materia. Así, de un lado, en marzo de 2001 la Comisión anunció el inicio de una investigación sobre las restricciones a la competencia en el ejercicio de las profesiones contenidas en la legislación de los diversos Estados miembros, con la finalidad de proponer la eliminación de las mismas y, especialmente, las relativas a la fijación de honorarios, incluido el establecimiento de barremos orientativos. De otro lado, el 5 de abril de 2001 el Parlamento aprobó una Resolución, a iniciativa de su Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, en la que se destacaba expresamente “la importancia . . . [de] las tarifas obligatorias para [garantizar] unos servicios de alta calidad a los ciudadanos y crear relaciones de confianza entre los profesionales liberales y sus clientes.”⁶⁸ Por este motivo, se afirmaba que “[sólo unas] tarifas obligatorias . . . establecidas por órganos o asociaciones profesionales de todos los miembros de una determinada profesión pueden considerarse de

66. A este respecto, debe indicarse que la Comisión acordó una exención de la prohibición de la mencionada conducta restrictiva por un período transitorio que finalizó el 23 de abril de 2000. Esta exención venía justificada por la finalidad de evitar los riesgos de confusión para los consumidores que podría significar la brusca transición del tradicional régimen de prohibición casi total de la publicidad a un sistema de libertad en esta materia, permitiendo con ello que tanto los profesionales como los consumidores dispusieran de un período transitorio de adaptación a la nueva situación.

67. Asunto T-144/99, Instituto de Agentes Autorizados ante la Oficina Europea de Patentes v. Comisión, 2001 R.J. II-1087.

68. Resolución del Parlamento Europeo sobre escalas de honorarios y tarifas obligatorias para determinadas profesiones liberales, en particular los abogados, y sobre la función y la posición particulares de las profesiones liberales en la sociedad moderna, PARL. EUR. DOC. (52001IP0247) (2001); *Ana Palacio Vallelersundi Propuesta de Resolución sobre la Tarifa Obligatoria para los Abogados y otras Profesiones*, Parl. Eur. Doc. PE 298.398/1-37 (15 de febrero de 2001), en ¶ 5.

Sobre esta Resolución, ver José Luis Berenguer, *Deontología Profesional y Libre Competencia*, EXPANSIÓN, Apr. 27, 2001; Rafael Pellicer, *Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo de 7 de marzo de 2001 Relativa a la Aplicación del Derecho de la Competencia al Sector Profesional*, IP, No 66, en 20–21 (2001).

acuerdo con las circunstancias, como decisiones adoptadas por asociaciones de empresas sometidas a las normas de competencia,” de modo que

los Estados Miembros están autorizados a establecer tarifas obligatorias teniendo en cuenta los intereses generales (y no sólo el interés de la profesión), y a proteger unas elevadas normas de moral, ética y calidad que los abogados, asesores, fiscales, contables, médicos, psicoterapeutas, arquitectos y otras profesiones liberales representan y en las que confían sus clientes.⁶⁹

A la vista de lo anterior, en la mencionada Resolución se “insta a la Comisión Europea a que siga estrictamente la interpretación del Tribunal de Justicia en la aplicación de las normas de competencia a las tarifas obligatorias de las profesiones liberales, especialmente de los abogados. . . .”⁷⁰

Finalmente, en el ámbito de la jurisprudencia, merece la pena mencionar dos recientes Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades, ambas con fecha de 19 de febrero de 2002, en las que se discutió el sometimiento de los profesionales al régimen comunitario de la competencia.⁷¹

En la primera de las sentencias (caso *Arduino*⁷²), se examinó precisamente la cuestión de la fijación colectiva de honorarios profesionales. En este caso, un tribunal italiano, en el marco de una liquidación de costas procesales, planteó a la Corte comunitaria si la fijación de un baremo que establece los límites mínimos y máximos para los honorarios de los abogados infringe el Derecho comunitario de la competencia. Previamente, es preciso mencionar que la legislación italiana prevé que el Consejo Nacional de Colegios de Abogados, compuesto exclusivamente de abogados elegidos por sus propios compañeros, propone un baremo de honorarios de abogados, el cual debe ser aprobado por el Ministerio de Justicia después de un trámite consultivo ante dos organismos públicos.

69. PARL. EUR. DOC. (52001IP0247), *supra* nota 68; Parl. Eur. Doc. PE298.398/1-37, *supra* nota 68, en ¶¶ 7-8.

70. PARL. EUR. DOC. (52001IP0247), *supra* nota 68; Parl. Eur. Doc. PE298.398/1-37, *supra* nota 68, en ¶ 6.

71. Asunto C-35/99, Procedimiento penal entablado contra Manuele Arduino, 2002 R.J. I-1529; Asunto C-309/99, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh y Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, con intervención de: Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap, 2002 R.J. I-1577.

72. Asunto C-35/99, Procedimiento penal entablado contra Manuele Arduino, 2002 R.J. I-1529.

El Tribunal de Luxemburgo resolvió el caso emitiendo la siguiente doctrina: el Derecho comunitario de la competencia no se opone a que un Estado miembro adopte una medida legislativa o reglamentaria que aprueba, basándose en un proyecto elaborado por un Consejo de Colegios de abogados, un baremo que fija los límites mínimos y máximos para los honorarios de los miembros de la profesión, siempre que dicha medida se adopte en el marco de un procedimiento como el previsto por la legislación italiana. En concreto, el Tribunal declaró que el hecho de que un Estado atribuya a una organización profesional la elaboración de un proyecto de baremo de honorarios no priva automáticamente a dicho baremo de su carácter estatal. Aunque es cierto que la legislación italiana no contiene normas materiales o de procedimiento que garanticen que el Consejo de abogados siga criterios de interés general a la hora de elaborar su proyecto de baremo, el Estado no ha renunciado a ejercer su facultad de decidir en último término o a controlar la aplicación del baremo. Por un lado, el proyecto de baremo carece en sí de fuerza obligatoria, ya que sin la aprobación del Ministerio de Justicia no entra en vigor, pudiendo dicho Ministerio obligar al Consejo a modificar el proyecto de baremo o simplemente no aprobarlo. Por otro lado, en la aplicación judicial del baremo, los tribunales pueden, mediante decisión debidamente motivada, apartarse de los límites máximos y mínimos fijados en el mismo.

Por su parte, en la segunda de las Sentencias (caso *Wouters*⁷³), mencionada más arriba, se enjuició si era compatible con la normativa comunitaria de la competencia la prohibición del ejercicio multidisciplinar de abogados y auditores, contenida en el Reglamento sobre ejercicio multidisciplinar aprobado en 1993 por el Consejo de la abogacía holandesa. El Tribunal, siguiendo su propia jurisprudencia, reconoció que a los efectos del artículo 81 (antiguo artículo 85) del Tratado, los abogados constituyen empresas y las organizaciones colegiales de abogados constituyen asociaciones de empresas. Partiendo de esta base, entendió que la prohibición de la colaboración multidisciplinar de abogados y auditores constituye un acuerdo restrictivo de la competencia. En concreto, esta prohibición limita la producción y el desarrollo técnico en el sector de los servicios legales y de auditoría, impidiendo las ventajas vinculadas al ejercicio multidisciplinar, tales como el incremento en la calidad y diversidad de los servicios, la reducción de su coste o la centralización en una única organización (*one-stop shopping* (*parada única de compras*)).

Sin embargo, el Tribunal consideró que no toda decisión de una asociación de empresas que restrinja la competencia se halla

73. Asunto C-309/99, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh y Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, con intervención de: Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap, 2002 R.J. I-1577.

necesariamente comprendida en la prohibición del artículo 81.1 del Tratado. De este modo, afirmó que es preciso analizar el contexto global en el que se inserta dicha decisión y, en particular, sus objetivos, que en este caso se concretaban en la función de garantizar el respecto de los principios deontológicos de la abogacía, y especialmente la independencia y el secreto profesional. A este respecto, la Sentencia señaló que “puede existir una cierta incompatibilidad entre la actividad de «asesoramiento» que ejerce el abogado y la actividad de «control» desarrollada por el auditor.”⁷⁴ Por este motivo, el Consejo holandés de la abogacía pudo considerar que la comentada prohibición era necesaria para garantizar el buen ejercicio de la abogacía, sin que tal objetivo pudiera conseguirse por medios menos restrictivos. En definitiva, el Tribunal concluyó que la prohibición del ejercicio multidisciplinar de abogados y auditores por el Reglamento del Consejo holandés de la abogacía “no infringe el artículo 85, apartado 1, del Tratado, dado que dicho organismo pudo considerar razonablemente que tal normativa, a pesar de los efectos restrictivos de la competencia que le son inherentes, era necesaria para el buen ejercicio de la abogacía, tal y como está organizada en el Estado miembro de que se trata.”⁷⁵

B. Derecho comparado

1. Los Estados Unidos

Los Estados Unidos es, sin duda, el país donde se originó la tendencia a sujetar la actividad profesional a la libre competencia.⁷⁶ No obstante,

74. *Id.* en ¶ 104.

75. *Id.* en ¶ 110.

76. Entre la abundante bibliografía sobre esta materia, ver *The Applicability of the Sherman Act to Legal Practice and Other “Non-Commercial” Activities* [La Aplicabilidad del Acto de Sherman a la Práctica Legal y Otras Actividades “No Comerciales”], 82 YALE L.J. 313 (1972); Thomas D. Morgan, *Where Do We Go From Here with Fee Schedules* [A Donde Vamos de Aquí con Baremos de Honorarios], 59 A.B.A. J. 1403 (1973); Deborah L. Rhode, *Policing the Professional Monopoly: A Constitutional and Empirical Analysis of Unauthorized Practice Prohibitions* [Vigilando al Monopolio Profesional: Un Análisis Constitucional y Empírico de Prohibiciones de Práctica no Autorizadas], 34 STAN. L. REV. 1 (1981); Philip C. Kissam, *Antitrust Law and Professional Behavior* [Derecho de Antimonopolio y Comportamiento Profesional], 62 TEX. L. REV. 1 (1983); Panel, *Antitrust and the Professions: Conflict or Accommodation?* [Antimonopolio y las Profesiones: ¿Conflicto o Acomodación?], 52 ANTITRUST L.J. 161 (1983); Stephen H. Sachs, *Antitrust, the States, and the Professions* [Antimonopolio, los Estados, y las Profesiones], 52 ANTITRUST L.J. 189 (1983); Geoffrey C. Hazard, Jr., et al., *Why Lawyers Should be Allowed to Advertise: A Market Analysis of Legal Services* [Por qué los Abogados Deberían ser Permitidos a Hacer Publicidad: Un Análisis de Mercado de Servicios Legales], 58 N.Y.U. L. REV. 1084, 1084 (1983); Dennis R. Bartholomew, *Comentario, Antitrust and the Professions: Where Do We Go From Here?* [Antimonopolio y las Profesiones: ¿A Dónde Vamos de Aquí?], 29 VILL. L. REV. 115 (1984); John S. Dzienkowski, *The Regulation of the American Legal Profession and Its Reform* [La Regulación de la Abogacía Americana y Su Reforma], 68

tradicionalmente las profesiones se hallaban exentas de la aplicación de la normativa reguladora de la competencia, contenida en la *Sherman Act* de 1890.⁷⁷ Un ejemplo de esta exención, la denominada *learned profession exemption* (exención del profesional erudito), lo suministra la Sentencia del Tribunal Supremo de 1931 en el caso *Federal Trade Commission v. Raladam Co.*⁷⁸ En este caso, la mencionada Comisión acusaba a diversos médicos de realizar un acto de competencia desleal en forma de publicidad engañosa, consistente en anunciar una cura de adelgazamiento como efectiva y segura. Sin embargo, el Tribunal rechazó la acusación al declarar expresamente que, a los efectos de las normas de la competencia, el ejercicio de una profesión no constituye una actividad comercial (*trade*).

