

# PROFESIONES LIBERALES Y DERECHO DE LA COMPETENCIA: CRONICA DE (LA) SITUACION (\*)

JESUS OLAVARRIA IGLESIA  
JAVIER VICIANO PASTOR  
Profesores Titulares del Departamento  
de Derecho Mercantil "Manuel Broseta Pont"  
de la Facultad de Derecho de la Universitat de Valencia

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION. II. EL BLOQUE CONSTITUCIONAL: LA NECESARIA INTERPRETACION CONJUNTA DE LOS ARTS. 35, 36 Y 38 DE LA CE. III. EL AMBITO SUBJETIVO DE APLICACION DE LA LDC, LCD Y LGP. IV. LA SITUACION EN LA UNION EUROPEA Y LAS CONSECUENCIAS DEL GATS EN LA MATERIA. V. LA CUESTION EN EL DERECHO COMPARADO Y EL INFORME DE LA OCDE. VI. LA APLICACION DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LOS PROFESIONALES LIBERALES POR EL TDC. VII. LA LEY 7/1997: EL PROCESO DE REFORMA Y SU CONTENIDO. 1. Antecedentes de la Ley 7/97. 1.1 *El Informe del TDC*. 1.2. *Los antecedentes posteriores al informe del TDC*. 1.3. *La reacción a la reforma*. 2. El proceso de reforma y su contenido. 2.1. *Declaración general de aplicabilidad de las leyes generales del Derecho de la Competencia*. 2.2. *La reforma en materia de publicidad*. 2.3. *La reforma en materia de Competencia Desleal*. 2.4. *La reforma en materia de intrusismo*. 2.5. *La reforma en materia del ejercicio asociado de la profesión*. 2.6. *La reforma en materia de honorarios*. 2.7. *La reforma en materia de colegiación*. 2.8. *La reforma en materia de "visado"*.

---

(\*) El presente trabajo ha sido realizado expresamente para el número de esta revista dedicado al art. 36 de la CE coordinado por el profesor Vicente Cuñat Edo, y en el marco del proyecto de investigación GV-3182/95 "Aspectos jurídico-mercantiles de la desregulación en España", financiado por la Generalitat Valenciana (Programa de Proyectos de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico), cuyo investigador principal es el profesor doctor don Francisco Vicent Chuliá.

## I. INTRODUCCION

La Ley 7/1997, de 14 de abril (1), introduce, entre otras modificaciones a la Ley de Colegios Profesionales (2), un nuevo párrafo segundo en su artículo 2.1 en cuyo primer inciso se declara que "el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia (3) y a la Ley sobre Competencia Desleal" (4-5).

Se puede afirmar, por tanto, que para la ley que se encuentra en el vértice superior de nuestro sistema jurídico profesional, los profesionales liberales en el llamado ejercicio libre de la profesión pueden y deben ser calificados como empresas-empresarios o si se quiere, utilizando un eufemismo muy en boga, como "operadores económicos", y los Colegios que los agrupan, aun siendo calificados por la LCP como Corporaciones de derecho público y ser generalmente de adscripción obligatoria, pueden y deben ser calificados de asociaciones de empresas.

Estas afirmaciones habrían sido calificadas no hace muchos años, incluso en una gran mayoría de círculos jurídicos, de verdadera "burrada" jurídica, y todavía hoy es posible que reciban esta calificación. Nada más lejos del pensamiento general-unánimemente aceptado a lo largo de muchos años y hasta no hace mucho tiempo que la calificación como empresa-empresario de los sujetos-profesionales liberales. Y es que como se señalaba ya hace ahora veinte años existe una arraigada tendencia que tradicionalmente induce a los profesionales a distinguirse de las categorías mercantiles (6). Todavía hoy resue-

---

(1) Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales (BOE, núm. 90, de 16 abril de 1997, p. 11773). En adelante, Ley 7/97.

(2) Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios profesionales (BOE, núm. 40, de 15 de febrero de 1974), modificada por la CE Ley 74/1978, de 26 de diciembre (BOE, núm. 10 de 1979, de 11 de enero.) (En adelante LCP.)

(3) Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE, núm. 170, de 18 de julio). En adelante, LDC.

(4) Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE, núm. 10, de 11 de enero). En adelante, LCD.

(5) Como veremos, *infra*, en alguno de los Proyectos de Ley que pueden considerarse antecedentes de la Ley 7/1977, se establecía, además la sujeción a la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad (BOE, núm. 274, de 15 noviembre). En adelante, LGP.

(6) SCHIANO DI PEPE, G., *Le società di professionisti. Impresa professionale e società fra professionisti*, Milano, 1977, p. 20.

nan y encuentran eco argumentos muy parecidos a los contenidos en las “bellas” palabras con que una sentencia italiana de hace más de cien años (7) rechazó la constitución de una sociedad anónima de abogados:

«Demasiado elevado es el concepto que el Tribunal tiene de la dignidad de la función del abogado, ministerio que debe tener por única guía el sentimiento del deber, llamado por la ley a iluminar y colaborar con la magistratura en la búsqueda de la verdad, que tiene el patrocinio del honor, de la libertad y del patrimonio de los ciudadanos, todo lo cual repugna con cualquier concepto de especulación y de comercio. Admitir que pueda autorizarse una sociedad anónima al respecto, sería una ofensa gravísima para la organización colegial y para cuantos del ejercicio de la abogacía han hecho el honor y el ideal de su vida» (8).

La concepción que se deduce de estas palabras se refleja con transparencia en la ciertamente compleja, abigarrada, dispersa y fragmenta-

(7) Sentencia del Tribunal de Torino, de 27 de agosto de 1895, citada por ANGULO RODRIGUEZ, L., “Los despachos colectivos de abogados y las normas colegiales”, en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Universidad de Granada, 1993, p. 329.

(8) Palabras y argumentos no muy alejados de los utilizados por la Resolución de la DGRyN, de 1 de agosto de 1922, por la que se negaba la inscripción de la escritura de constitución de una sociedad regular colectiva formada por siete médicos y un farmacéutico cuyo objeto social era “la prestación a terceras personas que con ellos contraten, ya sea en concepto de igualados o no, de los servicios de asistencia médico-farmacéutica y de entierro”. Para la DGRyN la prestación de asistencia médico-farmacéutica “está muy alejada del verdadero concepto de acto mercantil”, añadiendo que “si la salud y la conservación de la vida es un bien en la acepción general, no es un bien económico en sentido jurídico, ni puede constituir objeto de cambio”. Pero, además, la DGRyN niega la calificación mercantil de la sociedad “por la índole de la profesión de la medicina y la farmacia, profesiones reguladas en cuanto a su capacitación técnica y ejercicio por leyes y reglamentos especiales que excluyen el principio del libre ejercicio del comercio”. Y no está mal recordar que, entre otros argumentos, el Registrador había dicho que en la sociedad “no hay nada que revele un propósito genuinamente mercantil, sino el aunar varios profesionales su inteligencia y esfuerzo en pro de la humanidad doliente, obteniendo en cambio una remuneración debida a la labor del hombre de ciencia”. Véase, un breve comentario a esta Resolución comparándola con la de 2 junio de 1986, en el que se puede apreciar el cambio de mentalidad operado entre ambas Resoluciones, en OLAVARRIA IGLESIA, J., “Las sociedades profesionales: *Intuitus personae*, libertad de empresa y cambio en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, en *El ejercicio en grupo de profesionales liberales*, Granada, 1993 (en donde se recoge las ponencias y comunicaciones presentadas al Congreso que con el mismo nombre se celebró en Granada el 24, 25 y 26 de noviembre de 1991), pp. 261 y ss.

ria legislación sobre profesionales liberales (9). Este ordenamiento profesional respondía y, en buena medida, sigue respondiendo (10) a un modelo de profesional liberal que ha atravesado, permaneciendo casi invariado, más de un siglo de la historia española, comprendiendo realidades ocupacionales bastante diferentes en las formas de ejercicio, en su base cognoscitiva, en el tipo y en la extensión del llamado monopolio profesional, así como en el *status* social ocupado por los diferentes profesionales. La misma intervención del Estado en el ejercicio de las actividades profesionales, en un inestable equilibrio entre la concesión de simples privilegios corporativos y la delegación de funciones públicas, nos muestra, por lo demás, la ambigüedad de fondo de un sistema cuyas funciones y finalidades jamás han estado desprovistas de una real voluntad de “restatement”.

Una legislación y un sistema en los que, en línea de principio, se puede constatar con cierta facilidad posibles contradicciones entre las reglas que presiden el ejercicio profesional y las normas del Derecho de la competencia (11), esto es, con las normas que, si hemos de hacer caso a lo que nos dice la Exposición de Motivos de la LDC, regulan un elemento consustancial al modelo de organización económica de nues-

---

(9) Gráficamente, exponen la situación del ordenamiento jurídico relativo a las profesiones liberales en relación con el sistema de fuentes, VILLAR PALASI, J. L. y VILLAR PALASI EZCURRA, J. L. (“Libertad constitucional del ejercicio profesional”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales. Madrid, 1991, pp. 1408 y ss.) cuando nos dicen: “toda la gama... de concurso y conflicto de normas se da en la realidad en lo concerniente a la libertad profesional, pues chocan principios generales contrapuestos y concurren al mismo tiempo normas de diferente rango, con jurisdicciones diferentes, en los que hay que analizar el criterio de aplicabilidad preferente, más que el de derogación de unas normas por otras. Cabalmente, es en el terreno de la libertad profesional donde se encuentra la más rica variedad de tipología de concurso y conflicto de normas para los que todavía no se ha elaborado una construcción dogmática suficientemente explicativa para evitar la fase decisional en el caso concreto y reservar la decisional a la norma”

(10) Utilizamos las palabras de VACCÀ, C., *Professionisti e società di servizi. Corsi e percorsi storici della disciplina giuridica*, Milano, 1990, p. 117, para referirse al caso italiano, pero aplicables sin dificultades al caso español.

(11) El concepto Derecho de la competencia es un concepto equívoco en cuanto que, según quién lo utilice, puede comprender distintas leyes. El Derecho de la competencia está, por supuesto, conformado por la LDC y la LCD, pero también por otras disposiciones legales y reglamentarias que regulan —para excluirla o para afirmarla— la libertad con que los operadores económicos participan en el mercado. En nuestra opinión, forman también parte del Derecho de la competencia en sentido amplio todas aquellas regulaciones públicas que de una u otra forma sustituyen el libre juego de los operadores en el mercado. Ver, para este concepto, VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública en la Economía*, Valencia, 1995, pp.261 y ss.

tra sociedad. Estas contradicciones encuentran, posiblemente, su causa en aquel pensamiento tradicional a que hemos hecho referencia un poco más arriba y del que deriva la convicción de que la competencia no garantiza, en este sector de la realidad, los mejores resultados desde un punto de vista social, y que sólo su especial regulación ha permitido y permite preservar la integridad de los profesionales y la calidad de sus servicios, salvaguardando, de este modo, los intereses públicos implicados. Convicción que se fundamenta conceptual y formalmente en la negación de la posibilidad de equiparar actividades profesionales con actividades empresariales, o dicho de otra manera, profesionales con empresarios, comerciantes, ¡"negociantes"! y, consiguientemente, en la negativa a considerar aplicable a los profesionales unas disciplinas jurídicas nacidas y desarrolladas para regular realidades muy diferentes de las de los profesionales

Pues bien, la Ley 7/197, aunque sólo nos fijemos en su título —ley de medidas liberalizadoras (...) en materia de Colegios Profesionales— y en su Exposición de Motivos, en la que, además de indicarnos que se trata de reconocer "con carácter general..., la sujeción del ejercicio de las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia", se afirma que determinados aspectos de la actual regulación de la actividad de los profesionales limitan la competencia y los califica "de rigideces difícilmente justificables en una economía desarrollada" supone, cuando menos aparentemente, un cambio radical en la visión con que nuestro sistema jurídico profesional contempla a las profesiones liberales.

En el presente trabajo vamos a dar cuenta, con un espíritu descriptivo más que analítico, del proceso por el que se ha introducido en España de una manera expresa la aplicación a los profesionales liberales de las normas reguladoras de la competencia y, sobre todo, los términos y los matices con que se ha introducido esta aplicación. Conviene, sin embargo, hacer una serie de consideraciones que necesariamente deben tener el carácter de previas.