Sin embargo, ya a principios de la década de los cuarenta, se produjeron los primeros síntomas de un cambio de orientación. Así, en el caso *American Medical Association v. United States*, el Tribunal Supremo

TEX. L. REV. 451 (1989) (reseñando a RICHARD L. ABEL, AMERICAN LAWYERS [ABOGADOS AMERICANOS] (Prensa de la Universidad de Oxford 1989)); Thomas R. Andrews, *Nonlawyers in the Business of Law: Does the One Who Has the Gold Really Make the Rules?* [*No Abogados en el Negocio de Derecho: ¿Es el que tiene el Oro quien Realmente Hace las Reglas?*], 40 HASTINGS L.J. 577, 594–656 (1989); John E. Lopatka, *Antitrust and Professional Rules: A Framework for Analysis* [*Normas de Antimonopolio y Profesionales: Un Marco para Análisis*], 28 SAN DIEGO L. REV. 301 (1991); Gary A. Munneke, *Dances with Nonlawyers: A New Perspective on Law Firm Diversification* [*Bailes con No Abogados: Una Perspectiva Nueva sobre Diversificación de Firma de Derecho*], 61 FORDHAM L. REV. 559 (1992); Thomas D. Morgan, *The Impact of Antitrust Law on the Legal Profession* [*El Impacto de Derecho de Antimonopolio sobre la Abogacía*], 67 FORDHAM L. REV. 415 (1998); Richard J. Cebula, *Historical and Economic Perspectives on Lawyer Advertising and Lawyer Image* [*Perspectivas Históricas y Económicas sobre Publicidad de Abogado e Imagen de Abogado*], 15 GA. ST. U. L. REV. 315 (1998); Richard J. Cebula, *Does Lawyer Advertising Adversely Influence the Image of Lawyers in the United States? An Alternative Perspective and New Empirical Evidence* [*¿Influye Desfavorablemente Publicidad de Abogado en la Imagen de Abogados en los Estados Unidos? Una Perspectiva Alternativa y Pruebas Empíricas Nuevas*], 27 J. LEGAL STUD. 503 (1998); Stephen Calkins, *California Dental Association: Not a Quick Look But Not the Full Monty* [*Asociación Dental de California: Una Mirada no Rápida Pero no el Monty Lleno*], 67 ANTITRUST L.J. 495 (2000); Marina Lao, Comment, *The Rule of Reason and Horizontal Restraints Involving Professionals* [*La Norma de Razón y Refrenamientos Horizontales Involucrando Profesionales*], 68 ANTITRUST L.J. 499 (2000); Robert Pitofsky, *Self Regulation and Antitrust* [Regulación de Si Mismo y Antimonopolio], Prepared Remarks for the D.C. Bar Association Symposium [Comentarios Preparados para el Simposio de la Asociación de Barra del Distrito de Columbia] (18 de febrero de 1998), en <http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/self4.htm>. Ver también el Informe del AMERICAN ANTITRUST INSTITUTE [AAI] [INSTITUTO DE ANTIMONOPOLIO AMERICANO], CONVERGING PROFESSIONAL SERVICES: LAWYERS AGAINST THE MULTIDISCIPLINARY TIDE [CONVERGIENDO SERVICIOS PROFESIONALES: ABOGADOS CONTRA LA MAREA MULTIDISCIPLINARIA] (9 de febrero de 2000), disponible en <http://www.antitrustinstitute.org/books/multidisc.cfm>.

Entre nosotros, ver Olavarria y Viciano, *supra* nota 16, en 232–33.

77. Sherman Act, 15 U.S.C. § 1 et seq. [Acto de Sherman, título 15 del Código de los EEUU, sección 1 et seq.] (2004).

78. 283 U.S. 643 (1931).

reconoció que el Derecho de la competencia es aplicable a los servicios profesionales prestados por los médicos.⁷⁹ En este caso, una Asociación ofreció servicios sanitarios a sus miembros a cambio del pago de una cuota periódica, motivo por el cual dicha Asociación contrató a diversos médicos. Bajo el argumento de que esta forma de prestación de servicios sanitarios vulneraba las normas deontológicas de la *American Medical Association* (*Asociación Americana de Médicos*), esta organización persuadió a diversos hospitales para que no admitieran a pacientes de la antes mencionada Asociación. En términos del Derecho de la competencia, esta práctica incurría claramente en un supuesto clásico de boicot. No obstante, el Tribunal del Distrito negó la existencia de un acto restrictivo de la competencia al entender que, a los efectos de las normas de la competencia, el ejercicio de la medicina no puede calificarse como actividad comercial. En contraste, el Tribunal Supremo, aunque evitó afirmar directamente que el ejercicio de la medicina constituía una actividad comercial, declaró que la actuación de la *American Medical Association* era un acto de obstrucción y restricción contrario a la *Sherman Act* (*Acto de Sherman*).

A pesar de que esta Sentencia podía extrapolarse a todas las profesiones en general, durante un largo período de tiempo se trató, simplemente, de un caso aislado, siendo necesario que pasaran más de treinta años para encontrar un nuevo pronunciamiento en el mismo sentido. Este nuevo pronunciamiento fue la Sentencia del Tribunal Supremo de 1975 en el caso *Goldfarb v. Virginia State Bar*.⁸⁰ *Goldfarb* era un abogado, que por cierto trabajaba para la *Federal Trade Commission* (*Comisión Federal del Comercio*), que quería adquirir una vivienda, lo cual requería la contratación de un seguro que, a su vez, requería la elaboración de un dictamen por parte de un abogado. Con esta finalidad, *Goldfarb* contactó con un abogado, el cual le pidió como honorarios el mismo importe que el Colegio de Abogados local había publicado como honorarios mínimos. En un intento de obtener un mejor precio, contactó con un buen número de abogados, todos y cada uno de los cuales presupuestaron sus servicios en ese mismo importe, sin que ninguno de ellos considerara la posibilidad de prestarlos por un importe inferior. Algunos de ellos llegaron a afirmar que no conocían a ningún abogado que ofreciera un precio más bajo del fijado. Aunque el propio Colegio calificaba sus honorarios de meramente orientativos, establecía expresamente que el incumplimiento reiterado e intencional de los mismos constituía una infracción de las normas profesionales. Ante esta situación, *Goldfarb* demandó al Colegio de

79. 317 U.S. 519 (1943).

80. 421 U.S. 773 (1975).

Abogados por fijación de precios en contra de la normativa de la competencia.

Respecto a la *learned profession exemption*, el Tribunal Supremo fue rotundo al afirmar que la prohibición de realizar conductas restrictivas contenida en la *Sherman Act* no contempla ninguna excepción y, en concreto, que con independencia de que la actividad profesional del abogado posea otras características adicionales, resulta evidente que se trata de un servicio, y que el intercambio de tal servicio por dinero es "comercio" en el uso ordinario de esta palabra.⁸¹ Asimismo, añadió que

no se menosprecia el ejercicio de la abogacía como profesión al reconocer que ésta posee un aspecto empresarial En el mundo moderno, no puede negarse que la actividad de los abogados juega un papel importante en las relaciones comerciales, y que las actividades anticompetitivas realizadas por abogados pueden suponer una restricción al comercio.⁸²

El rechazo de la *learned profession exemption* ha sido confirmado en diversas resoluciones posteriores al caso *Goldfarb*. Así, por ejemplo, en 1979, en el caso *National Society of Professional Engineers v. United States*,⁸³ el Tribunal calificó como práctica restrictiva la prohibición, contenida en la normativa deontológica de los ingenieros, de participar en concursos en los que el precio fuese parte de los criterios iniciales de selección. La asociación denunciada fundamentaba esta prohibición alegando que la participación en esta clase de concursos reduciría los honorarios de los profesionales y les conduciría a reducir también la calidad de sus servicios, en perjuicio todo ello del interés general. Sin embargo, el Tribunal declaró que este riesgo potencial no justifica la concesión de privilegios monopolísticos, llegando a afirmar que aunque la competencia no facilite el cumplimiento de la deontología profesional, ello no es razón suficiente para impedir la competencia. Por su parte, en 1982, en el caso *Arizona v. Maricopa County Medical Society*,⁸⁴ entendió que la fijación de precios máximos por parte de un grupo de médicos constituye un acto contrario a la libre competencia.

En 1977, solamente dos años después de *Goldfarb*, el Tribunal Supremo estableció en el caso *Bates v State Bar of Arizona* que la prohibición absoluta de hacer publicidad, impuesta por un Colegio de Abogados a sus miembros, era inconstitucional por vulnerar la libertad de

81. *Id.* en 787-88.

82. *Id.* en 788.

83. 435 U.S. 679 (1978).

84. 457 U.S. 332 (1982).

expresión contemplada en la Primera Enmienda.⁸⁵ Esta misma declaración fue reiterada en 1982 en el caso *American Medical Association v. Federal Trade Comisión*.⁸⁶

No obstante, los tribunales no siempre han admitido la aplicación de las normas de la competencia a los profesionales. En algunos casos, esta negativa viene motivada porque realmente no se ha cometido un acto restrictivo de la competencia. Así, por ejemplo, en el caso *Hester v. Martindale-Hubbell, Inc.*,⁸⁷ se rechazó la demanda de un abogado cuya solicitud de aparecer en el prestigioso directorio de abogados *Martindale-Hubbell Law Directory* fue rechazada por no alcanzar los estándares exigidos para ello. En este caso, el tribunal entendió que la determinación de los criterios de admisión fue adoptada de forma unilateral, lo que impedía la existencia de un acto restrictivo en forma de boicot.

Sin embargo, la causa más importante que justifica la inaplicación de la normativa *antitrust* a los profesionales es, sin duda alguna, la denominada *state action exemption* (acción de exención del estado),⁸⁸ en virtud de la cual las restricciones a la competencia realizadas en ejercicio de una potestad pública eximen de la aplicación de la referida normativa. Dicha excepción se originó, en los años cuarenta, en el caso *Parker v. Brown*,⁸⁹ al establecer que la *Sherman Act* ni prohíbe expresamente las restricciones realizadas por el Estado, ni permite inferir que pretendía prohibir dichas restricciones. Es, precisamente, esta exención la que justificó que en el caso *Goldfarb* se entendieran aplicables las normas de la competencia, ya que la regulación de la abogacía aprobada por la *Virginia Supreme Court* (Tribunal Supremo de Virginia) no obligaba al Colegio de Abogados a establecer unos honorarios mínimos, mientras que en el caso *Bates* no se entendieron aplicables tales normas, puesto que era directamente la regulación de la abogacía promulgada por la *Arizona Supreme Court* (Tribunal Supremo de Arizona), y no la aprobada por el correspondiente Colegio de Abogados, la que prohibía específicamente la publicidad de los abogados. Ésta fue la razón por la que la ilicitud de la prohibición de la publicidad de los profesionales en este último caso tuviera que fundamentarse en la infracción de la libertad de expresión, en lugar de buscarla en la violación de la normativa de la competencia.

85. 433 U.S. 350 (1977).

86. 455 U.S. 676 (1982).

87. 659 F.2d 433 (4th Cir. 1981).

88. *Parker et al. v. Brown*, 317 U.S. 341, 351-54 (1943).

89. *Id.*

De hecho, la *state action exemption* ha justificado la realización de diversas restricciones a la competencia. Así, en *Hoover v. Ronwin*,⁹⁰ el establecimiento de un *numerus clausus* en el acceso al ejercicio de la abogacía; en *Lawline v. A.B.A.*,⁹¹ la reserva de actividad a favor de abogados, impidiendo que una sociedad integrada por abogados y otros profesionales captara clientes para pasarlos a determinados abogados, a cambio de una comisión; y, más recientemente, en *Massachusetts School of Law at Andover, Inc. v. A.B.A.*,⁹² la fijación por parte de la *American Bar Association* de los criterios de acreditación de las Facultades de Derecho cuyos titulados pueden ejercer la abogacía, al rechazar en este supuesto acreditar a una Facultad que pretendía ofrecer una matrícula inferior a la de las Facultades reconocidas.

En definitiva, la *state action exemption* ha traído como consecuencia que el impacto de la libre competencia sobre las actividades profesionales haya sido sensiblemente inferior al que se hallan expuestas otras actividades económicas. Esta circunstancia ha motivado que dicha exención tienda a ser objeto de crítica, reclamándose una interpretación más restringida de la misma y una actitud más meditada de los poderes públicos a la hora de reconocer restricciones a la competencia. También en esta dirección se dirige la tendencia a interpretar ampliamente las libertades constitucionales de expresión y de asociación, a fin de invalidar las normas deontológicas que establecen restricciones a la competencia y se hallan cubiertas por la *state action exemption*.

2. El Reino Unido

El Reino Unido es, junto a Estados Unidos, uno de los países que más ha avanzado en la dirección de proyectar las normas de la competencia sobre la actividad profesional.⁹³ En esta materia es, sin duda, el Estado

90. 466 U.S. 558 (1984).

91. 956 F.2d 1378 (7th Cir. 1992).

92. 107 F.3d 1026 (3d Cir. 1997).