En primer lugar, es necesario señalar, y lo comprobaremos en su momento, que no puede hablarse en el tema de nos ocupa del caso español. Ni la tradicional concepción que ha presidido, preside y, posiblemente, y en buena medida, seguirá presidiendo el modelo de profesional liberal, es una especialidad española, ni tan siquiera exclusivamente europea, ni la introducción del Derecho de la competencia como marco regulador de referencia para el ejercicio de estas profesiones es una ocurrencia más o menos "exótica" del legislador español, tal y como en algunas ocasiones se ha querido presentar.

Una segunda precisión que es necesario realizar desde un primer momento, y que por el carácter general de la reforma de la Ley 7/1977 no podremos realizar en los términos que serían precisos, es la necesidad de "distinción" de profesión a profesión que deberá realizarse en el análisis de las "restricciones" a la competencia existentes en los "mercados" de las profesiones liberales, ya que de mercados, y no de mercado, es necesario hablar, so pena de caer en una inexacta "homogeneización" de problemáticas y sectores profesionales que son profunda y radicalmente distintos entre sí. Esto es, y tan sólo a modo de ejemplo, difícilmente se puede dar la misma solución al tema de la publicidad en el caso de los abogados que en el caso de los médicos o en el caso de los arquitectos, por poner tres ejemplos de profesiones liberales clásicas.

Finalmente, es necesario advertir que la materia que vamos a examinar difícilmente puede afrontarse desde posiciones apriorísticas o dogmáticas en relación tanto con la figura del profesional liberal como con relación al Derecho de la competencia. Creemos que se puede estar de acuerdo en considerar que lo que podríamos denominar cultura profesional (dignidad, valores éticos, desinterés, independencia, etc) es algo que debe ser preservado a toda costa como un valor inalienable de nuestra sociedad y de nuestra cultura. Pero, al mismo tiempo creemos que esos valores no pueden, no deben, ser utilizados, como a menudo sucede, de una forma interesada para impedir que nuestro ordenamiento jurídico ofrezca a los ciudadanos, a nuestras empresas y al propio mundo profesional los instrumentos que se necesitan para afrontar y, sólo en algunos casos, consolidar, las innovaciones y la modernización que la sociedad demanda con urgencia.

Estas innovaciones y esta modernización no deben considerarse, como con frecuencia hacemos, como un demérito, sino que, por el contrario, debe entenderse como una contribución al servicio del desarrollo armónico y equilibrado de nuestro país, más cuando en el campo profesional nos encontramos, en alguna medida por aquella interesada utilización arriba denunciada, en una situación de inferioridad en los desarrollos de las actividades profesionales con otros países que han afrontado el reto para enfrentarse a un "mercado" cada vez más abierto, sin que se pueda negar, salvo a través de una utilización demagógica de los hechos, que en esos países se realiza generalmente, y distinguiendo, por supuesto, de profesión a profesión, un ejercicio profesional con un alto grado de calidad y desde luego con unos niveles éticos, algunas veces difícilmente asimilables para nosotros, pero, en ningún caso, inferiores globalmente a los nuestros.

Pero tampoco, puede partirse, como decíamos, de posiciones jurídico dogmáticas del Derecho de la competencia. Dos ejemplos son suficientes. Considerar *per se* que la colegiación obligatoria es contraria en todos los casos al Derecho de la competencia, es desconocer tanto el verdadero alcance del Derecho de la competencia, como lo que sucede en los países de nuestro entorno. Considerar, por ejemplo, que toda fijación de precios por los colegios profesionales tiene que ser, también *per se*, contraria a las normas de defensa de la competencia, es desconocer que el Derecho de la competencia exige antes de la calificación de una determinada conducta un análisis previo del “mercado” donde la misma se realiza, y sólo en relación a dicho “mercado” concreto podrá emitirse el correspondiente “juicio antitrust” (12).

En definitiva, y como se señalaba hace poco (13), no parece dudoso que, si bien con algunas importantes cautelas, la competencia sea un valor a tutelar también en el ámbito profesional, y ello con el objetivo evidente de mejorar la calidad y, como ahora se dice, la “eficiencia” de los profesionales, objetivos que deben considerarse instrumentales de las específicas y esenciales “misiones” que los mismos desarrollan en la sociedad civil.

## II. EL BLOQUE CONSTITUCIONAL: LA NECESARIA INTERPRETACION CONJUNTA DE LOS ARTS. 35, 36 Y 38 DE LA CE

Si algo pone de manifiesto la lectura tanto de los antecedentes constitucionales españoles como de los textos constitucionales de otros países es que las materias contempladas por el artículo 36 de nuestra Constitución se encuentran en íntima conexión con el conjunto norma-

---

(12) Como mantiene VICIANO PASTOR, J. (*ob. cit.*, pp. 59-62) el Derecho de defensa de la competencia no deja de ser una intervención del poder público en el sistema económico en orden a proteger bienes jurídicos de interés público. Es el *sistema general de intervención* en el que se debe analizar caso por caso si la restricción de la competencia concluida es perjudicial para el sistema —y, por tanto prohibida— o si es beneficiosa —y, por tanto, autorizada—. Este “juicio antitrust” debería también realizarse en aquellas disposiciones legislativas o reglamentarias que excluyen el régimen de libre competencia que, a pesar de todo, debe seguir considerándose la regla.

(13) CARBONE, S. M. y MUNARI, F., “L’indagine conoscitiva dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato sugli ordini e collegi professionali ed il suo possibile impatto sull’avvocatura”, *Concorrenza e mercato*, 3/1995, p. 447.

tivo constitucional sobre el trabajo y en estrecha relación con la llamada libertad de empresa proclamada en el artículo 38 (14).

(14) Véase TOLIVAR ALAS, I., "La configuración constitucional del Derecho a la libre elección de profesión u oficio", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría*, Tomo II, De los Derechos y deberes fundamentales, Madrid, 1991, pp. 1345-46.

En la Constitución de 1869, al igual que en el Proyecto de Constitución federal de 1873 se tratan en el mismo precepto la libertad de empresa y la libertad de opción profesional, aludiendo como excepción a aquellas libertades a las profesiones "para cuyo desempeño... exijan las leyes títulos de aptitud". La Constitución canovista de 1876 no recogía expresamente, como lo hacía para los extranjeros, la libertad de industria para los nacionales, pero la misma se deducía del contenido de su artículo 12 donde se integraba como regla general la libertad de elección de profesión con las competencias educativas del Estado, a través del engarce de los títulos profesionales cuya expedición correspondía al Estado. La Constitución republicana de 1931 contemplaba, por su parte, en la misma norma la libertad de elección de profesión y la libertad de industria y comercio, mientras que su artículo 49 hacía referencia a la competencia estatal en materia de expedición de títulos académicos y profesionales.

A la misma conclusión se llega del examen de los textos constitucionales extranjeros. En Alemania, las materias a que hacen referencia los artículos 35.1. y 36 de nuestra Constitución tienen su tratamiento, según la doctrina y jurisprudencia, en el art. 2.1. —libre desarrollo de la personalidad— y en el artículo 12.1. en el que se proclama la libertad de elección de profesión, preceptos de cuyo contenido, así como de la tutela de la propiedad privada (ROJO, A., "Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española", *RDM*, 1983, núm. 169-170, pp. 311-312), aquella doctrina y jurisprudencia deducen, ante la ausencia de una referencia constitucional expresa, el principio de libertad de empresa, recogido expresamente en el artículo 38 de nuestra Constitución.

En Suiza se produce el fenómeno contrario. En su Constitución no existe una referencia expresa a la libre elección de profesión y, sin embargo, se recoge expresamente la libertad de industria y comercio. Pues bien, para toda la doctrina helvética, a la libertad de comercio se vincula la libertad de ejercicio de la profesión, y en ella encuentra dicha doctrina el tratamiento constitucional de las llamadas profesiones científicas. La libertad de comercio, dice el profesor Muñoz Machado (MUÑOZ MACHADO, S., PAREJO ALFONSO, L., RUILOBA SANTANA, E., *La libertad de ejercicio de la profesión y el problema de las atribuciones de los técnicos titulados*, Madrid, 1983, p. 117 y bibliografía allí citada) refiriéndose a la Constitución suiza, "ampara así cualquier actividad que se practique de modo estable con ánimo de lucro o mediante contraprestación, incluyendo desde luego las profesiones científicas".

En ninguna de las dos Constituciones se hace referencia a las profesiones tituladas y a los Colegios Profesionales, pero tanto unas como otros encuentran su tratamiento en las normas constitucionales que contemplan la libertad de elección de profesión y la libertad de empresa. Lo mismo sucede en Italia, donde la aplicación a los profesionales intelectuales del art. 4 —derecho al trabajo, deber de desenvolver, según su propia elección, una actividad o una función que concurra al progreso material o espiritual de la sociedad— y 33 —el arte y la ciencia son libres y libre es su enseñanza; examen de Estado para la habilitación al ejercicio profesional— de su Constitución es unáni-



Sin embargo, una lectura apresurada de las "ocupaciones" descritas en los artículos 35, 36, 37 y 38, pudiera ver a los trabajadores contemplados en el art. 35 y 37, a los empresarios en los artículos 38 y 37 y como un *tertium genus*, y en medio de unos y otros, "el ejercicio de las profesiones tituladas" del art. 36. Creemos que una lectura en estos términos no sería correcta. Y lo creemos así por varias razones.

La primera de ellas, porque los artículos 35 y 38 están estrechamente relacionados. Como pone de manifiesto el profesor Rojo, la libertad de empresa tiene como presupuesto el reconocimiento, entre otros derechos, del derecho a elegir libremente una profesión (art. 35.1.) (15).

---

memente admitida por la doctrina, y sin embargo no sucede lo mismo con el art. 41—la actividad económica privada es libre—, cuya aplicación a los profesionales intelectuales es más controvertida (véase por todos, LATELLA, D., "I profili costituzionalistici", en IBBA, C. y otros, "Le professioni intellettuali", TORINO, 1987, p. 33 y ss.; CAVALLLO, B., *Lo estatus professionale*, tomo II, Milano 1969, pp. 41 y ss.; LEVI, F., "Libertà fondamentali del professionista e ordini professionali", *Riv. Trim. di Diritto Pubblico*, 1976, pp. 908; SCOGNAMIGLIO, "Personalità umana e tutela costituzionale delle libere professioni", *Dir. Fam.*, 1973, pp. 801 y ss.). Sobre la base de que los profesionales intelectuales desarrollan, para la mayor parte de la doctrina una actividad económica, y ante la ausencia de definición en la misma norma y en cualquier otro sector del ordenamiento del concepto de iniciativa económica privada, un importante sector de la doctrina entiende que a esta fórmula se le debe atribuir el significado más amplio posible, comprendiendo también en ella a las profesiones intelectuales.

Y la Constitución Mejicana de 1917 es contundente al respecto. En la misma norma en que se declara el derecho de todas las personas a dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo que se le acomode, siempre que sean lícitos, se hace referencia expresa "a las profesiones que necesitan título para su ejercicio".

(15) *Ob. cit.*, pp. 327-329. En todo caso —sigue diciendo el profesor Rojo—, la libertad de empresa es un *derecho autónomo o primario*, y no secundario o derivado, en cuanto que su "contenido esencial" no coincide con el de los derechos de los que es derivación ni se reduce a la suma de otras libertades. /No es manifestación del derecho de propiedad, (...). /No es manifestación tampoco del derecho de libertad de profesión. Con buen criterio, la Constitución española distingue la libertad de profesión ("derecho a la libre elección de profesión u oficio", art. 35.1) y la libertad de empresa (art. 38). Entre ambas libertades existe una íntima relación en la medida en que ser empresario constituye evidentemente una profesión. Se explica así que en aquellas Constitucionales en las que falta un reconocimiento expreso de la libertad de empresa, doctrina y jurisprudencia la entiendan implícita en el derecho a escoger y ejercer libremente la propia profesión en relación con el derecho de propiedad. Pero esta combinación de derechos reduce la libertad de empresa a un derecho secundario y derivado, sin "contenido esencial" autónomo, a la vez que oscurece la solución de problemas fundamentales (por ejemplo, el de los límites de la cogestión). En realidad, entre el derecho de libertad de profesión y el derecho de libertad de empresa no hay una relación de género a especie. Hay una coincidencia de contenidos, pero esa coincidencia es parcial, y no absoluta, por cuanto que la libertad de empresa es *algo más* que una de las concre-

En segundo lugar, porque el art. 36 está en íntima relación con los arts. 35 y 38. Con el art. 35 la relación es doble. Por una parte, porque un profesional titulado, tanto cuando ejerce su profesión trabajando como trabajador por cuenta ajena o como funcionario o en régimen administrativo, como cuando lo hace en el ejercicio libre de su profesión, ejerce el derecho a la libre elección de profesión u oficio. Por otra parte, porque cuando el ejercicio de la profesión titulada se realiza en régimen laboral, funcional o administrativo son de aplicación a los mismos las disposiciones establecidas para los trabajadores en el art. 35, con las consiguientes relaciones entre la regulación reservada a la ley en el art. 36 (“el ejercicio de la profesiones tituladas” y “peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales”) y la regulación general derivada del artículo 35 en materia de relaciones laborales.

Con el artículo 38, porque cuando el profesional titulado ejerce su profesión en el ejercicio libre ejerce la libertad de empresa establecida en el citada norma constitucional, lo que, a su vez, nos vuelve a poner en relación con el art. 35, ya que la libertad de empresa presupone el ejercicio del derecho a la libre elección de profesión.

La íntima relación entre el ejercicio libre de la profesión titulada y la libertad de empresa se ha puesto de manifiesto por la doctrina (16).

---

tas manifestaciones de una genérica libertad de profesión./La libertad de empresa no es sólo un derecho del individuo, como lo es el derecho a la libre elección de la profesión u oficio, sino un derecho tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas, dentro de las particularidades propias de estas últimas (...).

(16) Así, y a simple título de ejemplo, en la doctrina mercantilista, se habla (véanse las distintas ediciones de BROSETA, M., *Manual de Derecho Mercantil*.) de los profesionales liberales como empresarios civiles, lo que supone indirectamente reconocer que ejercen la libertad de empresa. Más recientemente, el profesor Vicent Chuliá, a pesar de considerar que “los profesionales liberales no son ni comerciantes ni empresarios” (“La fijación de tarifas de honorarios por los Colegios Profesionales y la Ley de Defensa de la Competencia (Comentario a las resoluciones del Pleno del Tribunal de defensa de la Competencia de 10 y 16 de octubre y 12 de noviembre de 1990)”, *RGD*, 1991, p. 1557; también en “*Compendio Crítico de Derecho Mercantil*”, vol. I-1.º, p. 22), indica que “aquellos que ejercen una profesión, una actividad económica autónoma, de producción de servicios para el mercado”, “ejercen la libertad de empresa en el mercado, compitiendo con otros profesionales liberales titulados..., se disputan una misma clientela, y además, a veces reciben y conceden crédito, utilizan signos distintivos y crean o explotan bienes inmateriales para potenciar su capacidad competitiva”, señalando a continuación la posibilidad que tienen de “invocar el art. 38 de la Constitución en defensa de su derecho a la libertad de empresa en una economía de mercado” (*La fijación ...*, *ob. cit.*, p. 1543). En el mismo sentido, una parte de la doctrina administrativista que se ha ocupado directamente del artículo 36 ha puesto de manifiesto estas estrechas relaciones (TOLIVAR ALAS, L., *ob. cit.*, p. 1345; VILLAR PALASI, J. L. y

Y en el mismo sentido, nuestro Tribunal Constitucional, al igual que otras Cortes constitucionales europeas como la alemana e italiana, se ha pronunciado, aunque de forma tímida e indirecta, en esta línea. Las Sentencias del TC 83/ 1984, de 24 de junio, y 89/1989, de 11 de mayo, 132/1989, de 18 de julio o 93/1992, de 11 de junio, son buen ejemplo de ello.

El estudio del artículo 36 de nuestra Constitución debe partir de los artículos 35 y 38 de la misma. Debe partir de que nuestra Constitución, en la primera de estas normas, proclama que todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, para después, en su artículo 38, declarar que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

El planteamiento constitucional de la materia en estos términos supone reconocer que toda ella se encuentra presidida por el reconocimiento del principio *pro libertate*. Como nos indica Levi (17) “el *favor libertatis* constituye (...), el dato de partida esencial”. El derecho a desarrollar cualquier actividad sería el principio general en nuestro Derecho. Así lo ha entendido, entre otras, la ya citada STC 83/1984, de 24 de julio, cuando señala que el principio general de libertad que la Constitución consagra en su artículo 1.1 autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas.

Al mismo tiempo, la libertad de desarrollar cualquier actividad, el derecho a elegir profesión, la libertad de empresa, se configuran cons-

---

VILLAR PALASI EZCURRA, J. L., *ob. cit.*, p. 1385 y 1402; también se ponen de manifiesto las estrechas relaciones entre arts. 36, 35 y 38 de la Constitución en MUÑOZ MACHADO y otros, *ob. cit.*, p. 116; sin embargo y de acuerdo con la información que suministra GALVEZ, J. (“Las medidas liberalizadoras del Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, en materia de Colegios Profesionales”, en VELARDE FUERTES y OTROS, “Reforma y Liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio 1996”, Madrid, 1996, p. 109, nota 16) el profesor Muñoz Machado en su Dictamen emitido con ocasión del Proyecto de Reforma de 1992 de la LCP en materia de competencia y titulado “Dictamen emitido a petición de los Colegios y Consejos Superiores de Arquitectos Técnicos, Ingenieros e Ingenieros Técnicos de España sobre el Anteproyecto de Ley elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda para la modificación de la Ley de Colegios Profesionales”, Madrid, agosto de 1992, considera que la “condición de profesional excluye *in radice* cualquier eventual aplicación del artículo 38”).

(17) LEVI, F., *ob. cit.*, p. 906. En el mismo sentido, LOPEZ RAMON, F., “Reflexiones sobre la libertad profesional”, *RAP*, 1983, núm. 100-102, p. 667; VILLAR PALASI, J. L y VILLAR PALASI EZCURRA, J. L., *ob. cit.*, p. 1387; TOLIVAR ALAS, L., *ob. cit.*, p. 1341.

titudinalmente en términos de libertad de la persona. Las referencias al libre desarrollo de la personalidad, proclamado como fundamento del orden político y de la paz social por el art. 10.1. de nuestra Constitución, son constantes en la doctrina y en la jurisprudencia al abordar las cuestiones directamente relacionadas con las materias contempladas por el artículo 36. La realización de una actividad, el trabajo, el trabajo autónomo, el trabajo "profesional" son, señala Scognamiglio (18), "expresión de la personalidad y libertad del hombre". Y en el mismo sentido, López Ramón (19) ha señalado que "el derecho a la libre elección de profesión u oficio es uno de los medios concretos a través de los cuales la Constitución trata de obtener el libre desarrollo de la personalidad individual".

No nos olvidemos tampoco que la doctrina y jurisprudencia alemana (20) relacionan estrechamente la libre elección de profesión de su artículo 12.1. con el libre desarrollo de la personalidad del artículo 2.1, para deducir del contenido de tales preceptos, así como del reconocimiento constitucional de la propiedad privada (21), el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa. Relación aquella que también se ponen de manifiesto por una reiterada jurisprudencia de la Corte constitucional italiana (22).

A nadie se le puede escapar que este planteamiento (derecho a desarrollar cualquier actividad que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas, libre desarrollo de la personalidad, derecho al trabajo, derecho a la libre elección de profesión u oficio, libertad de empresa), origina importantes cuestiones dogmáticas de relación entre la libertad, como "valor supremo" del ordenamiento jurídico del artículo 1.1 del Título Preliminar, el libre desarrollo de la personalidad, como fundamento del orden político y de la paz social del artículo 10.1. (Artículo previo al Cap. 1 del Título I —De los derechos y deberes fundamentales—), el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión, como derecho de los ciudadanos y la libertad de empresa, también como de derecho de los ciudadanos (Secc. 2.<sup>a</sup>, Cap. 2.<sup>o</sup> del Título I) (23).

(18) *Ob. cit.*, p. 801; en el mismo sentido LATELLA, D., *ob. cit.*, p. 36.

(19) *Ob. cit.*, p. 662.

(20) Véase MUÑOZ MACHADO y OTROS (siguiendo la obra de MAUNZ DÜRING HERGOZ, *Grundgesetz Kommentar*, I, 2.<sup>o</sup> ed., Munich, 1981), *ob. cit.*, p. 116-117.

(21) ROJO, A., *ob. loc. ult. cit.*

(22) Entre otras la Sentencias de la Corte Constitucional italiana 13 29/3/61 (*Giur. Const.*, 1961, pp. 83 y ss.), Sent. núm. 7 del 8-2-66 (*Giur. Const.*, 1966, pp. 92 y ss.) y la Sent. núm. 45 de 9/6/ 65 (*Foro it.*, 1965, I, c. 1118).

Sin necesidad de abordar ahora el examen de estas complejas relaciones, nos interesa destacar en este momento que, para el intérprete, en las materias contenidas en el artículo 36, el principio y valor básico del ordenamiento debe ser la libertad. Y, sin embargo, el artículo 36 parece indicar una tendencia contraria a la libertad como principio superior del ordenamiento jurídico. La simple admisión de la existencia de las profesiones tituladas en el artículo 36 supone el condicionamiento de determinadas actividades a la posesión de concretos títulos (24), la simple admisión de la existencia de los Colegios Profesionales parece indicar una limitación del principio de libertad de actividad de la persona, del individuo.

No es extraño en este sentido, que López Ramón (25) hable, en la reflexión final de su estudio sobre el derecho a la libre elección de profesión u oficio, de "libertad responsable, libertad condicionada, de libertad limitada en todos aquellos casos en que puedan verse afectados los derechos de los demás ciudadanos". Y que otros autores (26) hablen de "principios generales contrapuestos" en materia de libertad profesional. O que Tolivar (27) hable de que la propia Constitución impide una clara y rápida armonización de las múltiples oscuridades presentes en el tejido social corporativo y gremialista, amparado por una telaraña reglamentaria, ya que la misma ley fundamental, a la vez que proclama el principio de libertad, ensalza el régimen de Colegios Profesionales. Y no es extraño tampoco que este último autor (28) presente el artículo 36 como el asidero de las resistencias gremialistas que chocan con la ardua tarea del Estado, iniciada por los beneméritos constituyentes de Cádiz, de remover los obstáculos que dificultan la libertad de ejercicio profesional.

Esta lectura negativa del artículo 36 respecto del principio *pro libertate* creemos que es, sin embargo, tan sólo aparente. En efecto, una detenida lectura del artículo comentado pone de manifiesto una vertiente positiva del mismo en relación con los derechos y libertades de los ciudadanos.

Es cierto que la simple existencia de las profesiones liberales y de los Colegios Profesionales puede leerse en clave de limitación de dere-

---

(23) Un estudio en profundidad del artículo 38 de la C.E. desde la perspectiva de la libertad de los ciudadanos se encuentra en VICIANO PASTOR, J., *ob. cit.*, pp. 101-213.

(24) Véase Fundamento 3.º STC 83/ 1984, de 24 de julio.

(25) *Ob. cit.*, p. 682.

(26) VILLAR PALASI, J. L y VILLAR PALASI EZCURRA, *ob. cit.*, p. 1411

(27) *Ob. cit.*, p. 1370.

(28) TOLIVAR, *ob. loc. últ. cit.*

chos y libertades, de restricción de derechos subjetivos, pero, al mismo tiempo, el artículo 36 puede leerse en clave de protección de derechos y libertades. Esta visión del artículo 36 supone poner el acento no en la persona del titular del derecho a desarrollar cualquier actividad, del titular de derecho a desarrollar libremente su personalidad, del titular del derecho al elegir profesión, del titular de la libertad de empresa, sino en los derechos de los demás.