93. Al respecto, ver Gordon Borrie, *The Professions: Expensive Monopolies or Guardians of Public Interest?* [*Las Profesiones: ¿Monopolios Caros o Guardas de Interés Público?*], J. BUS. L. 111, 111-25 (1984); Kenneth Button y Michael Fleming, *The Changing Regulatory Regime Confronting the Professions in Europe* [*El Régimen Regulador Cambiante Enfrentando a las Profesiones en Europa*], 37 ANTITRUST BULL. 429 (1992); Ehlermann, *supra* nota 2, en 141.

Recientemente, ver LAW & ECON. CONSULTANT GROUP, LTD. [LECG LTD.] [GRUPO DE CONSULTA DE DERECHO Y ECONOMÍA, LIMITADO], RESTRICTIONS ON COMPETITION IN THE PROVISION OF PROFESSIONAL SERVICES. A REPORT FOR THE OFFICE OF FAIR TRADING [RESTRICCIONES SOBRE COMPETENCIA EN LA PROVISIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES. UN INFORME PARA LA OFICINA DE COMERCIO JUSTO] (2000).

Entre nosotros, ver Olavarria y Viciano, *supra* nota 16, en 250-52.

miembro de la Comunidad Europea más liberal. No obstante, tradicionalmente, las profesiones no estaban sujetas a las normas del Derecho de la competencia que prohibían las conductas restrictivas, aunque sí lo estaban a las relativas a los monopolios. De este modo, las normas y prácticas profesionales se hallaban excluidas del ámbito de aplicación del *Restrictive Trade Practices Act* de 1976.⁹⁴

En la actualidad, sin embargo, las dos principales leyes en materia de la competencia, el *Fair Trading Act* de 1973⁹⁵ y el *Competition Act* de 1998,⁹⁶ se aplican plenamente al sector profesional. En este sentido, las organizaciones colegiales y los profesionales individuales pueden ser considerados empresas o asociaciones de empresas, a los efectos de la aplicación de la mencionada legislación. Sin embargo, el *Competition Act* prevé dos categorías de exenciones que son susceptibles de aplicación a la actividad profesional. En primer lugar, se hallan exentas las conductas restrictivas realizadas en aplicación de una Ley (*schedule (lista) 3*). En segundo lugar, se establece un procedimiento que permite a determinadas profesiones solicitar una exención a la Secretaría de Estado para el Comercio y la Industria. Aunque ninguna profesión ha iniciado todavía este procedimiento, si alguna lo hiciera la concesión de la exención operaría de forma automática (*schedule 4*).

La aplicación de la normativa de la competencia a la actividad profesional ha venido motivada en gran medida por la política desplegada por los dos órganos de control de dicha normativa: la *Monopolies and Mergers Commission*, actualmente denominada *Competition Commission*, y la *Office of Fair Trading (OFT)*.⁹⁷ Ya en 1970 la *Monopolies and Mergers Commission* emitió un Informe general en el que efectuaba un exhaustivo análisis de todo tipo de restricciones referidas a un gran número de profesiones.⁹⁸ A causa precisamente del alcance general de dicho Informe, éste no llegó a efectuar una valoración en profundidad de los efectos sobre

94. Restrictive Trade Practices Act [Acto de Prácticas de Comercio Restrictas], 1976 (U.K.).

95. The Fair Trading Act [Acto de Comercio Justo], 1973 (U.K.).

96. Competition Act [Acto de Competencia], 1998 (U.K.).

97. Monopolies and Mergers Commission [Comisión de Monopolios y Fusiones], actualmente denominada Competition Commission [Comisión de Competencia], en <http://www.competition-commission.org.uk/index.htm> (última visita el 27 de marzo de 2005), y la Office of Fair Trading [OFT] [Oficina de Comercio Justo] en <http://www.offt.gov.uk/default.htm> (última visita el 27 de marzo de 2005).

98. Ver MONOPOLIES & MERGERS COMM'N [COMISIÓN DE MONOPOLIOS Y FUSIONES], OFT, A REPORT ON THE GENERAL EFFECT ON THE PUBLIC INTEREST OF CERTAIN RESTRICTIVE PRACTICES SO FAR AS THEY PREVAIL IN RELATION TO THE SUPPLY OF PROFESSIONAL SERVICES [UN INFORME SOBRE EL EFECTO GENERAL SOBRE EL INTERÉS PÚBLICO DE CIERTAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS EN LO QUE ELLOS PREVALECEN EN RELACIÓN AL SUMINISTRO DE SERVICIOS PROFESIONALES] (1970) (U.K.).

la competencia de las restricciones contempladas, aunque sí contenía algunas directrices generales para evaluar la justificación de las mismas.

Entre las restricciones a la competencia analizadas por la Comisión destacaban las barreras de entrada consistentes en la exigencia de titulación; las reservas de actividad; la fijación de barremos de honorarios obligatorios u orientativos; la prohibición de determinadas estructuras de negocio, especialmente en forma de sociedades limitadas; las restricciones referidas al ejercicio multidisciplinar de las profesiones; y las limitaciones en materia de publicidad. En general, el Informe reconocía el impacto perjudicial que las restricciones analizadas podían tener, potencialmente, sobre la competencia y sobre el interés público, entendiéndose que en muchos de los casos existían mecanismos alternativos para conseguir la finalidad pretendida. En este sentido, la Comisión recomendó un análisis casuístico de cada específica restricción, a fin de examinar la existencia o no de razones que justifiquen su imposición.

Por otra parte, el Informe se refería a algunas restricciones específicas en los siguientes términos: admitía, en principio, las barreras de entrada consistentes en la exigencia de titulación; condenaba de forma contundente la fijación de barremos obligatorios de honorarios; se mostraba partidario de liberalizar las restricciones relativas a la estructura de negocio; entendía que los riesgos de conflicto de intereses que planteaba el ejercicio multidisciplinar no justificaban su prohibición, atendiendo a sus ventajas, que se materializaban en términos de economías de escala y de prestación única de servicios; y, finalmente, se posicionaba a favor de liberalizar las restricciones en materia de publicidad.

A lo largo de la década de los setenta, la *Monopolies and Mergers Commission* complementó su Informe general mediante la elaboración de nueve Informes sectoriales, centrados en analizar específicas restricciones de la competencia referidas a específicas profesiones y, particularmente, relativas a la publicidad de los miembros de las distintas profesiones jurídicas (*solicitadores, procuradores y abogados*), y a los contables, veterinarios y corredores de bolsa, así como las referidas a la fijación de honorarios por parte de arquitectos y topógrafos.⁹⁹ En nueve de los once

99. Ver A REPORT ON THE SUPPLY BY HER MAJESTY'S COUNSEL ALONE OF THEIR SERVICES [UN INFORME SOBRE EL SUMINISTRO POR EL CONSEJO DE SU MAJESTAD SOLO DE SUS SERVICIOS], 1976, HC 512 (U.K.); A REPORT ON THE SUPPLY BY SENIOR COUNSEL ALONE OF THEIR SERVICES [UN INFORME SOBRE EL SUMINISTRO POR CONSEJO MAYOR SOLO DE SUS SERVICIOS], 1976, HC 513 (U.K.); A REPORT ON THE SUPPLY OF BARRISTERS' SERVICES IN RELATION TO RESTRICTIONS IN ADVERTISING [UN INFORME SOBRE EL SUMINISTRO DE SERVICIOS DE PROCURADORES EN RELACIÓN A RESTRICCIONES EN PUBLICIDAD], 1976, HC 559 (U.K.); A REPORT ON THE SUPPLY OF SERVICES OF SOLICITORS IN SCOTLAND IN RELATION TO RESTRICTIONS ON ADVERTISING [UN INFORME SOBRE EL SUMINISTRO DE SERVICIOS DE SOLICITADORES EN ESCOCIA EN RELACIÓN A RESTRICCIONES EN PUBLICIDAD], 1976, HC 558 (U.K.); A REPORT ON THE SUPPLY OF ADVOCATES' SERVICES IN

Informes la Comisión concluyó que las restricciones producían efectos negativos en el interés público.

Con posterioridad, en 1986, la OFT emitió diversos Informes sobre restricciones a la competencia existentes en diversas profesiones, tales como las limitaciones a la publicidad de servicios profesionales en general y, en especial, en los servicios relacionados con industria de la construcción; así como las limitaciones relativas a las estructuras de negocio y las aplicables a la profesión de agente de propiedad industrial.¹⁰⁰

En marzo de 2001, la OFT presentó un Informe con el título *Competition in professions*, que a su vez incluye otro Informe, elaborado en diciembre de 2000 por una empresa consultora a petición del mencionado organismo, y denominado *Restrictions on Competition in the Provision of Professional Services*.¹⁰¹ Este último Informe analiza las respuestas de las organizaciones profesionales, de los representantes de empresarios y consumidores, así como de expertos independientes, entre otros, al *Consultation Paper (Papel Consultativo)* distribuido en mayo de 1990 por la OFT. En dichos Informes se recomienda que la actividad profesional se halle sujeta de forma total y completa a la normativa de la competencia, tal como sucede en otras actividades económicas; y, en consecuencia, propone

SCOTLAND IN RELATION TO RESTRICTIONS IN ADVERTISING [UN INFORME SOBRE EL SUMINISTRO DE SERVICIOS DE ABOGADOS EN ESCOCIA EN RELACIÓN A RESTRICCIONES EN PUBLICIDAD], 1976, HC 560 (U.K.); A REPORT ON THE SUPPLY OF SERVICES OF SOLICITORS IN ENGLAND AND WALES IN RELATION TO RESTRICTIONS ON ADVERTISING [UN INFORME SOBRE EL SUMINISTRO DE SERVICIOS DE ABOGADOS EN INGLATERRA Y EL PAÍS DE GALES EN RELACIÓN A RESTRICCIONES EN PUBLICIDAD], 1976, HC 557 (U.K.); A REPORT ON THE SUPPLY OF ACCOUNTANCY SERVICES IN RELATION TO RESTRICTIONS IN ADVERTISING [UN INFORME SOBRE EL SUMINISTRO DE SERVICIOS DE CONTABILIDAD EN RELACIÓN A RESTRICCIONES EN PUBLICIDAD], 1976, Cmnd. 6573 (U.K.); A REPORT ON THE SUPPLY OF ARCHITECT'S SERVICES WITH REFERENCE TO SCALE FEES [UN INFORME SOBRE EL SUMINISTRO DE SERVICIOS DEL ARQUITECTO CON REFERENCIA A LA ESCALAR DE HONORARIOS], 1977, HC 4 (U.K.); A REPORT ON THE SUPPLY OF SURVEYOR'S SERVICES WITH REFERENCE TO SCALE FEES [UN INFORME SOBRE EL SUMINISTRO DE SERVICIOS DEL TOPÓGRAFO CON REFERENCIA A LA ESCALA DE HONORARIOS], 1977, HC 5 (U.K.).

100. *Ver* ADVERTISING BY THE PROFESSIONS – A REVIEW OF THE REMAINING SIGNIFICANT RESTRICTIONS [PUBLICIDAD POR LAS PROFESIONES – UNA REVISIÓN DE LAS RESTRICCIONES SIGNIFICATIVAS RESTANTES], 1986 (U.K.); REVIEW OF RESTRICTIONS ON THE PATENT AGENTS' PROFESSION [REVISIÓN DE RESTRICCIONES SOBRE LA PROFESIÓN DEL AGENTE PATENTE], 1986 (U.K.); RESTRICTIONS ON THE KIND OF ORGANISATION THROUGH WHICH MEMBERS OF PROFESSIONS MAY OFFER THEIR SERVICES [RESTRICCIONES SOBRE EL TIPO DE ORGANIZACIÓN POR LA CUAL LOS MIEMBROS DE PROFESIONES PUEDEN PROVEER SU SERVICIO], 1986 (U.K.); THE ADVERTISING AND CHARGING RULES OF THE PROFESSIONS SERVING THE CONSTRUCTION INDUSTRY [LAS NORMAS DE PUBLICIDAD Y DE COBRAR DE LAS PROFESIONES QUE SIRVEN LA INDUSTRIA DE CONSTRUCCIÓN], 1986 (U.K.).

101. OFT, COMPETITION IN PROFESSIONS [COMPETENCIA EN PROFESIONES] 1, (7 de marzo de 2001), *disponible en* <http://www.of.gov.uk/NR/rdonlyres/B08439C8-C5F6-4946-8AFF-71C050D34F46/0/of328.pdf>; LECG LTD., *supra* nota 93, en 24.

que se eliminen todas las restricciones que no se hallen justificadas por ser necesarias para conseguir la eficiencia económica o la protección de los consumidores. En concreto, recomienda la eliminación del procedimiento de exención antes mencionado, contenido en el *Competition Act*, que permite solicitar la exclusión de determinadas normas profesionales del ámbito de aplicación del Derecho de la libre competencia.

En particular, el mencionado Informe efectúa además un exhaustivo análisis de las principales restricciones a la competencia en tres sectores particularmente relevantes: los servicios jurídicos, de auditoría y de arquitectura. En el sector de los servicios jurídicos, se destacan las reservas de actividad a favor de *solicitadores* o de *procuradores*; las limitaciones relativas a la estructura de negocio y, especialmente, las referidas al ejercicio multidisciplinar; así como las restricciones en materia de publicidad y de honorarios. En el sector de la auditoría, se denuncia la norma que exige que los socios y administradores de las sociedades de auditoría sean auditores, así como las limitaciones en la publicidad y la que prohíbe percibir comisiones por referir clientes a profesionales. Finalmente, en el sector de la arquitectura se remarca especialmente las restricciones relativas a la fijación colectiva de honorarios.

La política de la competencia desarrollada por la *Monopolies and Mergers Commission* y la OFT ha provocado un proceso de desregulación cuyo resultado ha sido la eliminación de buena parte de las restricciones existentes en el mercado de los servicios profesionales, particularmente las consistentes en la fijación colectiva de precios o la limitación de la publicidad. Todo ello, a pesar de que la implementación de las recomendaciones propuestas por dichos organismos en sus numerosos Informes se ha visto dificultada, en cierta medida, por el hecho de que algunas restricciones a la competencia hallan respaldo en normas con rango de ley.

A pesar de lo anterior, el mencionado proceso de desregulación se ha manifestado tanto en la normativa estatal de origen legal y reglamentario, como en la normativa colegial aprobada por las diversas organizaciones profesionales. En el primer aspecto, debe señalarse que el legislador y el gobierno británicos han llevado a cabo sustanciales reformas dirigidas a suprimir las restricciones a la competencia contempladas en normas legales o reglamentarias. Así, por ejemplo, en el ámbito de las profesiones jurídicas, cabe destacar la *Courts and Legal Services Act* de 1990¹⁰² y la *Access to Justice Act* de 1999,¹⁰³ en virtud de las cuales se eliminan buena parte de las reservas de actividades en exclusiva a los *solicitadores* y a los

102. Courts and Legal Services Act [Acto de Tribunales y Servicios Legales], 1990 (U.K.).

103. Access to Justice Act [Acto de Acceso a Justicia], 1999 (U.K.).

procuradores, impulsando de este modo la competencia entre estas dos profesiones, al crear ámbitos de actuación comunes; y se suprimen las restricciones legales existentes en materia de ejercicio profesional multidisciplinar. En cuanto a la desregulación en el ámbito de la normativa colegial, cabe mencionar que la *Law Society*, la organización profesional que regula la principal profesión jurídica, los *solicitadores*, creó en 1999 un Grupo de Trabajo denominado *Regulation Review Working Party (Grupo de Trabajo de Revisión de Regulación)*, con el encargo de revisar las normas deontológicas contenidas en la *Guide to the Professional Rules of Solicitors*,¹⁰⁴ al objeto de considerar las propuestas de liberalización efectuadas por la OFT. En esta línea, en abril de 2002 la propia OFT publicó un nuevo Documento de trabajo en el que mostraba los avances realizados en los doce meses transcurridos desde la publicación del Informe sobre competencia en las profesiones, constatando que se habían producido avances muy significativos, ya que se habían eliminado algunas restricciones y justificado otras, pero al mismo tiempo manifestaba su preocupación por la existencia todavía de numerosas restricciones carentes de justificación. En el 2004 una proposición de revisión independiente realizada para el gobierno británico recomendó una reforma de la regulación de la abogacía que lo haría menos restrictivo y más eficaz, permitiendo nuevas maneras de proveer servicios legales al público. Esto permitiría a abogados juristas entrar sociedades con abogados que son miembros de otros órganos profesionales, lo cual permitiría a abogados empleados por entidades no jurídicas proveer servicios al público y a los clientes obtener servicios de litigio y asesoramiento en un mismo bufete de abogados. Los propietarios de estas prácticas podrían ser por los profesionales envueltos o por tercera personas, como bancos, organizaciones de automovilismo o supermercados.

3. Italia

En Italia, a diferencia de lo que ha sucedido en los países anglosajones, la sujeción de la actividad profesional al Derecho de la competencia es una cuestión que solamente ha comenzado a plantearse con fuerza a partir de la década de los noventa. Sin embargo, en los últimos años esta cuestión está provocando un amplio debate, sobre todo a raíz, por un lado, de un Informe elaborado en 1997 por el órgano italiano de control de la normativa de la

104. THE LAW SOCIETY [LA SOCIEDAD DE LEY], GUIDE TO THE PROFESSIONAL RULES OF SOLICITORS: 1999 [GUÍA A LAS NORMAS PROFESIONALES DE SOLICITADORES: 1999] (Law Soc'y Publ'ns [Publicaciones de Sociedad de Ley] 1999); *ver también* The Law Society [La Ley de Sociedad], *en* <http://www.lawsociety.org.uk/professional/conduct/guideonline.law> (última visita el 10 de abril de 2005).

competencia; y, por otro lado, de un Proyecto de Ley de reforma presentado por el Gobierno italiano en 1998.¹⁰⁵

Hasta hace relativamente poco, la opinión más generalizada efectuaba una nítida distinción entre actividad profesional y empresarial, de modo que los profesionales, ni eran considerados empresarios, ni se hallaban por tanto sujetos al estatuto del empresario y, desde luego, tampoco a la normativa de la competencia. Esta opinión encontraba respaldo normativo en los artículos 2229 a 2238 del *Codice civile* (*Código civil*), los cuales someten a los profesionales a un régimen distinto al aplicable a los empresarios, excluyendo de alguna manera la sujeción de los primeros al estatuto de los segundos.¹⁰⁶

Sin embargo, las transformaciones que en los últimos tiempos ha experimentado el ejercicio de las profesiones han puesto de manifiesto que, en la mayoría de los casos, los profesionales utilizan formas de organización típicamente empresariales, lo que ha producido un acercamiento entre la actividad profesional y empresarial. Esta situación ha tenido su reflejo en la nueva legislación reguladora de la actividad económica, la cual a estos efectos no diferencia entre actividad empresarial y profesional. Todo ello ha permitido constatar la existencia de una tendencia hacia la comercialización de las profesiones. Por este motivo, en la actualidad tiende a considerarse que la actividad profesional es una manifestación de la libertad de empresa reconocida en el artículo 41 de la Constitución italiana.¹⁰⁷ En esta misma línea, cada vez es menos minoritaria la posición que identifica la actividad profesional como una actividad empresarial, bien sea calificándola como empresa civil o, incluso, directamente como empresa mercantil.

105. Sobre este debate, ver 11 CARLO IBBA ET AL., *LE PROFESSIONI INTELLETTUALI* [LAS PROFESIONES INTELLECTUALES], (UTET 1987); Giorgio Oppo, *Antitrust e Professioni Intelletuali* [*Antimonopolio y Profesiones Intellectuales*], RIVISTA DI DIRITTO CIVILE [RIV. DIR. CIV.] [REVISTA DE DERECHO CIVIL] 124, 124–27 (1999); Simone Morandi, *Applicazione ai Liberi Professionisti delle Norme a Tutela della Concorrenza e del Mercato e Legittimità delle Tariffe Professionali Inderogabili* [*Aplicación a los Profesionales Libres de las Normas a Tutela de la Competencia y del Mercado y Legitimación de las Tarifas Profesionales Ineludibles*], RIVISTA DI DIRITTO COMMERCIALE E DEL DIRITTO GENERALE DELLE [RIV. DIR. COM.] [REVISTA DE DERECHO COMERCIAL Y DEL DERECHO GENERAL] 35, 35–40 (1999); Carlo Ibba, *Sulla Riforma delle Libere Professioni* [*Sobre la Reforma de Profesionales Libres*], RIVISTA DI DIRITTO PRIVATO [RIV. DIR. PRIV.] [REVISTA DE DERECHO PRIVADO] 165, 165–84 (2000); Raffaele Lener, *Modelli di Comportamento Professionale e Organizzazione degli Studi nel Contesto Europeo* [*Modelos de Comportamiento Profesional y Organización de los Estudios en Contexto Europeo*], RIV. DIR. PRIV. 209, 209–20 (2001).

Entre nosotros, ver Olavarria y Viciano, *supra* nota 16, en 254–58.

106. CODICE CIVILE [C.C.] [Código Civil] arts. 2229–2238 (Italia).

107. COSTITUZIONE [COST.] [Constitución] art. 41 (Italia).

Un punto de inflexión en esta evolución fue la promulgación de la Ley italiana de defensa de la competencia, la Ley núm. 287/1990, de 10 de octubre de 1990.¹⁰⁸ El artículo 4.1 de esta Ley establece que la misma debe interpretarse a la luz de los principios de la normativa comunitaria de la competencia, lo que exige acoger el concepto amplio de empresa acuñado por la jurisprudencia comunitaria y, por tanto, supone también que el ejercicio de las profesiones debe considerarse como una actividad empresarial a los efectos de la mencionada Ley. A este respecto, se ha afirmado que el concepto de empresa acogido por la jurisprudencia comunitaria no se opone al recogido por el legislador italiano en el artículo 2082 del *Codice civile*, el cual establece que “es empresario el que ejerce profesionalmente una actividad económica organizada con la finalidad de producir o de distribuir bienes o servicios”.¹⁰⁹ También se trataría, por tanto, de un concepto amplio, que permitiría acoger en su seno el ejercicio de una profesión. En cualquier caso, se ha alegado también que, aunque se admitiera que el *Codice civile* acoge un concepto restringido de empresa que excluye de su ámbito la actividad profesional, cabría defender que el legislador construye diversos conceptos de empresa, según las finalidades concretas que pretende conseguir en cada caso y, en materia de defensa de la competencia, habría acogido un concepto amplio que incluye el ejercicio profesional.

En este contexto, y como se ha adelantado, el órgano italiano de control de la normativa de la competencia, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato* (AGCM, *La Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado*), presentó el 9 de octubre de 1997 un amplio Informe sobre la competencia en el sector de las profesiones, con el título *Indagine conoscitiva nel settore degli ordini e collegi professionali*.¹¹⁰ En general, este Informe propone al legislador revisar en profundidad la regulación de la actividad profesional, destacando que la trascendencia pública de dicha actividad no justifica su exclusión de la libre competencia.

En este Informe, la necesidad de liberalizar el sector profesional se justifica al constatar que, en el actual contexto de globalización de la

108. Norme per la Tutela della Concorrenza e del Mercato [Norma para la Tutela de la Competencia y del Mercado], Legge 10 ottobre 1990 n. 287 [Ley No 287 de 10 de octubre de 1990], art. 4.1 (Gazz. Uff. Serie Generale n. 240, 13 de octubre de 1990) (Italia).

109. C.C. art. 2082 (Italia).

110. L’AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO [AGCM] [LA AUTORIDAD GARANTE DE LA COMPETENCIA Y DEL MERCADO], INDAGINE CONOSCITIVA [INVESTIGACIÓN COGNOSCITIVA], *Provvedimento n. 5400 (IC15) Settore degli ordini e collegi professionali* [Provisión No 5400 (IC15) Sector de los ordenes y colegios profesionales], 9 de octubre de 1997 (Bollettino n. 42/1997) [en lo sucesivo AGCM INVESTIGACIÓN COGNOSCITIVA No 5400]. Este Informe puede consultarse en <http://www.agcm.it>, bajo: Tutela della Concorrenza | Indagini conoscitive | Anno 1997.

economía, el valor de los servicios profesionales importados a Italia es superior al de los exportados, circunstancia que se explica no por la falta de recursos profesionales en este país, sino por la mayor rigidez de la regulación italiana de las profesiones, que frena el desarrollo de la actividad profesional y permite que los profesionales de otros países con una regulación más flexible gocen de una ventaja competitiva en la exportación de sus servicios. El Informe muestra que la regulación italiana es particularmente restrictiva con respecto a la de otros países europeos, en especial en materia de honorarios, publicidad y sociedades profesionales.