No se puede en esta materia olvidar que el artículo 10.1 de nuestra Constitución contempla el respeto a los derechos de los demás, al igual que el libre desarrollo de la personalidad, como fundamento del orden político y de la paz social. Los intereses protegidos con la libertad de profesión, con la libertad de empresa, y consecuentemente con el derecho subjetivo que los ampara, no son ilimitados, y entre sus límites se encuentra, como sucede con todos los derechos y libertades, el respeto a los derechos de los demás. Estos derechos de terceros exigen la existencia de profesiones tituladas, esto es de actividades que sólo deben y pueden ser desempeñadas por personas que puedan garantizar los derechos de los demás que están en juego cuando se desarrollan dichas actividades.

Las profesiones tituladas se pueden entender no como profesiones cuyo ejercicio se encuentra limitado, sino como profesiones cuya existencia viene exigida por el respeto, por la protección de los derechos de los terceros. En definitiva, la lectura del artículo 36 bajo las coordenadas del principio general *pro libertate* y de la cláusula general de protección de los derechos de los demás, indica que sólo la protección de los derechos de los demás permite condicionar determinadas actividades a la posesión de concretos títulos y/o a la inscripción en un colegio, y establecer regulaciones limitativas del ejercicio de otros derechos al regular el ejercicio de estas actividades profesionales.

Las consecuencias prácticas de este planteamiento son claras. Al enfrentarse con el requisito de la titulación o de la colegiación o con determinadas regulaciones del ejercicio de estas actividades como puede ser la prohibición de publicidad, el establecimiento de honorarios mínimos o la hipotética prohibición de las sociedades profesionales y/o de profesionales, su explicación no debe venir, en nuestra opinión, por la vía de su compatibilidad con nuestra Constitución como consecuencia de la exclusión de los profesionales liberales como titulares de determinados derechos reconocidos en la misma, como puede ser la libertad de empresa, el derecho al trabajo o a la libre elección de profesión u oficio o el derecho de

asociación. Por el contrario, no existen razones para no enmarcar plenamente a estas actividades y sujetos de que nos ocupamos en el ámbito de los titulares de los derechos y libertades a que nos venimos refiriendo. Quiere esto decir que las citadas regulaciones habrán de ser consideradas, en su caso, como limitativas del ejercicio de estos derechos y libertades, lo que exige, consecuentemente, aplicar los principios que presiden en nuestro sistema constitucional las regulaciones limitativas de los derechos fundamentales. Por lo tanto, al decidir sobre compatibilidad constitucional, en cada caso, de una de estas regulaciones habrá que tener en cuenta no sólo cuestiones de habilitación legal, sino, además, tener en cuenta que, si afecta a alguno de aquellos derechos a que hemos hecho referencia (libertad de empresa, derecho al trabajo y a la libre elección de trabajo u oficio, derecho de asociación, libertad de expresión), “sólo será constitucionalmente lícita”, como dice el Tribunal Constitucional en la ya citada STC 89/1989, de 11 de mayo, “cuando esté justificada por la necesidad de servir a un interés público”, interés público que no puede ser la protección de un categoría de sujetos, sino la protección de los derechos y libertades afectados por la actividad que realizan estos sujetos, protección que justifica las regulaciones limitativas siempre que se realicen, como dice esta misma sentencia del Tribunal Constitucional “de forma tal que restrinjan lo menos posible, y de modo justificado” aquellos derechos fundamentales que, en el caso objeto de la sentencia, eran el derecho de asociación y la libre elección de profesión un oficio.

Pero, además, una lectura del art. 36 en clave positiva respecto de los derechos y libertades, parece necesaria si dicha norma se lee poniendo el acento en la reserva de ley que parece contener. Esto es, el artículo 36 estaría protegiendo la libertad profesional y los derechos de los demás de la intervención del Estado-Administración. Sin llegar a esta afirmación, sí que es cierto que sólo la ley puede regular el ejercicio de las profesiones tituladas y las peculiaridades propias de los Colegios Profesionales. La protección de la libertad y de los derechos de las personas vendría por el hecho de reservar tan sólo “al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen” (29). O como señaló la

---

(29) Fundamento 7 de la STC, de 8 de abril de 1981

STC 42/86, de 10 de abril: “La garantía de las libertades y derechos de los ciudadanos consiste en que esta materia sea regulada por el legislador, que no encuentra, como es obvio, otros límites que los derivados del resto de los preceptos de la Constitución y, principalmente, de los derechos fundamentales” (30).

No se nos debe escapar que este planteamiento contradictorio del artículo 36 pone de manifiesto la superación del concepto de Estado de Derecho a través de la cláusula general de Estado Social. La “intervención funcional” del Estado es la garantía de los “valores supremos” del ordenamiento jurídico. Concretando en el sector que nos interesa, en él el choque de principios generales contrapuestos que se producen o, en palabras de Tolivar (31), el choque de las pautas constitucionales contradictorias (principio *pro libertate* y protección de los derechos de los demás) es tan intenso, que la intervención funcional del Estado para garantizar los “valores supremos” del ordenamiento jurídico, debe realizarse necesaria y exclusivamente por el legislador ordinario. Esto es, la Constitución en su artículo 36 no impide la intervención del Estado condicionando determinadas actividades a la posesión de un determinado título, regulando el ejercicio de estas actividades y estableciendo una organización para los sujetos que desarrollen aquellas actividades, al contrario la Constitución exige (cláusula de Estado Social) aquella intervención del Estado cuando así lo requiera, y sólo en este caso, el respeto de los derechos y las libertades de las personas. Pero esa intervención puede incidir de tal manera en esos derechos y libertades de las personas que el artículo 36 establece que tal intervención sólo debe y puede realizarse por los representantes de la soberanía popular, excluyendo una intervención con este contenido del Estado-Administración que no se limite al simple desarrollo de la ley.

---

(30) Esta es la consecuencia de mantener una concepción institucional-subjetiva de la libertad de empresa (VICIANO PASTOR, J., *ob. cit.*, pp. 115-144). De una parte, la libertad de empresa no puede concebirse como un derecho subjetivo absoluto: es un derecho disponible por el Legislador para alcanzar otros bienes jurídicos protegidos. De otra, las limitaciones de la libertad afectan al derecho subjetivo, por lo que sólo serán constitucionales en cuanto que sean necesarias, proporcionales, temporales y se realicen siempre mediante ley.

(31) *Ob. cit.*, p. 1343.



### III. EL AMBITO SUBJETIVO DE APLICACION DE LA LDC, DE LA LCD Y DE LA LGP

1. Poco más habría que decir sobre la aplicabilidad o no del Derecho de la competencia a los profesionales liberales, si, como hemos visto en el apartado anterior, en nuestra opinión los profesionales liberales en ejercicio libre (esto es, por cuenta propia, de forma independiente, no subordinada ni laboral ni administrativamente) ejercen no sólo el derecho reconocido en el art. 35 CE a la libre elección de profesión, sino también la libertad de empresa contemplada en el art. 38 CE. La lógica consecuencia no puede ser otra que la aplicabilidad del Derecho de la competencia, que no es sino obligado desarrollo del mandato dirigido a los poderes públicos en el artículo 38 CE (32). Quedaría, entonces, exclusivamente por examinar en qué términos se establece en la legislación ordinaria, tanto sobre competencia como sobre profesionales liberales, dicha aplicabilidad, toda vez que, como se dice la propia Exposición de Motivos de LDC, esta ley "es compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado", predisponiéndose con dicha finalidad los correspondientes mecanismos técnico-jurídicos (33-34). Lógicamente dicho examen debería incluir el correspondiente examen de constitucionalidad (o mejor, de no inconstitucionalidad), y ello tanto desde el punto de vista formal, es decir de comprobar que los correspondientes instrumentos normativos de regulación tienen el rango formal suficiente (en el caso, derivado de la reserva de ley del art. 36 y reserva de ley del art. 53.1 en relación con los 35 y 38 CE), como desde un punto de vista sustancial y en este caso en una doble vertiente: a) respeto al contenido esencial de los derechos y deberes afectados; b) comprobado dicho respeto, afectación de dichos deberes y derechos proporcionada a los fines de interés general que justi-

(32) Véase párrafo 1.º de la Exposición..., Motivos de la LDC

(33) Cfr. arts. 2.1 y 3 de la LDC, y art. 15 LCD. Véase, con respecto al art. 2.1 de VICENT CHULIA, F., *La fijación de tarifas...*, ob. cit., p. 1549. VICENT CHULIA, F. "Poderes públicos y Derecho de la competencia", *RGD*, 1993, pp. 3313 y ss.; VICIANO PASTOR, J., ob. cit., pp. 453 y ss.; con respecto al artículo 15 de la LCD véase ALFARO AGUILA-REAL, J. "Competencia desleal por infracción de normas", *RDM*, núm. 202, 1991, p. 669.

(34) También la LGP establece en su art. 1.º que la publicidad se registrará por lo dispuesto en esta ley y en las normas especiales que regulan determinadas actividades publicitarias.

fican dicha afectación (35). Es en este juicio de constitucionalidad en el que habría que determinar hasta qué punto las contradicciones que se advierten a simple vista entre ordenamiento profesional y legislación sobre competencia son admisibles constitucionalmente o si, por el contrario, es necesaria su coordinación (36), y ello, evidentemente, al margen del ámbito de discrecionalidad que debe tener el legislador ordinario para poder plasmar las posiciones políticas mayoritarias en la regulación de la materia.

Del mismo modo, si se mantiene la exclusión de los profesionales liberales del art. 38, poco más se puede decir que negar la aplicabilidad al ejercicio profesional del Derecho de la competencia, y, consiguientemente, tachar, en su caso, de inconstitucionalidad la normativa que pretenda lo contrario, salvo que, como vamos a ver que sucede, se entienda posible considerar, cosa que nosotros no creemos, no aplicable a los profesionales liberales la libertad de empresa y, al mismo tiempo, que el legislador ordinario determine la aplicabilidad a los mismos de la legislación de desarrollo de dicha libertad.

Sin embargo, es conveniente hacer abstracción del nivel constitucional, y determinar si de la legislación ordinaria se deducen los datos necesarios para, como pensamos, apoyar la aplicabilidad de la leyes sobre competencia a los profesionales liberales. Y es necesario realizar este análisis, porque si del mismo se deduce que el legislador ordinario considera aplicable a los profesionales liberales la legislación sobre competencia, significaría que también el legislador considera aplicable a dichos sujetos el art. 38 CE (37).

---

(35) En relación con el contenido no esencial y los límites de su afectación ver VICIANO PASTOR, J., *ob cit.*, pp. 133 y ss.

(36) Se pronuncian expresamente por esta coordinación VICENT CHILIA, F., "La fijación...", *ob. cit.*, p. 1542 y 1546; en el mismo sentido OLAVARRIA IGLESIA, J., *ob. cit.*, p. 269.

(37) Con el análisis de la legislación ordinaria no se trata, tanto de determinar de *lege data* los apoyos normativos a dicha aplicación, toda vez que de *lege data* debe quedar determinada o no dicha aplicación mediante el correspondiente análisis constitucional, sino más bien de confirmar el propio análisis constitucional con la posición del legislador ordinaria. En nuestra opinión, insistimos, el Derecho de la competencia es aplicable a los profesionales liberales en cuanto que entran en el ámbito de aplicación de la libertad de empresa. En este sentido, el legislador ordinario al establecer la aplicación del derecho de la competencia a estos sujetos no estaría haciendo otra cosa que desarrollar el art. 38 de la CE, desarrollo que, por demás, no puede hacerse en este sector sin partir, al mismo tiempo, de lo dispuesto en los arts. 35 y 36 del texto constitucional. El planteamiento, lógicamente, como decimos en el texto, tiene, en nuestra opinión, importantes consecuencias en clave interpretativa de la legislación ordinaria.

Y es necesario hacer este examen, con abstracción no sólo de la problemática constitucional sino también de la reforma llevada a cabo por la Ley 7/97, porque la declaración expresa del legislador en el nuevo párrafo 2.º introducido por esta ley en el artículo 2.1 de la LCP, de que el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la LDC y a la LCD, se puede interpretar y de hecho se ha interpretado como un reconocimiento del legislador de que dichas leyes no son por sí mismas aplicables a los profesionales, habiéndose necesitado esta declaración expresa para conseguir aquel efecto (38).