En la labor de rediseñar la regulación de las profesiones y la función de los Colegios Profesionales, el Informe identifica las principales restricciones a la competencia contenidas en dicha regulación, y propone criterios de revisión de las mismas. Para ello, efectúa un análisis exhaustivo referido, tanto a los aspectos generales de las profesiones en su conjunto, como a los aspectos sectoriales relativos a algunas de las profesiones más destacadas, agrupadas en diversas categorías: jurídicas (notarios y abogados), económicas (peritos mercantiles y asesores laborales), sanitarias (farmacéuticos y médicos) y técnicas (ingenieros, arquitectos y geólogos). Del referido análisis se derivan las siguientes recomendaciones.

- 1) el establecimiento de reservas de actividad en exclusiva y de colegiación obligatoria debe revestir carácter de excepcional, admitiéndose únicamente cuando la actividad afecte a intereses de relevancia constitucional, como la salud o la justicia;
- 2) en relación con las restricciones referidas al acceso a las profesiones, las pruebas de acceso deben regirse por el principio de imparcialidad, los períodos de prácticas obligatorias deben ser accesibles a todos los posibles candidatos y no cabe establecer un *numerus clausus* de personas que pueden acceder a la profesión;
- 3) por lo que se refiere a las restricciones relativas al ejercicio de la actividad profesional, se propone eliminar la potestad de los Colegios de fijar de forma colectiva los honorarios de sus afiliados; limitar el objeto de las normas deontológicas a los aspectos propiamente éticos, excluyendo de las mismas el establecimiento de restricciones a la competencia entre los profesionales; rechazar la prohibición de la publicidad, al ver en la misma un excelente instrumento de información de los consumidores; y admitir el ejercicio de las profesiones en forma societaria y, en particular, en forma de sociedad de capitales, las cuales permiten crear estructuras de mayores dimensiones.

Como consecuencia de la publicación del Informe sobre la competencia en las profesiones, con fecha de 3 de julio de 1998 el Consejo de Ministros aprobó un Proyecto de Ley de delegación al Gobierno para la reordenación de las profesiones intelectuales (*Disegno di legge n.º 5092 recante "Delega al Governo per il riordino delle professioni intellettuali"*).¹¹¹ La *Relazione (Exposición de Motivos)* que acompaña a este Proyecto indica que su objetivo es establecer los principios generales comunes a todas las profesiones, principios que posteriormente deben adaptarse a las particularidades de cada profesión específica.¹¹² A pesar de que se distingue entre las profesiones organizadas en torno a Colegios Profesionales (*Ordini professionali*) y las que no lo están, no se indican cuáles deben ser las profesiones que deben constituirse en Colegios, ni cuáles son las actividades que se reservan en exclusiva a una determinada profesión.¹¹³ Conviene señalar que dicha *Relazione* afirma expresamente que el Proyecto pretende conseguir la "eliminación de todo obstáculo a la competencia entre profesionales".¹¹⁴ Por todo ello, el Proyecto delega al Gobierno la regulación de la actividad profesional y de las organizaciones colegiales (artículo 1) y establece los principios generales que esta regulación debe tenerse en cuenta (artículo 2), entre los que cabe destacar los siguientes:

- 1) protección del interés público, teniendo en cuenta, de un lado, los principios de pluralismo y competencia; y, de otro, los principios deontológicos referidos al carácter personal de los servicios profesionales, la independencia y la responsabilidad de los profesionales;
- 2) libertad de acceso, prohibiendo el establecimiento de *numerus clausus*, salvo en las profesiones que ejercen funciones públicas, y exigiendo que los períodos de prácticas se caractericen por su flexibilidad y efectividad;
- 3) eliminación de la fijación de honorarios vinculantes, con excepción de las prestaciones profesionales obligatorias;

111. Progetto di legge n. 5092, Disegno di legge Delega al Governo per il Riordino delle Professioni Intellettuali [Proyecto de Ley No 5092, Diseño de ley Delega al Gobierno para el Reordenamiento de Profesiones Intelectuales], 9 de julio de 1998 (Italia), *disponibile en* http://www.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/sk5500/frontesp/5092.htm.

112. Progetto di legge n. 5092, Relazione [Proyecto de Ley No 5092, Relación], 9 de Julio de 1998 (Italia), *disponibile en* http://www.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/sk5500/relazion/5092.htm [en lo sucesivo *Relazione*].

113. Economia Lavoro [Economía Laboral], *Ordini professionali* [Asociaciones Profesionales], *en* <http://lavoro.economia.virgilio.it/categorie/?ccat=4134>.

114. *Relazione, supra* nota 112.

- 4) potestad de los Colegios Profesionales de elaborar un código deontológico;
- 5) regulación de las sociedades profesionales basada en la limitación de la participación de socios no profesionales y el establecimiento de una responsabilidad solidaria entre sociedad y socios profesionales; y
- 6) abolición de la prohibición de la publicidad dirigida a proporcionar una información correcta.

Interesa destacar que en este último precepto se establece expresamente una distinción entre la actividad profesional y la empresarial (artículo 2.e), partiendo de la idea de que la primera posee unos caracteres “intrínsecos y prevalentes” que la distinguen de la segunda, aunque no se identifican cuáles son esos caracteres. En esta materia, se relativiza la equiparación de estas dos clases de actividad que se hace en sede comunitaria, afirmando que dicha equiparación posee un carácter excepcional y viene motivada por finalidades específicas que no responden a un planteamiento sistemático del concepto de empresa.

A petición del Ministerio de Justicia, el 5 de febrero de 1999 la AGCM emitió un Informe (*Parere*) sobre el Proyecto de Ley de reordenación de las profesiones.¹¹⁵ En general, el mencionado órgano se muestra crítico con el Proyecto alegando que desaprovecha la oportunidad de efectuar una verdadera liberalización de los aspectos fundamentales del mercado de servicios profesionales, motivo por el cual propone una reformulación del mismo a fin de adaptarlo a los principios de la normativa de la competencia. En concreto, entre los aspectos que son objeto de crítica, vale la pena destacar los siguientes.

- 1) se opone a la distinción entre actividad profesional y empresarial, recordando la jurisprudencia comunitaria y la remisión a la misma contenida en la legislación italiana de la competencia;
- 2) considera que el Proyecto es excesivamente vago al justificar la creación de Colegios Profesionales, recordando también que el establecimiento de reservas de actividad y de Colegios Profesionales debe poseer carácter excepcional;
- 3) por lo que se refiere a los requisitos de acceso a una profesión, critica que el Proyecto no limite de forma suficiente los diversos sistemas de acceso. Así, no establece

115. AGCM, RIORDINO DELLE PROFESSIONI INTELLETTUALI [REORDENAMIENTO DE LAS PROFESIONES INTELLECTUALES] (5 de febrero de 1999). Este Informe puede consultarse en <http://www.agcm.it/tema0121.htm>, bajo: Tutela della Concorrenza | Pareri e segnalazioni – Cronologico | 05/02/1999.

los criterios fundamentales que deben informar las pruebas de aptitud, no limita la duración de los período de prácticas, ni tampoco prohíbe de forma general la fijación de *numerus clausus*, al admitirla en el caso de las profesiones que suponen el ejercicio privado de funciones públicas;

- 4) respecto a la regulación del ejercicio profesional, la AGCM se opone a la fijación colectiva de honorarios, aunque posean un carácter meramente orientativo; exige limitar el contenido de los códigos deontológicos a los aspectos relativos al correcto ejercicio profesional, excluyendo taxativamente las disposiciones que restrinjan la libre competencia; reclama explicitar que la publicidad debe referirse a los tipos, características y precios de los servicios profesionales; propone reconocer una amplia posibilidad de ejercicio en forma societaria, admitiendo expresamente las sociedades multidisciplinarias; y
- 5) objeta la ausencia en el Proyecto de una referencia a las incompatibilidades en el ejercicio profesional, reclamando que se eliminen todas aquellas que no sean necesarias y proporcionales con respecto a los objetivos que persiguen.

Con independencia de la propuesta legislativa comentada, debe decirse que la AGCM ha emitido diversas Resoluciones en las que aplica el Derecho de la competencia a organizaciones colegiales, así como a determinados profesionales. En este sentido, cabe destacar la reciente Resolución de enero de 2000, en la que sancionó a la Asociación Nacional de *revisori contabili (auditors)* y a las principales sociedades auditoras establecidas en Italia (Arthur Andersen, KPMG, Coopers & Lybrand, Price Waterhouse, Deloitte & Touche y Ernst & Young), por la realización de conductas restrictivas consistentes en coordinar su actuación en el mercado mediante, entre otras actuaciones, la fijación colectivamente de honorarios y la distribución de encargos profesionales.¹¹⁶

Asimismo, merece la pena resaltar que la AGCM, en ejercicio de su facultad de proponer a los poderes públicos la aprobación de reformas de las normas que contengan restricciones a la competencia, se está mostrando particularmente activa en relación con el sector de las profesiones, ya que ha efectuado algunas propuestas en este sentido referidas a restricciones en

116. Associazione Nazionale Revisori Contabili [Asociación Nacional de Auditores], en <http://www.anrev.it/> (última visita el 6 de abril de 2005); Arthur Andersen, en <http://www.arthurandersen.com/> (última visita el 27 de marzo de 2005); KPMG, en <http://www.kpmg.com/> (última visita el 27 de marzo de 2005); Price Waterhouse Coopers, en <http://www.pwcglobal.com/> (última visita el 27 de marzo de 2005); Deloitte & Touche, en <http://www.deloitte.com/dtt/home/> (última visita el 27 de marzo de 2005); Ernst & Young, en <http://www.ey.com/global/content.nsf/International/Home> (última visita el 27 de marzo de 2005).

materia de acceso, reserva de actividad y fijación de honorarios que afectan a diversas profesiones.

Por otra parte, la más reciente jurisprudencia italiana se orienta en el sentido de confirmar la evolución marcada por la AGCM, al considerar, a los efectos de la aplicación de la normativa de la competencia, que los profesionales son empresas y las organizaciones colegiales son asociaciones de empresas, sin que el hecho de que dichas organizaciones desarrollen funciones públicas impida la aplicación de aquella normativa. En esta dirección, debe mencionarse la Sentencia de la Corte de Apelación de Turín de 11 de julio de 1998, relativa a la fijación colectiva de honorarios de abogados;¹¹⁷ la Sentencia de la Corte de Apelación de Milán de 29 de septiembre de 1999, referida a la actuación anticompetitiva del *consulenti del lavoro* (*Consejo de asesores laborales*) consistente en incitar a sus afiliados a boicotear a una empresa privada dedicada a la elaboración de programas de gestión en materia laboral;¹¹⁸ y la Sentencia del Tar del Lazio de 12 de enero de 2000, relativa a la fijación de honorarios por la organización profesional que agrupa a los *periti commerciali* (*peritos mercantiles*).¹¹⁹

Ante esta situación, diversas organizaciones colegiales han comenzado a liberalizar su normativa deontológica, eliminando especialmente las restricciones existentes en materia de publicidad. Así lo han hecho, señaladamente, los Consejos de Colegios de abogados, médicos o arquitectos.

4. España

Por lo que se refiere a la evolución de la cuestión en España, resulta obligado destacar la posición del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) como verdadero propulsor y artífice de la proyección de la normativa *antitrust* sobre el ejercicio de las profesiones.¹²⁰ El protagonismo de este Tribunal se ha manifestado tanto en el impulso de la reforma de la Ley de Colegios Profesionales, como en la adopción de una interpretación favorable a la sujeción de las profesiones a la libre competencia.

117. Corte app. di Torino [Corte de Apelación de Turín], sez. I, 11 de julio de 1998, n. 791, Giur. It., disponible en http://www.foroeuropeo.it/art/tariffe_internet/torino1.htm (Italia).

118. Corte app. di Milano [Corte de Apelación de Milán], sez. (sesión), 29 de septiembre de 1999, Giur. It., (Italia).

119. Trib. Di Tar Lazio [Tribunal de Tar del Lazio], sez. prima, 28 de enero de 2000, n. 466, Giur. It., disponible en http://www.foroeuropeo.it/art/tariffe_internet/tarlazio.htm (Italia).

120. A pesar de su nombre, el Tribunal de Defensa de la Competencia no es una autoridad jurídica, sino una autoridad administrativa.

En el primer aspecto, debe recordarse que el origen de la mencionada reforma se encuentra en el Informe que este Tribunal emitió en 1992 con el título *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones: Propuesta para adecuar la normativa sobre profesiones colegiadas al régimen de libre competencia vigente en España*.¹²¹ En este Informe, después de efectuar un exhaustivo análisis de la actividad profesional desde la perspectiva de la libre competencia, el Tribunal redactó una propuesta articulada de reforma de la Ley de Colegios Profesionales, en la cual se declaraba expresamente la sujeción de esta actividad al Derecho de la competencia y, en concreto, se suprimían las restricciones a la misma referidas a los honorarios, a la publicidad, a la estructura de negocio y a la actividad profesional fuera del territorio de colegiación.

Después de un tortuoso proceso prelegislativo, marcado por la férrea oposición de las organizaciones profesionales, la propuesta del Tribunal se introdujo finalmente mediante el Decreto-Ley 5/1996, confirmado más tarde por la Ley 7/1997, de liberalización de los Colegios Profesionales.¹²²

El eje en torno al cual gira esta reforma lo constituye, sin duda alguna, el principio general de sometimiento de la actividad profesional al Derecho de la competencia. En concreto, este principio general se formula en los siguientes términos: “[e]l ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal.”¹²³ Sin embargo, la propia Ley limita inmediatamente el alcance de este principio al establecer que “[l]os demás aspectos del ejercicio profesional continuarán rigiéndose por la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión aplicable.”¹²⁴

En este punto, resulta fundamental señalar que la redacción actual de la Ley 7/1997 es el resultado de un proceso de progresivo aguamiento o dilución del contenido liberalizador que poseía la propuesta inicial formulada por el TDC, proceso que se manifiesta a lo largo de la tramitación legislativa y prelegislativa de la reforma y que, en gran medida, es el producto de las presiones de las organizaciones colegiales.

121. TDC, INFORME SOBRE EL LIBRE EJERCICIO DE LAS PROFESIONES (1992), *disponible en* <http://www.tdcompetencia.es/otrosinformes/otrosinformes.asp> [en lo sucesivo INFORME SOBRE EL EJERCICIO LIBRE DE LAS PROFESIONES].

122. Real Decreto-Ley [R.D.L.] 5/1996, de 7 de junio (B.O.E. 1996, 139) (España), confirmado por la Ley Ordinaria [L.O.] 7/1997, de 14 de abril (B.O.E. 1997, 90) (España).

123. Apartado 1 del art. 5 del R.D.L. 5/1996 de 7 de junio; apartado 1 del art. 5 de la L.O. 7/1997 de 14 de abril.

124. Apartado 1 del art. 5 de la L.O. 7/1997 de 14 de abril.

A pesar de lo anterior, debe mencionarse que, con posterioridad a la Ley 7/1997, se han aprobado otras reformas de contenido liberalizador. En este sentido, merece la pena destacar el paquete de medidas liberalizadoras aprobado por el Gobierno el 23 de junio de 2000, en el que se incorporaban, entre otras muchas medidas, la potenciación de la colegiación única eliminando las barreras territoriales en forma de contraprestación económica, la admisión de la aplicación de descuentos en los aranceles notariales y la explícita declaración de la intermediación inmobiliaria como una actividad libre no reservada a ninguna profesión en exclusiva.¹²⁵

Un elocuente ejemplo de la tendencia a proyectar la normativa de la competencia sobre la actividad profesional lo constituye el nuevo Estatuto General de la Abogacía Española que el Gobierno ha aprobado recientemente mediante Real Decreto de 22 de junio de 2001, publicado en el BOE núm. 164, de 10 de julio.¹²⁶

El nuevo Estatuto reconoce expresamente que la abogacía es una profesión que se ejerce “en régimen de libre y leal competencia” (artículo 1) y, en coherencia con ello, elimina algunas de las principales restricciones a la competencia contenidas en el Estatuto de 1982, sobre todo en materia de honorarios (artículo 44), publicidad (artículo 25), sociedades profesionales (artículos 28 y 29) y colegiación única (artículo 17).¹²⁷

La segunda manifestación del protagonismo del TDC en la liberalización de las profesiones reside, según se ha avanzado, en la adopción por parte de dicho órgano de una interpretación favorable a la sujeción de los profesionales a la libre competencia. Esta interpretación ha sido la que ha hecho posible que la doctrina de este Tribunal en la materia haya experimentado una tremenda evolución que ha venido marcada por cuatro etapas que se distinguen por los siguientes rasgos: la primera por la inactividad del Tribunal, la segunda por la adopción de una interpretación amplia de la exención legal, la tercera por acoger una interpretación estricta de dicha exención y la cuarta por un activismo favorable a la aplicación de la normativa *antitrust*.

Así, la primera etapa, que abarcaría el período de vigencia de la Ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia de 1963, se

125. R.D.L. 6/2000, de 23 de junio (B.O.E. 1996, 151) (España). Ver Consejo General de la Abogacía Española, *Código Deontológico*, Aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 30 de junio de 2000, disponible en http://www.cgae.es/textos_leg/estatuto/cod_deont.htm; ver también Teresa Saintgermain, *La Clasificación Urbanística del Suelo tras las Medidas Liberalizadoras Adoptadas por el Gobierno Español*, INFORMACIÓN JURÍDICA, ECONÓMICA Y FISCAL [INJEF], 21 de julio de 2000, disponible en http://www.injef.com/revista/urbanismo/c_000721.htm.

126. R.D. 658/2001, de 22 de junio (B.O.E. 2001, 164) (España).

127. *Id.*; Arts. 17, 25, 28, 29, 44 del R.D. 2090/1982, de 24 de julio (B.O.E. 1982, 210) (España).

caracteriza por el escaso número de Resoluciones en el que el Tribunal examinó esta materia y por el hecho de que en todas ellas rechazó la existencia de actos restrictivos de la competencia.

La segunda etapa, que se extendería durante los primeros años de vigencia de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) de 1989, se caracteriza también por los escasos supuestos que se someten al TDC, pero se distingue por el hecho de que en todos estos supuestos dicho Tribunal consideró que las conductas restrictivas se hallaban amparadas por la exención legal contenida en el artículo 2.1 de la LDC.¹²⁸

La tercera etapa, que se iniciaría a partir de la publicación en 1992 del Informe sobre el ejercicio de las profesiones, supuso un cambio de orientación radical respecto a la etapa anterior, porque el Tribunal acogió una interpretación restrictiva de la mencionada exención legal, lo que permitió que se emitieran las primeras Resoluciones que sancionaban la realización de conductas anticompetitivas por parte de Colegios Profesionales.¹²⁹

Finalmente, la cuarta etapa, que se iniciaría desde la entrada en vigor del Decreto-Ley 5/1996 y la Ley 7/1997, se caracteriza por consolidar definitivamente la posición del TDC e impulsar su política de control de la legalidad anticompetitiva de las actuaciones colegiales, lo que se ha traducido en un elevado número de Resoluciones en la materia y en la frecuente imposición de sanciones a Colegios Profesionales.¹³⁰

El análisis de las más de sesenta Resoluciones emitidas por el TDC en materia del ejercicio de las profesiones permite extraer numerosas conclusiones no sólo jurídicas, sino también sociológicas. Aquí me limitaré a comentar algunas de las más sobresalientes. Desde una perspectiva sociológica, cabe destacar las siguientes:

En primer lugar, las Resoluciones afectan a un amplio abanico de profesiones, que abarca profesiones jurídicas (abogados, procuradores, gestores administrativos, notarios y corredores de comercio); profesiones técnicas (arquitectos, aparejadores e ingenieros); profesiones médicas (médicos, odontólogos, estomatólogos, ópticos, diplomados de enfermería y veterinarios); así como profesiones relacionadas con el sector inmobiliario (agentes de la propiedad inmobiliaria, administradores de fincas y expertos inmobiliarios).

En segundo lugar, existen determinadas profesiones que han sufrido especialmente el acoso del TDC. Principalmente, sin lugar a dudas, los

128. Art. 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia [LDC] 16/1989, de 17 de julio (B.O.E. 1989, 170) (España).

129. Ver INFORME SOBRE EL LIBRE EJERCICIO DE LAS PROFESIONES, *supra* nota 121.

130. R.D.L. 5/1996 de 7 de junio; L.O. 7/1997 de 14 de abril.

arquitectos, que han sido objeto de más de veinte Resoluciones, referidas en la mayoría de las ocasiones a diversas modalidades de restricción a la libre fijación de honorarios. A continuación, en un lugar muy destacado, se encuentran los agentes de la propiedad inmobiliaria, que juntamente con los expertos inmobiliarios y los administradores de fincas, han sido objeto de más de diez Resoluciones, referidas en la mayoría de los casos a restricciones en forma de reserva de actividad en exclusiva. Finalmente, deben mencionarse también los abogados, que cuentan con seis Resoluciones, relativas a diversas restricciones en materia de publicidad, de actuación fuera del ámbito territorial de colegiación y de reserva de actividad.

En tercer lugar, y en cuanto al tipo de restricción, merece la pena destacar que las más frecuentes han sido, con diferencia, las relacionadas, directa o indirectamente, con la libre fijación de honorarios. En esta materia, se han detectado unas treinta y cinco Resoluciones, más de la mitad del total de Resoluciones dictadas. Las restricciones afectadas son de lo más variado: fijación colectiva de honorarios, condicionamiento del visado de proyectos al cumplimiento de las normas colegiales de honorarios, cobro obligatorio a través del Colegio Profesional, condicionamiento de las venias o autorizaciones al previo pago de los honorarios, etc. Las restantes Resoluciones se reparten de forma uniforme entre diferentes restricciones, entre las que destacan las relativas a la reserva de actividad, a la publicidad, al ejercicio asociado o a la actuación fuera del ámbito de colegiación.

IV. REVISIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN DE LAS PROFESIONES

Una vez analizada la tendencia, tanto en el ámbito nacional, como en el internacional, hacia la sujeción de la actividad profesional a la normativa de la libre competencia, en las siguientes páginas se desarrolla una propuesta de revisión crítica de la regulación de las profesiones dirigida a eliminar todas aquellas restricciones de la competencia que carecen de justificación. Con esta finalidad, se examina la racionalidad económica que justifica la existencia de la mencionada regulación, para después proponer una serie de criterios generales sobre la base de los cuales revisar la legitimidad de las restricciones a la competencia contenidas en la misma, al objeto de desactivar todas aquellas restricciones que no respondan adecuadamente a los referidos criterios generales.

Esta propuesta de revisión tiene como destinatarios, de un lado, a los reguladores, sean poderes públicos (estatales o autonómicos), sean organizaciones colegiales, en su función de establecer, modificar o eliminar categorías genéricas de restricciones a la competencia; y, de otro lado, a los órganos de aplicación de la regulación de las profesiones, con especial referencia evidentemente a los órganos de control de la normativa de la

competencia, en su función de supervisar la adecuación de unas determinadas restricciones a la competencia.

A. Racionalidad económica de la regulación de las profesiones

1. Fallos del mercado de los servicios profesionales

Tradicionalmente, la exclusión de la actividad profesional del ámbito de aplicación de la normativa de la competencia se ha justificado mediante argumentos fundamentalmente espirituales, basados en el carácter intelectual y personal de la prestación de servicios profesionales, en el carácter altruista y desinteresado de dicha prestación, en la inestimabilidad de dichos servicios, en la relación de confianza que se origina entre cliente y profesional o en los valores deontológicos de la profesión, entre los que destacan la dignidad y el honor.