---

(38) Aun cuando su postura es que los profesionales, al desplegar su actividad autónoma de producción de servicios para el mercado, ejercitan la libertad de empresa, GALVEZ, J., *ob. cit.*, p. 108-109, presenta la argumentación reflejada en el texto como posible: “ (...) lo que no cabe ignorar —dice este autor— es que las dos leyes últimamente citadas [se refiere a la LDC y a la LCD], limitan sus respectivos ámbitos de ampliación a las relaciones mercantiles, sin vincularse de modo alguno a la contratación civil (...). Es más, la Ley de Competencia Desleal significa en la exposición de motivos que su regulación se refiere a la vida mercantil delimitando así el ámbito del art. 3, donde se previene que la ley será de aplicación a los empresarios y a cualesquiera otras personas que participen en el mercado./ A simple vista cabría estimar que el ejercicio profesional no implica de suyo actividad mercantil, aunque medie una contraprestación económica que por lo demás resulta ser común a la mayoría de los contratos civiles. *Esta circunstancia postularía la inaplicabilidad de aquellas leyes a los profesionales*”. Y añade el mismo autor, ahora en una nota a pie de página del texto reproducido (nota 15): “Así fue reconocido por los redactores del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Colegios profesionales de 1974, que se vieron en la necesidad de prever nueva redacción para el artículo 2.1 de la Ley 2/1974, por la que se declaraban aplicables las indicadas leyes al ejercicio profesional. Con ello se pretendía que unas leyes mercantiles, aprobadas en desarrollo del artículo 38 de la Constitución, disciplinaran supuestos contemplados en el artículo 36 de la misma, abstracción hecha de su naturaleza” (la *cursiva* es nuestra).

Conviene, sin adelantar argumentos que han de reflejarse en el texto, dejar patente el error conceptual en que incurre el autor. De su argumentación, posiblemente lo único correcto (por supuesto, en nuestra opinión y con absoluto respeto al trabajo del autor) sea la afirmación de que el ejercicio profesional no implica de suyo actividad mercantil. Pero no es correcto, lo veremos en el texto, decir que los ámbitos de aplicación de la LDC y de la LCD sean exclusivamente las relaciones mercantiles. Como tampoco lo es decir que dichos ámbitos de aplicación no abarcan la contratación civil. Los empresarios, mercantiles o no, en el mercado no sólo conciertan contratos mercantiles, sino que, por el contrario, sus relaciones con los consumidores se concretan la mayoría de las veces en contratos civiles. La diferencia entre contratación mercantil y civil está basada, evidentemente, en criterios distintos a los que parece tener en mente el autor. Por lo demás, la Exposición de Motivos de la LCD, como repetiremos en el texto, lo que dice precisamente de forma expresa es que es aplicable a los profesionales liberales (véase segundo párrafo del punto III.2 de dicha Exposición de Motivos); es decir, dice lo contrario a lo que el autor dice que dice.

Las consecuencias de este último planteamiento y del que nosotros sostenemos son totalmente diversas y justifica plenamente el análisis que pretendemos realizar en este apartado. Si se considera, como parece que se hace en la interpretación que acabamos de reseñar, que el art. 38 CE no es aplicable a los profesionales liberales y que la aplicación de la normativa en materia de competencia deriva exclusivamente de la declaración expresa del legislador ordinario, habría que concluir que dicha aplicación es excepcional y, por tanto, realizar una interpretación lo más restrictiva posible de dicha aplicación. Por el contrario, si se considera que el art. 38 es aplicable a los profesionales liberales, las posibles limitaciones a dicha aplicabilidad como la declaración general contenida en la modificación de la LCP habrá que interpretarla restrictivamente, debiéndonos decantar siempre por aquella interpretación más favorable al principio de libertad de empresa.

2. Si comenzamos el análisis por nuestro Derecho sobre competencia desleal, y dentro de él por su texto básico, la LCD, difícilmente puede negarse el sometimiento a dichas normas de los profesionales liberales. El art. 3 del citado texto, dedicado a determinar el ámbito subjetivo de la ley, indica que "la ley será de aplicación a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado". Si alguna duda hubiere sobre si los profesionales participan o no en el mercado, la Exposición de Motivos de la ley, a la que cuando menos, y a falta de otros datos normativos, habrá que dar un cierto valor interpretativo, aclara que para la aplicación de la ley " (...) no es necesario que los sujetos —agente y paciente— del acto sean empresarios (la ley también resulta aplicable a los otros sectores del mercado: artesanía, agricultura, profesionales liberales, etc.)" (39-40).

---

La interpretación que se recoge en el texto y por nosotros criticada es también, de alguna manera aunque no directamente, insinuada por LOPEZ RAMON, F., "La libre competencia y Colegios Profesionales", en *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Madrid, 1996, p. 224, cuando refiriéndose al intento de 1992 de modificar la LCP indica que "si tan sencillo fuera solucionar el problema de la libre competencia en el ejercicio de las profesiones, como establecer que 'estará sujeto a la Ley sobre Defensa de la Competencia, a la Ley sobre Competencia Desleal y a la Ley General de Publicidad', no se entiende por qué no se impuso así ya en la legislación de la competencia, elaborada al fin y al cabo por el mismo Gobierno".

(39) Incluso, en nuestra opinión, sería criticable el tenor literal de párrafo reproducido de la Exposición de Motivos, y es que en la agricultura hay sujetos que son empresarios mercantiles, lo mismo que en la artesanía, y también sería discutible negar sin más la categoría de empresario a los profesionales liberales, sobre todo si no se califica a dichos empresarios de mercantiles.

La importancia que tiene este reconocimiento normativo semi-expreso en la LCD no se limita exclusivamente al ámbito de esta ley, pues, como acertadamente se ha afirmado (41), el legislador al llevar a cabo este reconocimiento "parte de la relevancia concurrencial de la actividad profesional colegiada, esto es, de su realización en el mercado en régimen de competencia económica".

La segunda pieza maestra de nuestra legislación contra la competencia desleal (42), la LGP, ofrece también elementos normativos que, si bien no de una forma tan expresa como la LCD, no hacen dudar de su aplicación a los profesionales liberales en el ejercicio de su profesión. En efecto, después de indicar la ley, en su art. 1, que "la publicidad se regirá por lo dispuesto en esta ley y en las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias", el art. 2 define la publicidad como "toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes inmuebles, servicios, derechos y obligaciones". El amplio elenco de personas susceptibles de realizar publicidad no deja dudas sobre la inclusión de los profesionales, liberales o no (43).

3. Si pasamos ahora a las normas sobre defensa de la competencia, su aplicación, desde un punto de vista de estricto derecho positivo, a los profesionales liberales depende de que estos sujetos puedan ser considerados "empresa" cuando menos a efectos de dichas normas.

Es cierto que nuestra Ley de Defensa de la Competencia (LDC) no contiene, lo que no es extraño en el contexto comparado, norma alguna que determine, con carácter general, su ámbito subjetivo de aplicación, por lo que el mismo habrá de obtenerse por vía interpretativa. Sin embargo, dicha labor no es excesivamente difícil cuando se

---

(40) Véase expresamente en el sentido señalado en el texto, VICENT CHULIA, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Barcelona, 1991, p. 1061-1062; ALFARO AGUILA-REAL, *ob. cit.*, p. 701; MASSAGUER FUENTES, J., "La regulación de los servicios profesionales (un análisis de racionalidad económica y legitimidad antitrust)", *Iuris. Quaderns de Política Jurídica*, núm. 3, 1994, p. 95, nota 21.

(41) MASSAGUER FUENTES, J., *ob. cit.*, p. 95, nota 21.

(42) Así la define MASSAGUER, *ob. cit.*, p. 95, nota 21.

(43) En este sentido, GOMEZ MONTERO, J., "Problemas que suscita la realización por abogados de determinadas actividades publicitarias", *RGD*, núm. 558, 1991, pp. 1570-1571; ALFARO AGUILA-REAL, *ob. cit.*, p. 724-725; MASSAGUER, *ob. cit.*, p. 96, nota 21.

constata que a lo largo de toda la ley (44) sus preceptos van dirigidos constantemente a la empresa, haciendo de ésta el sujeto activo destinatario y protagonista principal, que no exclusivo, de las normas de protección de la libertad de competencia.

También es cierto, y consecuente con la no determinación expresa de su ámbito de aplicación subjetivo, que la LDC no contiene una definición de "empresa", dando por sobreentendido su significado, lo que por otra parte es usual en el derecho comparado y en especial en el de las legislaciones que han servido de modelo a nuestro legislador, TCEE y GWB alemana. Ello ha obligado a la doctrina a la elaboración de un concepto de empresa, en la que han jugado un papel nuclear las construcciones realizadas por la doctrina alemana con relación a su GWB y por la que se ha ocupado del tema en el Derecho comunitario, a su vez fuertemente influida por aquélla (45). Se va formulando de esta manera, no sólo en nuestra doctrina, sino en general en toda la doctrina europea, un concepto de empresa "pragmático", muy vinculado a la resolución del caso, que supone acoger la llamada concepción funcional de la empresa, concepción de empresa apegada o, mejor dicho, que tiene su punto de partida en los fines perseguidos por la leyes que tutelan la competencia, de forma tal que en la noción de empresa quedarían comprendidos todos aquellos sujetos que a consecuencia de su actuación puedan ocasionar las restricciones que dichas leyes tratan de reprimir. Se

---

(44) La ley, en su art. 1, al contrario de lo que hacía en su antecesora (LPR, Ley de Represión de la Prácticas Restrictivas de la Competencia, de 20 de julio de 1963), al determinar la prohibición de las conductas a que se refiere no dice quiénes son los sujetos activos de tales conductas, lo que podría entenderse, dado el carácter general de la ley, en el sentido de que cualquier sujeto podía serlo. La ley, sin embargo, al establecer el sistema de autorizaciones singulares y por categorías hace referencia a "empresas interesadas" (art. 3.1 b), "empresas partícipes" (art. 3.1 c, y art. 4.4) o simplemente "empresas" (art. 5 b). Por el contrario, cuando el art. 6 tipifica el abuso de posición de dominio establece claramente que son las empresas los sujetos activos de tales conductas: ("Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional"). Todavía más claro es el art. 10.1 y 4, que, al determinar los sujetos a quienes se pueden imponer las sanciones por las conductas prohibidas, habla de "agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de éstas". Y en los arts. 14, 15 y 18 al regular el sistema de concentraciones económicas se refiere a la "concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas por parte de otra persona, empresa o grupo de empresas". Y en el precepto dedicado a las ayudas públicas, se refiere a las "ayudas otorgadas a las empresas".

(45) Cfr. GALAN CORONA, E., "La empresa como destinataria de las normas de defensa de la competencia", *ADI*, 1975, p. 299.

considera así, ya en 1975, en nuestra doctrina, como empresa a efectos del Derecho protector de la libre competencia a “toda persona que de modo independiente participa en la vida económica, esto es, realiza una actividad dirigida al tráfico de bienes y servicios”, de cuya noción derivan tres elementos: a) participación en el tráfico de bienes y servicios; b) existencia de una persona que ejerza dicha actividad; y c) independencia en el ejercicio de la misma; siendo irrelevante, a efectos de esta legislación, el ánimo de lucro, la forma jurídica adoptada, el nivel organizativo, la nacionalidad y la titularidad pública o privada (46).

Supone ello la adopción, a efectos del Derecho de la competencia, de una amplísima noción de empresa construida, como hemos dicho, sobre la base de los propios fines perseguidos por las leyes sobre competencia, y no mediante el reenvío a las construcciones técnico-jurídicas de empresario-empresario mercantil elaboradas, sino exclusivamente sí fundamentalmente, por la doctrina mercantilista con base en la legislación mercantil codificada. Y en aquella amplia noción de empresa no va a ser difícil incluir figuras que no entrarían ni entran en el tradicional concepto de empresario-empresario mercantil (47).

Se acoge así una noción de empresa que coincide con los principios que emergen de la jurisprudencia comunitaria (48) en base a los cuales “en el contexto del Derecho de la competencia, la noción de empresa abraza cualquier entidad que ejercita una actividad económica, prescindiendo del status jurídico de dicha entidad y de su modalidad de financiamiento” (49), noción que, en última instancia, y sin que falten por parte del Tribunal de Justicia europeo ciertos “vaivenes” en la reconstrucción de la noción de empresa a efectos de la

(46) GALAN CORONA, E., *ob. cit.*, p. 304-305; y posteriormente en “Acuerdos restrictivos de la competencia”, Madrid, 1977, pp. 141 y ss.

(47) Por supuesto, queda fuera de este trabajo el tema de si en la actualidad el profesional liberal en ejercicio libre o independiente debe ser, cuando menos de *lege ferenda*, considerado o no empresario y/o empresario mercantil.

(48) Lo que, por lo demás, es consecuente con la necesidad de que los criterios subjetivos y objetivos para la valoración de las conductas deban ser los mismos en el ordenamiento comunitario y en los ordenamientos internos, y ello con el fin de que pueda ser operativo el criterio de reparto entre competencias nacionales y comunitarias en esta materia, basado, como se sabe, sobre la relevancia del perjuicio a la competencia, respectivamente limitado al interior del mercado nacional o comunitario. En este sentido GUGLIEMMETTI, G., “Le nozioni di impresa e di intesa”, *Concorrenza e Mercato*, 1995, núm. 3, p. 15

(49) STJE de 23 de abril 1991, caso Hoefner, Elser/Macrotron.

legislación antitrust (50), pone de manifiesto en este campo la progresiva extensión de la noción de empresa no sólo en relación con el Derecho comunitario, sino en general en los ordenamientos internos de los país miembros (51).

Con esta progresiva extensión de la noción de empresa era lógico y difícilmente discutible que tarde o temprano fueran considerados como tales a efectos de las normas antitrust quienes ejercen profesiones liberales. Así, lo han sostenido, no sin vacilaciones y matizaciones, y con relación a sus respectivas legislaciones de defensa de la competencia tanto la doctrina de nuestro país, como la de otros países comunitarios a efectos de sus respectivas legislaciones, y así se ha sostenido también por la doctrina que se ha preocupado del tema desde una perspectiva del Derecho comunitario.

Una vez admitido que los sujetos que ejercen profesiones liberales pueden ser calificados como "empresas", cuando menos a efectos del Derecho de la competencia, el paso siguiente difícilmente no podía ser otro, como así ha sucedido, que la calificación de los Colegios Profesionales como asociaciones de empresas y, consiguientemente, también sujetos a la citada normativa.

4. En efecto, limitándonos a nuestra doctrina, Galán Corona (52), ya en 1975, siguiendo fundamentalmente las construcciones doctrinales y jurisprudenciales alemanas, afirmó, si bien admi-

(50) Véase STJE de 17 de febrero de 1993, en las causas reunidas 159-160/ 1991, caso Pucet vs. AGF. Para una aproximación a la noción de empresa a efectos de la legislación antitrust en la Comunidad Europea, véase AA.VV., *"La nozione d'impresa nell'ordinamento comunitario"*, bajo la dirección de P. VERRUCOLI, Milano, 1977, y allí fundamentalmente, las contribuciones de BONELLI, *"La nozione di impresa nelle regole di concorrenza del Trattato CEE"*, pp. 37 y ss.; y de AFFERNI, V., *"La doctrina tedesca e la nozione di impresa nei trattati CECA e CEE"*, pp. 353 y ss. Y recientemente, SCUDIERO, *"La nozione di impresa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia"*, *Foro it.*, 1994, IV, c. 113 y ss.; DI VIA, *"Brevi note sul criterio di economicità e l'impresa rilevante per il diritto della concorrenza"*, *Foro it.*, 1994, IV, c.113 y ss. Y en nuestra doctrina, además de la bibliografía ya citada, FONT GALAN, J. I., *"La libre competencia en Comunidad Europea"*, Bologna, 1986, p. 77; y *"El concepto de empresa relevante en el derecho de la competencia de la Comunidad Europea. Exposición y crítica"*, *Noticias CEE*, 1987, núm. 29, pp. 39 y ss.; BERCOVITZ, A., *"Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE"*, en GARCIA DE ENTERRIA, E., GONZALEZ CAMPOS, J. y MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Comunitario europeo*, T. II, Madrid, 1986, p. 339.

(51) Señala esta progresiva extensión de la noción de empresa a nivel comunitario GUIDUCI, P., *"Intese restrittive della libertà di concorrenza"*, en *Concorrenza e mercato. Commento alla legge 10 ottobre 1990 núm. 287 e al Decreto Legislativo 25 gennaio 1992 núm. 74*, bajo la dirección de VITTORIO AFFERNI, Milano, 1994, p. 83.

(52) *La empresa...*, ob. cit., p. 322-325; y posteriormente en *Acuerdos...*, ob. cit., p. 172 y ss.



tiendo sus peculiaridades, la cualidad de empresa de las profesiones liberales, independientemente de que puedan existir como existen regulaciones especiales para ellas, en cuyo caso si dichas regulaciones existen y permiten restricciones a la competencia, dicha normativa prevalecerá sobre la legislación antitrust, lo que fundamenta normativamente en el párrafo 4.º del art. 1 de la LPR de 1963. En consecuencia, decía que si la normativa de un Colegio Profesional impone a sus miembros determinadas obligaciones o restringe su libre actuación, dando lugar a prácticas prohibidas, tal actuación estaría legitimada. En términos parecidos, pero ya en 1991, se pronuncia Vicent Chuliá, quien afirmando la consideración de empresas de los profesionales liberales (53), señala la situación similar en que se encuentra la legislación española con relación a la alemana en cuanto a la prevalencia de un Derecho especial de las profesiones tituladas (54), considera necesario armonizar tres normas fundamentales como son los arts. 36, 38 y 51 de la Constitución y con dichas normas —dice— parece necesario armonizar el Derecho administrativo de los profesionales titulados liberales con el derecho privado de la competencia (55), mantiene (56) que “en la aplicación del Derecho de la competencia a estos profesionales liberales titulados debe desempeñar un papel relevante la disciplina corporativa o colegial de sus respectivos Colegios Profesionales”. “En nuestra opinión —dice Vicent Chuliá— esto debe servir para reforzar los niveles éticos mínimos del Derecho de la competencia (...). Es una cuestión de límites, de dosificación de normas de una y otra naturaleza, y de determinación de qué autoridades y con qué medios, en última instancia, ostentan la competencia para tutelar (el Derecho de) la competencia”. Mantiene consecuentemente el autor que reseñamos que no es en principio lesiva para el Derecho de la competencia una disciplina corporativa que ponga límites a la participación del capital ajeno en los despachos en forma de sociedades, o a la publicidad consistente en “búsqueda de clientes” (57) o que es posible afirmar de *lege ferenda* que la facultad de fijar tarifas de honorarios mínimos para sus colegiados podría armonizarse

(53) *La fijación ...., ob. cit.*, pp. 1539.

(54) *Ob. cit.* p. 1541.

(55) *Ob. cit.*, p. 1542, 1546. En el mismo sentido, OLAVARRIA IGLESIA, J., *ob. cit.*, p. 269.

(56) *Ob. cit.*, p. 1544-1545.

(57) *Ob. cit.*, pp. 1545 y 1551-1552.

con la competencia de los órganos de aplicación de las normas anti-trust, que examinarían si, dadas las circunstancias, tales tarifas contribuyen a la mejora de la competencia por el esfuerzo (58). También Alfaro Aguila-Real (59) indicaba, en un estudio sobre competencia desleal en el que se dedica un interesante anexo a los profesionales liberales, que “la aplicación del Derecho de la competencia a las profesiones liberales colegiadas parece hoy fuera de toda duda”, remitiéndose para mayor información al trabajo de Vicent Chuliá. Por su parte Olivencia (60) señalaba hace unos años que “los Colegios profesionales deben replantearse su régimen jurídico en el marco del nuevo Derecho y adaptarse a las exigencias, para mantener lo mejor de su tradición (la deontología, velando por la honorabilidad y moralidad del ejercicio profesional), pero no inmiscuirse en el ámbito de la competencia económica con el signo de protección de intereses patrimoniales de sus miembros, en contra de la corriente histórica, que marcha en el sentido de la libre competencia y libre autonomía de la voluntad privada en la fijación de precios”. Por su parte, Massaguer (61) afirma que, frente a las tesis tradicionales, las actividades profesionales y los profesionales quedan dentro del ámbito de proyección de las exigencias políticas y normativas de la competencia económica y, consiguientemente, los Colegios Profesionales están constreñidos en su labor reguladora por dichas exigencias, y, después de un detenido análisis de la regulación de los servicios profesionales bajo una doble óptica que el autor denomina (62) “de racionalidad económica y legitimidad formal, que en este caso es legitimidad antitrust”, concluye (63) que “en todo caso, los cimientos legales de la regulación en vigor son sumamente precarios, no en lo que hace a la instauración de los Colegios Profesionales sobre el modelo de colegiación obligatoria, única y monopolista (aunque otra cosa pudiera decirse probablemente en algunos supuestos concretos), pero sí en lo que hace a las

---

(58) *Ob. cit.*, p. 1554.

(59) *Ob. cit.*, p. 701, nota 79.

(60) “Los Colegios Profesionales ante las normas de defensa de la competencia”, en el Seminario *La empresa española y la libre competencia*, Madrid, 1992. No hemos podido consultar directamente la ponencia, obteniendo la cita en IBÁÑEZ GARCÍA, I., *Defensa de la Competencia y Colegios Profesionales*, Madrid 1995, pp. 9-10, y de GALVEZ, J., *ob. cit.*, p. 114.

(61) *Ob. cit.*, p. 92 y ss.

(62) *Ob. cit.*, p. 90.

(63) *Ob. cit.*, p. 119.

reglas colegiales sobre organización, promoción y prestación de los servicios profesionales". "Existen, en efecto —sigue diciendo el profesor valenciano— serias dudas acerca de la compatibilidad de la regulación corporativa del ejercicio de la profesión con la constitución económica y su normativa ordinaria de desarrollo, tanto desde una perspectiva formal (las normas colegiales carecen del rango reglamentario preciso) como sustantivas (las normas colegiales exceden de las competencias reguladoras atribuidas por ley)". Téngase en cuenta, sin embargo, que el propio profesor Massaguer también concluye (64) que "se puede aceptar ciertamente la sustitución del orden concurrencial libre por el orden corporativo en el mercado de los servicios profesionales, esto es, por una regulación tanto o más restrictiva que la que ahora conocemos", ya que, en su opinión, "las reglas generales de la constitución económica exigen el primer modelo, pero también toleran restricciones al mismo, restricciones que la legislación ordinaria y la política de la competencia no han de cuestionar en la medida en que posean el rango y el apoyo legal adecuados".

Mucho más reacios a reconocer la aplicabilidad a la leyes antitrust a los profesionales liberales han sido los administrativistas, pero incluso en este sector se puede comprobar en los últimos años, y a partir del intento de reforma en 1992 de la LCP a la que claramente se opusieron (65), una visible tendencia a reconocer la necesidad de reformar el régimen colegial en la línea de aplicarle, si bien con importantes matizaciones y particularidades, los principios de la libre competencia.

Así, Gálvez (66), indica que el art. 36 de la CE "no permite asimilar los profesionales a meros operadores económicos, pero nada impide considerar la relevancia económica del ejercicio profesional. En dicho sentido, la Constitución no es obstáculo para que se les aplique las disposiciones sobre competencia, aun cuando la condición de profesional postule ciertas matizaciones para evitar una equiparación de hecho entre profesionales y operadores económicos". Los profesionales —

---

(64) *Ob. cit.*, p. 120.

(65) Así lo indica GALVEZ, J., *Op. cit.*, p. 95, refiriéndose a los estudios realizados por importantes administrativistas con ocasión de dicho intento de reforma. Estudios, dice Gálvez, "que figuran en dictámenes emitidos a petición del interesado, pero esta circunstancia no desvirtúa la solidez y rigor de sus consideraciones jurídicas". Véase nota 197.