Sin embargo, la regulación de la actividad profesional y, en particular, el establecimiento en dicha regulación de restricciones a la competencia posee una justificación económica.¹³¹ Esta regulación tendría por finalidad

131. Sobre el planteamiento que en adelante se expone, inspirado en el análisis económico del Derecho, en la literatura estadounidense, ver George A. Akerlof, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism* [*El Mercado para "Limones": Incertidumbre de Calidad y el Mecanismo De mercado*], 84 Q. J. ECON. 488 (1970) (traducido al español en *El mercado de limones: incertidumbre en la calidad y el mecanismo de mercado*, 36 ICE 37 (1987)); Michael R. Darby y Edi Karni, *Free Competition and the Optimal Amount of Fraud* [*Competencia Libre y la Cantidad Óptima de Fraude*], 16 J. L. & ECON. 67 (1973); Hayne E. Leland, *Quacks, Lemons, and Licensing: A Theory of Minimum Quality Standards* [*Curanderos, Limones, y Licenciaturas: Una Teoría de Normas de Calidad Mínimas*], 87 THE J. POL. ECON. 1328 (1979); R. C. O. Matthews, *The Economics of Professional Ethics: Should the Professions be More Like Business?* [*La Economía de Ética profesional: ¿Deberían las Profesiones ser más bien Negocio?*], 101 THE ECON. J. 737 (1991); Richard A. Epstein, *The Legal Regulation of Lawyers' Conflicts of Interest* [*La Regulación Legal de los Conflictos de interés de los Abogados*], 60 FORDHAM L. REV. 579 (1992); Ronald J. Gilson y Robert H. Mnookin, *Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation* [*Disputa Por Agentes: Cooperación y Conflicto Entre Abogados en Pleito*], 94 COLUM. L. REV. 509 (1994); Jonathan R. Macey y Geoffrey P. Miller, *Reflections on Professional Responsibility in a Regulatory State* [*Reflexiones sobre Responsabilidad Profesional en un Estado Regulador*], 63 GEO. WASH. L. REV. 1105 (1995); Jonathan R. Macey y Geoffrey P. Miller, *An Economic Analysis of Conflict of Interest Regulation* [*Un Análisis Económico de Regulación de Conflicto de interés*], 82 IOWA L. REV. 965 (1997); Donald C. Langevoort y Robert K. Rasmussen, *Skewing the Results: The Role of Lawyers in Transmitting Legal Rules* [*Sesgar los Resultados: El Papel de Abogados en Transmisión de Normas jurídicas*], 5 S. CAL. INTERDISC. L. J. 375 (1997); Larry E. Ribstein, *Ethical Rules, Agency Costs, and Law Firm Structure* [*Reglas Éticas, Gastos de Agencia, y Estructura de Firma de Derecho*], 84 VA. L. REV. 1707 (1998).

Ver también los siguientes Informes de ámbito internacional sobre profesiones y competencia: INFORME SOBRE REFORMA REGULADORA DEL OCDE, *supra* nota 10; COMPETENCIA EN SERVICIOS

corregir los riesgos de que se produzcan *market failures* (*fallos del mercado*) que reduzcan la calidad de los servicios profesionales. Estos fallos pueden agruparse, esencialmente, en dos categorías: la existencia de *asimetrías informativas* y la generación de *externalidades*.

a. *Asimetrías de la información*

Las asimetrías informativas tienen su origen en el conflicto de intereses que surge en las relaciones entre el profesional y el cliente. En la terminología de la teoría económica, estas relaciones constituyen una típica relación de agencia, en la que el cliente (principal) encarga al profesional (agente) la gestión de sus intereses. En este tipo de relaciones se generan unos costes de transacción denominados costes de agencia, que son aquellos en los que el principal debe incurrir para evitar las conductas oportunistas de los agentes al actuar en interés propio y en detrimento del principal. En este contexto, las relaciones entre profesional y cliente se caracterizan por generar unos elevados costes de agencia como consecuencia de las asimetrías informativas que surgen en esta relación. Ciertamente, estas asimetrías no son privativas del sector de los servicios profesionales, pero en este sector se manifiestan de una forma particularmente intensa.

En efecto, en la relación profesional el cliente tiene en general una enorme dificultad para evaluar la calidad de los servicios profesionales que le ofrecen, en ocasiones incluso después de haberlos adquirido. Los servicios profesionales consisten en la aplicación de unos determinados conocimientos a un caso concreto siendo muy difícil medir el resultado teniendo en cuenta la individualidad del profesional y la especificidad del supuesto concreto, lo que imposibilita una valoración estandarizada de resultados. Dicho de otro modo, la relación existente entre la actividad desarrollada por el profesional y el resultado obtenido por el mismo a menudo no viene predeterminada. Así, por ejemplo, a pesar de esforzarse al máximo, ni los mejores médicos pueden curar a todos los pacientes, ni los mejores abogados pueden ganar todos los litigios. En principio, la única manera de calibrar tales servicios sería someterlos a la evaluación de otro profesional solicitando una segunda opinión, pero es obvio que este mecanismo incrementaría enormemente el coste de los servicios. Por este

PROFESIONALES, *supra* nota 10; LECG LTD., *supra* nota 93; OFT, *supra* nota 101; AGCM INVESTIGACIÓN COGNOSCITIVA No 5400, *supra* nota 110.

Entre nosotros, CÁNDIDO PAZ-ARES, EL SISTEMA NOTARIAL: UNA APROXIMACIÓN ECONÓMICA 67 et seq. (Colegios Notariales de España 1995); CAMPINS VARGAS, *supra* nota 1, en 148-65; Francisco Marcos, *La Lucha Contra las Restricciones a la Libre Competencia en el Mercado de Servicios Profesionales*, GJ, mayo-junio 2002, No 219, en 22-35, *passim*.

motivo, los servicios profesionales suelen incluirse dentro de la categoría de los denominados *credence goods* (*bienes de confianza o de crédito*).

Esta disparidad informativa sitúa al cliente en una posición de debilidad y de dependencia respecto del profesional, lo que puede acabar provocando fallos del mercado consistentes en una reducción de la calidad de los servicios profesionales. En primer lugar, la dificultad de los clientes para evaluar la calidad de los servicios conduce a que la elección del profesional se realice, no en función de la calidad, sino del precio, pues este último se convierte en el único elemento que resulta sencillo de valorar para el cliente. Esta circunstancia desincentiva a los profesionales para diferenciarse de los demás en función de la calidad y les lleva a centrarse únicamente en el precio como factor competitivo, obligándoles a rebajar la calidad para mantenerles en el mercado, lo que acaba conduciendo a una situación de reducción de la calidad media de los servicios profesionales, llegándose a lo que se denomina “mercado de los limones”, esto es, una situación de competencia destructiva consistente en una reducción de los precios que genera una reducción de la calidad de los servicios. En segundo lugar, la incapacidad del cliente de medir la calidad de los servicios puede incentivar al profesional a suministrar más servicios de los que son efectivamente necesarios con la única finalidad de incrementar sus ingresos. Por último, todo lo anterior lleva a los consumidores a reducir el consumo de servicios profesionales.

b. Externalidades

Por otra parte, la segunda categoría de fallos del mercado que pueden surgir en el sector de los servicios profesionales lo constituyen las externalidades, es decir, los efectos que la prestación de estos servicios puede generar sobre terceros que no están directamente involucrados en la relación entre profesional y cliente. Este riesgo se fundamenta en que la relación profesional de carácter bilateral suele ser, en realidad, más compleja y conflictiva, porque despliega sus efectos sobre terceros, lo que puede convertirla en multilateral.

Estas externalidades surgen especialmente cuando la prestación de servicios profesionales no sólo constituye una actividad privada, sino que además o bien constituye al mismo tiempo una actividad total o parcialmente pública, o bien posee una gran trascendencia pública.

El primer caso es el de los que más arriba se denominaban ejercentes privados de función pública o funcionarios de arancel y, esencialmente, los notarios y registradores. El segundo caso lo constituyen todas aquellas profesiones estrechamente vinculadas a valores públicos tan esenciales como la justicia o la salud y, particularmente, abogados y médicos.

Un significativo ejemplo de esta segunda categoría de actividad profesional es la prestación de servicios de auditoría: la empresa auditada puede verse tentada a reducir costes solicitando del auditor un servicio de baja calidad, lo cual puede tener un impacto negativo sobre los acreedores o los inversores de dicha empresa, los cuales carecerán de una información fidedigna sobre la situación económica de la empresa.

2. Mecanismos correctores de los fallos del mercado

a. Mecanismos regulatorios

Según se ha avanzado, la regulación de las profesiones cumple la función de evitar el riesgo de que se produzcan los mencionados fallos del mercado en forma de asimetrías informativas o de externalidades, garantizando de este modo un nivel mínimo de calidad de los servicios profesionales. Así, en primer lugar, la exigencia de una titulación garantiza que el profesional posee los conocimientos y las aptitudes necesarios para desarrollar la actividad profesional. En segundo lugar, la delegación en los Colegios Profesionales de facultades de control, concretamente facultades normativas y disciplinarias, constituyen ulteriores mecanismos de garantía de la calidad de los servicios profesionales. De este modo, los Colegios tienen entre sus funciones, por un lado, la de ordenar la profesión estableciendo sistemas de acceso a la misma y aprobando códigos deontológicos de conducta y, de otro, la de sancionar eventuales incumplimientos de las específicas normas de ordenación, sanciones que pueden consistir incluso en la expulsión temporal o definitiva del mercado. La facultad de ordenación de la profesión permite imponer a los profesionales unos estándares mínimos de calidad en defensa de los clientes; mientras que la facultad disciplinaria permite sancionar a los que incumplan con tales estándares.

En este punto debe recordarse que el modelo de regulación adoptado podía basarse en una fórmula parcialmente alternativa consistente en la asunción por parte de la propia Administración de las mencionadas facultades normativas y disciplinarias asumidas actualmente por los Colegios. La fórmula de los Colegios Profesionales, frente a la de la Administración, presenta como ventajas la mayor sensibilidad de los profesionales ante las peculiaridades de cada sector específico y el menor coste del control, que es asumido por los propios profesionales. Sin embargo, los inconvenientes de esta fórmula se concentran en el riesgo de que una actitud corporativista pueda convertir la protección del interés general en pretexto suficiente para permitir la defensa de los intereses particulares de los profesionales.

b. *Mecanismos no regulatorios*

La regulación de las profesiones no constituye el único mecanismo con el que puede afrontarse el riesgo de que se produzcan fallos en el mercado de servicios profesionales. Así, cabe pensar también en mecanismos no regulatorios, entre los que destacan la adquisición o mantenimiento de una buena reputación en el mercado de los servicios, la interposición por parte del cliente de una acción de responsabilidad civil por daños causados por el profesional, la prestación de garantías por parte de los profesionales, la divulgación pública de información sobre la calidad de los servicios profesionales mediante publicaciones de consumidores de estos servicios y la distribución de los encargos entre diversos profesionales a fin de contrastar la calidad de los mismos.

Sin embargo, estos mecanismos presentan ciertos inconvenientes que los hacen menos eficaces que el método regulatorio, inconvenientes que son especialmente graves en los casos de servicios profesionales complejos, cuya calidad resulta difícil o imposible de evaluar antes de su adquisición, y con respecto a consumidores que carecen de información y no poseen recursos para controlar la calidad de la prestación.

Así, en primer lugar, es verdad que la reputación supone para los profesionales un enorme incentivo para prestar servicios de calidad, porque de no hacerlo así la consecuencia con la que se enfrentan no se limita a la pérdida del cliente concreto de que se trate, sino los eventuales futuros clientes que dejarán de llegar atraídos por la reputación. Sin embargo, este mecanismo no garantiza de forma efectiva que los profesionales siempre presten sus servicios de acuerdo con el estándar de calidad marcado por su reputación, lo que puede causar daños irreparables a los clientes que sufren esta circunstancia.

En segundo lugar, aunque la acción de responsabilidad civil ciertamente ofrece una compensación a los clientes que sufren daños a causa de la prestación de servicios de baja calidad, este mecanismo presenta diversas limitaciones. Por un lado, opera *a posteriori* (*posteriormente*), por lo que en principio sólo proyecta sus efectos sobre los supuestos en que efectivamente se produce un daño. Y, por otro lado, posee un elevado coste, lo que desincentiva su utilización en los casos, ciertamente numerosos, en los que los daños generados son inferiores a dicho coste. En definitiva, la acción de responsabilidad, basada en una compensación que opera *a posteriori*, resulta menos efectiva a la hora de incentivar adecuadamente a los profesionales para mantener la calidad de sus servicios que la regulación de las profesiones, basada esencialmente en la utilización de mecanismos preventivos que actúan *a priori* (*anteriormente*).

En tercer lugar, tanto la prestación de garantías por parte de los profesionales, como la divulgación pública de información sobre la calidad

de los servicios profesionales también presentan algunas limitaciones y, en particular, la antes mencionada dificultad de valorar los servicios profesionales a la vista de que generalmente no constituyen servicios que se presten de forma estandarizada o uniforme, sino que dependerán de las circunstancias concretas de cada caso. Además, estos mecanismos pueden representar un coste extraordinariamente elevado para los profesionales de pequeñas dimensiones.

Finalmente, la distribución de los encargos entre diversos profesionales a fin de contrastar la calidad de los mismos se muestra como un mecanismo eficaz solamente para aquellos clientes que, como las empresas, son consumidores habituales de servicios profesionales y disponen de recursos y experiencia suficiente para evaluar la calidad de dichos servicios. En cambio, este método no resulta útil para los consumidores individuales, que por lo general no se encuentran en condiciones de efectuar dicha valoración.

B. Criterios de revisión de las restricciones a la competencia

1. Principio *pro libertate* (para libertad)

La regulación de las profesiones debe inspirarse en el principio *pro libertate*. Tal y como se ha apuntado más arriba, este principio encuentra su fundamenta en la regulación constitucional de las profesiones y, en concreto, en una interpretación conjunta de los preceptos que contemplan la libertad de profesión (artículo 35 Constitución Española, CE), la libertad de empresa (artículo 38 CE), así como los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas (artículo 36 CE).¹³² El principio *pro libertate* viene reforzado, además, por el reconocimiento constitucional de la libertad como valor supremo del ordenamiento (artículos 1 CE).¹³³

La principal consecuencia de la vigencia del principio *pro libertate* en la actividad profesional reside en que la libertad, como principio rector de dicha actividad, constituye la regla general y, por tanto, debe ser objeto de una interpretación amplia; mientras que las limitaciones a la libertad constituyen excepciones a dicha regla general y, en consecuencia, deben someterse a una interpretación estricta. En concreto, en materia de restricciones a la competencia en el ejercicio de las profesiones, el principio *pro libertate* implica que, en general, la actividad profesional debe desarrollarse en régimen de amplia y plena libertad de competencia, y que cualquier restricción a la misma debe considerarse como una excepción sujeta a una interpretación estricta.

132. En este sentido, *ver* Olavarria y Viciano, *supra* nota 16, en 208–16.

133. CONSTITUCIÓN [C.E.] [Constitución] arts. 1 (España).

Según ha reconocido expresamente la jurisprudencia constitucional, las excepciones al principio de libertad contenidas en la regulación de las profesiones y, en especial, las restricciones a la libre competencia en el ejercicio de las mismas, se hallan sujetas esencialmente a dos límites que se analizan a continuación: un límite formal, la reserva de ley, y otro material, la satisfacción del interés público.

2. Límites de las excepciones al principio *pro libertate*

a. *Límite formal: reserva de ley*

Según se ha dicho más arriba, los preceptos constitucionales que se ocupan de las profesiones exigen de forma expresa que su regulación venga contenida en normas con rango de Ley (artículos 35, 36 y 38 CE, en conexión con artículo 53.1 CE).¹³⁴ Tal y como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional de España, esta reserva de ley no excluye que el legislador se remita a normas reglamentarias, aunque sí impide que tal remisión haga posible “una regulación independiente, y no claramente subordinada a la ley”.¹³⁵ Por este motivo, las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria deben limitar el ejercicio de esta potestad a un mero “complemento de la regulación legal.”¹³⁶

La proyección de estas ideas sobre las restricciones a la competencia en el ejercicio de las profesiones conduce ineludiblemente a concluir que estas restricciones deben venir recogidas, o bien en una norma legal, o bien en una norma reglamentaria (por ejemplo, colegial), que posea lo que la jurisprudencia constitucional denomina “habilitación legal suficiente”.

En este sentido, el hecho de que el legislador atribuya explícitamente a los Colegios Profesionales la función de ordenación de la profesión (artículo 3 LCP) no legitima el establecimiento de restricciones a la competencia por parte de estas organizaciones, porque se trata de una habilitación legal de carácter genérico, que en modo alguno puede entenderse suficiente, en virtud de la antes mencionada interpretación estricta a la que deben someterse las excepciones al principio de libertad en materia de regulación de las profesiones.¹³⁷ De este modo, los Colegios Profesionales deben poseer una habilitación legal de carácter específico para poder limitar legítimamente la libertad de competencia en el ejercicio

134. C.E. arts. 35, 36 y 38, en conexión con C.E. art. 53.1 (España).

135. STC, 24 de julio 24 de 1984 (B.O.E., No 83/1984), sec. II, párrafo 4 (España).

136. *Id.*

137. Art. 3 de la Ley sobre Colegios Profesionales [LCP] 2/1974, de 13 de febrero (Jefatura), (B.O.E. 1974, 40) (España).

de las profesiones. En virtud también de la mencionada interpretación estricta, en caso de duda sobre si una específica restricción se halla o no amparada por una habilitación legal suficiente, debe optarse por considerar que tal habilitación no existe.

Esta interpretación estricta ha sido expresamente acogida por el TDC en el enjuiciamiento de las restricciones contenidas en normas colegiales, al negar la existencia de habilitación legal suficiente cuando tales restricciones no venían amparadas en una norma legal. Yendo todavía más allá, recientemente el propio legislador ha llevado esta interpretación al máximo rigor. En efecto, la reforma de 1999 de la Ley sobre Colegios Profesionales (LDC) ha restringido el ámbito de conductas restrictivas de la competencia exentas de prohibición únicamente a los supuestos en que así resulte “de la aplicación de una Ley,” eliminando el inciso que permitía considerar exentas las conductas restrictivas realizadas en virtud de “disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley” (artículo 2.1 LDC).¹³⁸

b. Límite material: interés público

Según ha establecido la jurisprudencia constitucional, la regulación de las profesiones, tanto si se halla contenida en una norma legal como reglamentaria, debe basarse en criterios de interés público. Sin embargo, ni el Tribunal Constitucional, ni los órganos jurisdiccionales han delimitado con precisión el contenido de este límite material genéricamente referido al interés público.

En relación con las restricciones a la competencia contenidas en la regulación de las profesiones, y como expresamente ha reconocido el TDC en su Informe de 1992, el mencionado interés público se manifiesta esencialmente en la idea de garantizar la calidad de los servicios profesionales, con el fin de proteger a los consumidores de dichos servicios frente a los riesgos de que se produzcan los fallos de mercado antes comentados.¹³⁹ Sin embargo, determinar si una específica restricción a la competencia se halla o no justificada por dicho interés público requiere de una compleja valoración que podría denominarse *test de calidad* y que se describe en los siguientes apartados.

Antes, sin embargo, conviene mencionar que la exigencia de un interés público excluye de plano la regulación de las profesiones dirigida a introducir restricciones a la competencia con la finalidad de proteger el interés privado de los profesionales y, en particular, el consistente en limitar la competencia con el objetivo de conceder a los profesionales un privilegio

138. LDC de 17 de julio.

139. INFORME SOBRE EL LIBRE EJERCICIO DE LAS PROFESIONES, *supra* nota 121.

en forma de monopolio que les permita apropiarse de los beneficios derivados de la explotación de este privilegio, las denominadas rentas monopolísticas, transfiriendo de este modo la riqueza de los consumidores a los profesionales. A pesar de que las organizaciones colegiales están legitimadas para defender los intereses privados de sus miembros, esta circunstancia no les autoriza a utilizar su potestad normativa para restringir la competencia en beneficio de los profesionales y en perjuicio de los consumidores.

V. CONCLUSIONES

La sujeción de la actividad profesional a la normativa de la competencia es hoy un fenómeno irreversible. Este fenómeno ha provocado que la fuerte regulación a la que tradicionalmente se halla sometida dicha actividad esté siendo objeto de un proceso de liberalización, dirigido a eliminar las restricciones a la competencia que no poseen una justificación fundamentada en criterios de interés público.

Sin embargo, este proceso de liberalización está encontrando serios obstáculos a causa de la radical oposición de algunas organizaciones colegiales, que pretenden mantener las limitaciones a la competencia en el ejercicio de las profesiones. En buena parte de los casos, estas limitaciones tienen como única justificación la salvaguarda de intereses privados consistentes en la conservación de los tradicionales privilegios, sin que en realidad existan razones de interés público que permitan fundamentar su mantenimiento.

La experiencia internacional demuestra precisamente la enorme evolución que ha experimentado esta materia, sobre todo en esta última década, y, al mismo tiempo, los numerosos avances que todavía quedan por realizar. La prueba más palpable de esta situación lo constituye el hecho de que, incluso en los países más avanzados en esta materia, en los que el proceso de liberalización lleva más de treinta años de vigencia, todavía siguen existiendo numerosas restricciones a la libre competencia que carecen de toda justificación.

En consecuencia, la tensión entre la tradición reguladora y la tendencia liberalizadora hacen de esta materia una cuestión compleja y polémica, en la que todavía queda mucho camino por recorrer.

En España, la tendencia liberalizadora es muy reciente. Aunque, en principio, el marco normativo favorecía dicha tendencia, ésta sólo ha ido imponiendo paulatinamente, impulsada en gran medida por la interpretación progresista acogida por la mayoría de las jurisdicciones competentes, comenzando por el Tribunal Constitucional, y siguiendo por los tribunales de la jurisdicción civil y contencioso-administrativa.

En este punto, merece la pena destacar la importancia del TDC, que en todo momento ha desarrollado una política militante en favor de la liberalización de la actividad profesional. El símbolo de esta política es, sin duda, el Informe sobre esta materia elaborado en 1992 por Tribunal. A raíz de este Informe, el TDC, de un lado, impulsó la reforma que finalmente desembocó en la promulgación de la Ley 7/1997, de liberalización de los Colegios Profesionales; y, de otro, modificó radicalmente su doctrina, acogiendo una interpretación amplia que le ha permitido supervisar con la máxima energía el cumplimiento de la normativa de la competencia en el sector profesional.

Sin embargo, la liberalización impulsada por el TDC posee límites significativos. Por una parte, las ambiciosas propuestas de reforma formuladas por este Tribunal fueron acogidas por el legislador, pero solamente después de someterlas a un proceso de dilución de su contenido liberalizador, a instancias de algunas de las organizaciones profesionales. Por otra parte, la supervisión del TDC se encuentra poderosamente limitada por el amparo legal que todavía conservan algunas de las restricciones a la competencia más significativas.

En este contexto, el presente estudio propone efectuar una revisión crítica de la regulación de las profesiones, con la finalidad de eliminar todas aquellas restricciones a la competencia en el sector profesional que no se hallen fundamentadas en el interés público. Esta revisión crítica se estructura, esencialmente, en torno a un criterio general de valoración que se denomina *test de calidad*. En virtud de este criterio, las restricciones a la competencia constituyen excepciones al principio general de la libre competencia y, como tales, únicamente pueden admitirse si poseen una justificación, cuya necesidad y proporcionalidad debe evaluarse en términos estrictos y argumentarse sobre la base de un análisis casuístico y empírico. En particular, las razones que permiten justificar las restricciones a la competencia consisten, fundamentalmente, en la necesidad de garantizar la calidad de los servicios profesionales en beneficio de los consumidores y de la sociedad en general, corrigiendo de este modo los fallos que se producen en el mercado de estos servicios a causa de las peculiaridades de los mismos.

Esta propuesta de revisión crítica tiene como principales destinatarios a los reguladores de la actividad profesional, sean éstos poderes públicos u organizaciones colegiales, aunque muy especialmente a estas últimas, pues tienen en sus manos la responsabilidad de ejercer sus funciones de acuerdo con criterios de interés público. La puesta en práctica de esta revisión permitiría llevar a cabo una segunda generación de reformas que conduciría a desactivar numerosas restricciones a la competencia que hoy todavía se mantienen vigentes, a pesar de carecer de toda justificación.

Esta propuesta de revisión se fundamenta en una constatación irrefutable: en los países en los que la regulación de la actividad profesional se ha caracterizado por su mayor flexibilidad el crecimiento de esta actividad ha sido muy superior al de aquéllos caracterizados por una mayor rigidez. Esta circunstancia ha convertido a los países con una regulación flexible en exportadores de servicios profesionales y a aquellos con una regulación rigurosa en importadores de dichos servicios.

El ejemplo más elocuente de esta constatación nos lo proporciona el enorme éxito de los despachos de abogados anglosajones en el mercado internacional. La mayor flexibilidad de la regulación de las sociedades profesionales en Estados Unidos y el Reino Unido ha favorecido la creación de grandes despachos de abogados caracterizados por su mayor competitividad, lo que a su vez ha sido uno de los principales factores que explican que estos dos países sean los mayores exportadores de servicios jurídicos. En cambio, la mayor rigidez de la normativa de los países de la Europa continental ha dificultado enormemente la creación de grandes despachos de abogados y, por tanto, ha favorecido el desembarco de despachos norteamericanos y británicos.

En definitiva, el tiempo ha demostrado que son las políticas liberalizadoras, y no las proteccionistas, las que realmente favorecen la competitividad del sector profesional, permitiendo con ello que este sector crezca e incremente la calidad de sus servicios, todo ello en beneficio de los consumidores, de los propios profesionales y, por tanto, de la sociedad en general.