(66) *Ob. cit.* 107.

sigue diciendo el citado profesor (67)— al desplegar actividad económica autónoma de producción de servicios para el mercado, “ejercitan la libertad de empresa en el mercado, compitiendo con otros profesionales. Pues bien, de igual manera que pueden invocar el art. 38 de la Constitución en uso del derecho a la libertad de empresa en una economía de mercado, quedan sometidos al Derecho de la competencia para esas actividades económicas”. Ahora bien, “esta sumisión de los profesionales al Derecho de la competencia no debe ni puede suponer merma de las atribuciones colegiales en cuanto se refiere a ordenación de las profesiones y exigencia de la ética profesional. En dicho sentido —sigue diciendo el autor apoyándose en la cita de Vicent Chuliá— la disciplina colegial, por cuanto exige a sus profesionales un nivel ético superior al mínimo requerido en Derecho de la competencia, ha de jugar un papel relevante”.

En un sentido parecido, pero desde posiciones mucho más críticas con las reformas proyectadas de la LS, en 1992 y 1995, se pronuncia Del Saz (68). Afirma esta autora (69), siguiendo a Ariño, que “no es que los servicios profesionales hayan de quedar al margen del principio de libre competencia; en la medida en que las profesiones tituladas se ejercen en el mercado y mediante relaciones de contenido económico, no son ajenas a la ordenación del art. 38 que incidirá como una delimitación externa para todo aquello que no venga regulado por una ordenación sustantiva y ‘peculiar’ de cada profesión. Ahora bien, lo que el art. 36 no permite, en nuestra opinión, es someterlas directamente y en bloque a la legislación propia de la empresa”.

Como ejemplo de la evolución sufrida por la doctrina en los últimos veinticinco años, baste señalar como uno de los libros clásicos del Derecho Comunitario de la Competencia, cómo es el Frignani y Naelbroe, sostenía en 1978 que los profesionales liberales no eran empresas a efectos del art. 85.1 del TCEE, mientras que en la edición de 1996 responden a dicha cuestión diciendo que “en línea de principio nada impide responder en sentido afirmativo”, si bien “la aplicación de las normas antitrust en este sector deberán tener en cuenta las peculiaridades que lo caracterizan”.

5. Pero no se trata solamente de una toma de postura doctrinal a favor de la aplicación de la legislación sobre competencia a los profe-

---

(67) *Ob. cit.*, p. 109.

(68) “*Los Colegios Profesionales*”, Madrid, 1996, p. 118-119.

(69) *Ob. cit.*, p. 119.

sionales liberales, sino que a esta ha seguido y, en ocasiones precedido, una postura en tal sentido tanto de las autoridades encargadas de garantizar la aplicación del Derecho de la competencia como de los Tribunales de justicia. De ello daremos cuenta en los apartados siguientes, en los que podremos comprobar que ni la actuación de nuestro TDC (Tribunal de Defensa de la Competencia) ha sido una actuación aislada en el contexto internacional ni la reforma de nuestra legislación con la finalidad de facilitar la aplicación a los profesionales el Derecho de la competencia, como ya hemos dicho, una actuación "exótica" de nuestro legislador, sino que, en buena medida, la reforma está en sintonía con lo que está sucediendo en relación con esta materia en el contexto internacional.

#### IV. LA SITUACION EN LA UNION EUROPEA Y LAS CONSECUENCIAS DEL GATS EN LA MATERIA

1. Las exigencias derivadas de la condición de país miembro de la Unión Europea se señalan frecuentemente como uno de los impulsos o antecedentes (70) que aconsejan abrir a la competencia el sector de las profesiones liberales. Sin embargo, conviene de inmediato advertir que ese impulso ha sido calificado de tímido (71), y que nuestro TDC señala en su ya famoso Informe de 1992 sobre el libre ejercicio de las profesiones (72) que, al contrario de lo que sucede en materia de industria y agricultura, la libertad de comercio —llamada aquí (CEE) libertad de prestación de servicios y libertad de establecimiento— no basta, salvo excepciones, para crear competencia. Realmente— decía en 1992 el TDC —no existe presión de los países de la CEE para liberar estos sectores.

Conviene, por tanto, matizar la influencia que haya podido tener hasta ahora la Comunidad Europea en este campo, reconociendo, sin

---

(70) MASSAGUER, *ob. cit.*, p. 88; GALVEZ, J., *ob. cit.*, p. 92. También el acuerdo de la "Autoridad Garante" italiana en materia de competencia por el que inicia una "indagane conoscitiva" en el sector de los "Ordini" y Colegios Profesionales, indica que la introducción de la libertad de establecimiento profesional en el ámbito comunitario lleva a revisar la necesidad de abrir a la competencia el sector de las profesiones liberales.

(71) MASSAGUER, *ob. loc. ult. cit.*

(72) TDC, "Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones. Propuesta para adecuar la normativa sobre las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia vigente en España", junio 1992, p. 11, 50 y 94.

embargo, que desde principios de los noventa se puede estar, mejor dicho, se está produciendo un cambio en el panorama comunitario como consecuencia precisamente del tratamiento de la cuestión no sólo, como ya venía sucediendo, desde la óptica de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, sino, también y sobre todo, desde la óptica de la aplicación de las normas antitrust comunitarias (arts. 85 y ss. del TCEE), lo que no sucedía con anterioridad. Conviene por ello distinguir en nuestra exposición ambas vertientes del ordenamiento comunitario.

1.1. No cabe duda que la adhesión de España a la CE y la consiguiente aplicación de la normativa comunitaria relativa al derecho de establecimiento (arts. 52 y ss. del TCEE) y a la libre prestación de servicios (arts. 59 y ss. del TCEE) suponía la apertura de las fronteras de nuestro país a los profesionales de los países miembros, así como la de estos países a nuestros profesionales. En definitiva, cuando menos y en teoría, un incremento potencial de la competencia en los mercados profesionales.

Pero la puesta en práctica —o, como ahora se dice, la “implementación”— de estas dos libertades desde la constitución de la Comunidad, y más concretamente desde la aprobación a principios de los años sesenta de los Programas Generales para la supresión de las restricciones a ambas libertades, no puede decirse que se hubiera caracterizado por su celeridad (73).

En efecto, en 1974, las conocidísimas Sentencias *Reyners* (74) y *Binsbergen* (75) pusieron de manifiesto que, aun en ausencia del derecho derivado relativo a dichas libertades, los profesionales (en ambos casos, se trataba de abogados) tenían, con base directamente en el Tratado (arts. 52 y ss. y 59 y ss., respectivamente), el derecho a establecerse y de ejercer su actividad profesional dentro del Estado miembro de su elección, y ello en la mismas condiciones que los nacionales del país de acogida (76).

---

(73) Había funcionando y funcionaba, sin embargo, muy aceptablemente el mecanismo diseñado para impedir que se incrementaran los obstáculos ya existentes: el principio *standstill* o de mantenimiento del *statu quo* en virtud del cual se prohibía y prohíbe toda nueva medida que tenga por objeto someter el establecimiento o la prestación de servicios de los nacionales de otros Estados miembros a una reglamentación más severa que la reservada a los propios nacionales.

(74) STJCE de 21 de junio de 1974, asunto núm. 2/74, “*Reyners vs. Estat Belga*”. Rec. 1974, p. 631 y ss.

(75) STJCE de 12 de diciembre de 1974, asunto 33/74, *van Binsbergen*, Rec. 1974, p. 1299.

Sin embargo, a pesar de estos importantes reconocimientos, desde un punto de vista práctico e inmediato, el efecto de la Sentencia Reyners se limitó, en última instancia, a la declaración de invalidez de las normas internas que impusieran la nacionalidad a los profesionales nacionales de países miembros como condición para el acceso a la profesión en el Estado de acogida (77). Y en el caso de la Sentencia Binsbergen, su efecto se limitó a considerar incompatible con el Derecho comunitario aquellas normas comunitarias consistentes en imponer la residencia en el Estado de acogida a los profesionales ciudadanos de tal Estado y habilitados para la profesión de acuerdo con la disciplina de este Estado, pero con residencia en otro Estado (78).

No es extraño, pues, que debido a la diversidad de condiciones de acceso y de ejercicio para ciertas actividades, se tuviera que acu-

---

(76) Debe destacarse igualmente la importancia que, a efectos del objetivo de construir un mercado único europeo en los sectores profesionales, tiene el caso Reyners en cuanto supuso una interpretación restrictiva de la excepción a la libertad de establecimiento en razón del ejercicio de funciones públicas contenida en el art. 55, párrafo 1.º, imponiéndose la distinción, a estos efectos, entre actividad y profesión. Textualmente, se indicó que dicha excepción "debe ser restringida a aquellas actividades contempladas por el art. 52 que, en sí mismas, conllevan una participación directa y específica en el ejercicio de la autoridad pública; no podrían calificarse de este modo, en el marco de una profesión liberal como la de abogado, actividades como la consulta y la asistencia jurídicas o la representación y defensa de las partes en justicia, incluso si la ejecución de estas actividades resulta por ley obligatoria y exclusiva".

(77) Casi quince años más tarde, el TJCE tuvo que volver a condenar por la misma causa a Grecia que después de ocho años en la CE seguía exigiendo de modo directo o indirecto para acceder a determinadas profesiones tanto a ciudadanos nacionales como de países no miembros, la nacionalidad griega: STJCE de 14 de julio de 1988, asunto 38/87, *Comisión vs. República Helénica*. Por supuesto que la nacionalidad, sigue jugando un importante papel a efectos de la aplicación del Derecho comunitario en materia de acceso al ejercicio profesional: véase los casos planteados en STJC de 24 de noviembre de 1977, asunto 65/77, *J. Razanatsimba*, Rec. 1977, p. 2229, en relación con nacionales no comunitarios, en el caso un ciudadano ACP (Estados de Africa, el Caribe y del Pacífico); y la STJCE de 19 de enero de 1988, asunto 292/1986, *G. Gullung vs. Conseils de l'ordre des avocats du Barreau de Colmar y de Saverne*, Rec. 1988, p. 131 y ss, en relación con ciudadanos de doble nacionalidad comunitaria. Téngase, además, en cuenta que como consecuencia de la modificación del párrafo 2.º del artículo 59 del TCEE llevada a cabo por el AUE, el Consejo, con mayoría cualificada, puede extender la libre prestación de servicios a nacionales de un tercer país que se encuentren establecidos dentro de la Comunidad.

(78) En el sentido de remarcar los efectos limitados de estas dos sentencias desde un punto de vista práctico e inmediato, CARBONE, S. M. y MUNARI, F., *ob. cit.*, p. 418.

dir a la promulgación de todo un conjunto de normas de derecho derivado (Directivas) sectoriales o específicas para un número importante de profesiones, que facilitarían para cada una de ellas la implantación de ambas libertades, o, en algunos supuestos, exclusivamente la libre prestación de servicios (caso, por ejemplo, de los abogados), si bien, en determinados casos, con no pocas limitaciones (79-80).

Al mismo tiempo que se procedía al desarrollo de este Derecho comunitario derivado, el Tribunal de Justicia Europeo (TJCE) rechaza como contrarias al Derecho comunitario algunas de las restricciones a la competencia existentes en los ordenamientos internos en cuanto que afectaban a la libre circulación de profesionales entre los Estados miembros, como la exigencia de "unidad de gabinete" o "unidad de clínica" (81) o la "reserva de actividad" (82) o la colegiación obligatoria

---

(79) Por ejemplo, en el caso de los abogados, la libre prestación de servicios, exige, entre otros requisitos, utilizar la denominación de la profesión originaria y no aquella del país donde se va a realizar la prestación, o se permite que los Estados de acogida puedan imponer al profesional extranjero que la actividad la preste con la asistencia de un profesional local. La amplitud con la que algunos países interpretaron esta posibilidad de exigencia de asistencia ha sido redimensionada por la STJCE de 25 de febrero de 1988, asunto 427/95, *Comisión vs. FRA*, Rec. 1988, p. 1154 y por la STJCE asunto 294/89, *Comisión vs. Francia*, Rec. 1991, p. I-3591.

(80) Desborda el objetivo de este trabajo dar cuenta del contenido de todas y cada una de estas Directivas. Para el estudio de ambas libertades en el campo de las profesiones liberales nos remitimos a SOUVIRON MORENILLA, J. M., *La configuración jurídica de las profesiones tituladas en España y en la Comunidad Económica Europea*, Consejo de Universidades, Madrid, 1988; BAENA DEL ALCAZAR, M., *La libre circulación de profesionales en Europa y su incidencia en España*, Consejo de Universidades, Madrid, 1987; Idem, *Europa y las profesiones liberales*, Madrid, 1989; AA.VV., *La libre circulación de profesionales liberales en la CEE*. Coord. J. F. DUQUE DOMINGUEZ, Valladolid, 1991, donde se recogen las ponencias del seminario que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de Valladolid los días 8 y 9 de junio de 1990; OLESTI RAYO, A., *La libre circulación de profesionales liberales en la CEE*, Barcelona, 1992.

(81) En la Sentencia Klopp (STJCE de 12 de julio de 1984, asunto 107/83, *Ordre des Avocats au Barreau de Paris vs. Klopp*, Rec. 1984, p. 2971 y ss.) se consideró incompatible con el derecho comunitario el requisito de la llamada "unidad de gabinete" previsto por la normativa francesa, en virtud del cual sólo se puede tener un despacho abierto al público e, incluso, otros secundarios pero siempre dentro de los límites territoriales de los Tribunales de "grande instance". La libertad de establecimiento — vino a decir el TJCE— significa que todo profesional sin abandonar el despacho o establecimiento que tiene en un país miembro puede instalar uno nuevo en otro Estado comunitario, sometiéndose en éste a las condiciones del ejercicio de la profesión. Así se volvió a confirmar en 1992, en la STJCE de 16 de junio de 1992 (STJCE de 16 de junio de 1992, asunto 531/90, *Comisión vs. Luxemburgo*, Rec. 1992, p. 3945) con relación a la profesión médica, en la que, además, se indica que una exigencia de "clínica única" no está justificada por consideraciones de atención al paciente, dado que



para determinadas actividades, aplicando en todos estos casos el llamado "test" de proporcionalidad en relación con el interés general que se pretende alcanzar con dichas restricciones (83).

Por otra parte, en esta dirección de exigir una justificada proporcionalidad entre restricción e interés general perseguido, y conviene remarcarlo, el TJCE ha, de alguna manera, consolidado algunas de las tradicionales estructuras profesionales como la colegiación obligatoria a organizaciones profesionales (84), deontología (85) o potestad disciplinaria (86).

---

la proximidad médico-paciente no es necesaria de un modo continuo, y en la STJCE de 20 de mayo de 1992 (asunto 106/91, *c. Ramrath*, Rec. 1992, p. 3351), con relación a los auditores de cuentas.

(82) STJCE de 25 de julio de 1991, asunto 76/90, *Sager vs. Dennemeger & Co. Ltd.*, Rec. 1991, p. 423, en la que, por desproporcionada, se rechaza la reserva de la actividad de agentes de la propiedad industrial exclusivamente a determinados profesionales. Véase también con relación al mismo tema, y en concreto con relación a las farmacias, las dos sentencias de 21 de marzo de 1991, asuntos 369/88, Rec. 1991, p. 1487 y asunto 60/89, Rec. 1991, p. 1547, respectivamente.

(83) STJCE de 26 de febrero de 1991, asunto 154/89, *Comisión vs. República Francesa*, Rec. 1991, p. 659, en la que se rechaza la colegiación obligatoria de los guías turísticos por considerarla desproporcionada; véase también la sentencia 4 de mayo de 1991, asunto 340/89, *I. Vlassopoulou vs. Ministerium für Justiz*, Rec. 1991, p. 2357.

(84) En la citada Sentencia Gullung, el TJCE ha entendido que la Colegiación obligatoria, en el caso abogados, no era contraria al Derecho comunitario siempre y cuando ésta fuera exigida a los nacionales del propio Estado (en el mismo sentido en la STJCE 22 de septiembre de 1983, caso *Auer II* y en la STJCE de 30 de abril de 1986, *Comisión vs. República francesa*, admitía la colegiación obligatoria de veterinarios, médicos y odontólogos, en tanto en cuanto el ejercicio de dichas actividades profesionales en el territorio de otros Estados debe sujetarse a las normas vigentes en el Estado de acogida), señalándose además que el fin específico y que justifica dicha obligatoriedad "es la garantía de la moralidad y el respeto de los principios deontológicos, así como el control disciplinario de la actividad de los abogados". Sin embargo, recuérdese que en la antes citada sentencia de 26 de febrero de 1991 se rechaza, por desproporcionada, la colegiación obligatoria de los guías turísticos. En general de esta jurisprudencia, y de forma concreta de la sentencia de 7 de mayo de 1992 (TJCE de 7 de mayo de 1992, asunto 104/91, *Colegios Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y Ministerio Fical vs. J.L. Aguirre y otros*), se puede deducir que el Derecho Comunitario no pone en entredicho de una manera general el sistema de colegiación obligatoria. Incluso para la prestación de servicios, algunas Directivas (por ejemplo, la 78/686/CEE para los odontólogos, de donde se extendió a otras Directivas relativas a otras profesiones) posibilitan que los Estados puedan exigir una inscripción temporal de oficio o una adhesión pro forma a una organización o colegio profesional, siempre y cuando la misma ni retrase ni complique la prestación de los servicios ni suponga un incremento de gastos para el prestador. O, incluso, se les encomienda directamente desde el Derecho comunitario determinadas funciones de selección o control de los profesionales (véase Directiva sobre requisitos de homologación de Auditores).

En este contexto que hemos intentado describir de forma sintética es donde la implantación de las dos libertades a que estamos haciendo referencia recibió un importantísimo impulso mediante la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años (87), Directiva que garantiza la posibilidad para todos los ciudadanos de los Estados miembros en posesión de los necesarios requisitos profesionales de ejercer su profesión en Estados distintos a aquél de origen en régimen de libertad de establecimiento, y su integración de pleno derecho, y en su caso, en el correspondiente Colegio u organización profesional (88).

Son suficientes las breves referencias hechas en los párrafos anteriores para concluir, utilizando palabras de Carbone y Munari (89) aplicadas a los abogados pero extendibles en buena medida al resto

---

(85) En la citada Sentencia *Klopp*, el TJCE ha precisado que “la existencia de un segundo domicilio profesionales en otro Estado miembro no obstaculiza la aplicación de las reglas de deontología en el Estado miembro de acogida”.

(86) En la también citada sentencia *Gullung*, se afirma 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.

(87) DOCE de 24 de enero de 1989. Se complementa con la Directiva 92/51/CEE, de 18 de junio de 1992 (DOCE, núm. 209, de 24 de julio de 1992).

(88) La Directiva prevé para determinados supuestos, la posibilidad de establecer como requisito añadido un período de prácticas o un examen de aptitud a elección del solicitante que pretenda acogerse al sistema, excepto para las profesiones cuyo ejercicio exija un conocimiento preciso del derecho nacional y en las cuales un elemento esencial y constante del ejercicio de la actividad profesional sea la asesoría y/o asistencia relativas al derecho nacional, supuesto en el que la elección por uno u otro sistema corresponde al Estado de acogida. Merece la pena señalar, por ser un dato significativo, que los países miembros que han incorporado la Directiva con relación a la profesión de abogado han preferido generalmente subordinar la habilitación no a un período de prácticas, sino a la superación de un examen de actitud y de conocimientos específicos del Derecho del Estado de acogida. En España, véase Orden de 30 de abril de 1996 (BOE, núm. 112, de 8 de mayo de 1996) por la que se desarrolla el RD 1665/1991, de 25 de octubre (BOE, de 22 de noviembre de 1991) por el que se regula el sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior de los Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el espacio Económico Europeo, en lo que afecta a las profesiones de Abogado y Procurador. En general, sobre la Directiva comunitaria, ADRIAN ARNAIZ, A. J., “El sistema general de reconocimiento de títulos universitarios de enseñanza superior que sanciona formaciones profesionales”, en *La libre circulación de profesionales en la CEE*, Valladolid, 1991; y OLESTI RAYO, A., *ob. cit.*, pp. 31 y ss.

(89) CARBONE, S. M. y MUNARI, Fco., *ob. cit.*, p. 421.

de las profesiones liberales, que el examen de la legislación y de la jurisprudencia comunitarias pone de manifiesto, por un lado, la existencia de normas y prácticas en el interior de los Estados miembros injustificadamente restrictivas de las libertades previstas por el Tratado y, consecuentemente, para la misma competencia intracomunitaria; y, por otro lado y al mismo tiempo, que esa misma legislación y jurisprudencia consideran plenamente justificables e incluso necesarias normas estatales que regulan los mercados profesionales en un sentido que podría considerarse restrictivo de la competencia. Citan aquellos autores dos ejemplos significativos: la legitimación y justificación de los Colegios Profesionales y su "rol" de vigilancia y de control de la actividad y hasta de los requisitos personales y "morales" de los profesionales, y la legitimación y justificación de los exámenes de habilitación y/o admisión, además de los sistemas de aprendizaje y de prácticas que se consideren necesarios establecer para acceder a la profesión.

Se puede observar, por tanto, cómo, a pesar de la lentitud de su puesta en marcha, a través de la implantación de estas libertades, o mejor dicho a través de los conflictos planteados con ocasión de su implantación, se ha procedido tanto a erosionar algunas de las restricciones a la competencia existentes en los ordenamientos internos que afectaban al ámbito intracomunitario, como a consolidar, de alguna manera, ciertas estructuras que caracterizaban y caracterizan, si bien con diferencias, el sistema jurídico profesional de los países miembros. Evidentemente, poco se podía conseguir respecto de aquellas limitaciones que afectaban exclusivamente a cada uno de los Estados miembros, sin tener "relevancia comunitaria". Y es que no se puede olvidar que con la libertad de establecimiento y con la libre prestación de servicios el objetivo de la Comunidad, como dijo el TDC en 1992, no es tanto que exista competencia dentro de un país, como que los ciudadanos de otros países miembros sean tratados de igual forma que los nacionales de cada uno de los países de la CEE.

1.2. Si la eliminación de aquellas restricciones a la competencia que no afecten a la circulación de los profesionales liberales en el ámbito comunitario no se conseguía ni se consigue con la aplicación de las libertades comunitarias a que nos hemos referido en el apartado anterior, entre otras razones porque, como hemos dicho, no era, ni es, ese su objetivo, por el contrario en los últimos años, 1993 y 1995, la Comisión, ha aplicado directamente a los profesionales y a sus Colegios las normas antitrust del TCEE (arts. 85 y ss.), calificándolos,

respectivamente y a tal efecto de “empresas” y “asociaciones de empresas” y considerando infracción del art. 85.1. del TCEE algo tan usual hasta entonces como la fijación de honorarios por parte de los Colegios.

Téngase en cuenta que a principios de los noventa, tanto desde el TDC como desde nuestra doctrina, se ponía de manifiesto la falta de pronunciamientos comunitarios en tal sentido (90). Existían, sin embargo, algunos indicios que presagiaban por su procedencia cambios en la situación (91). Interesantes, también, son, desde el punto de vista de lo que luego será la actuación de la Comisión Europea, las consideraciones que el Director General de la Competencia de la Comisión CE formuló el 11 de febrero de 1991 relativas a la legislación española sobre Colegios Profesionales, indicando que las decisiones de los Colegios relativas a los honorarios, adoptadas con base a las facultades que le otorga la LCP, son decisiones de asociaciones de empresas en el sentido del art. 85.1 del TCEE y que los arts. 5.3f, 85 y/ó 86 del

---

(90) Así, lo manifiesta Cristina Alcaide Guindo en su voto particular en la Resolución del TDC de 16 de octubre de 1990. En la doctrina, expresamente, VICENT CHULLIA, F., *La fijación ...*, *ob. cit.*, p. 1540; MASSAGUER, *ob. cit.*, p. 97

(91) Así, en el punto 52 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre el XIX Informe de la Comisión de la CE sobre política de la competencia (1990), se requiere a la Comisión para que especifique qué medidas intenta llevar a cabo para promover la competencia en el ámbito de las llamadas profesiones liberales, que están —se dice expresamente— frecuentemente “cerradas”. Y en el punto 38 de la Resolución, también del Parlamento Europeo, sobre el XX Informe de la Comisión sobre política de la concurrencia (1991) se puede leer que el Parlamento se complace de la declarada intención de la Comisión de aplicar resolutivamente las normas de la competencia a los profesionales liberales y al sector servicios, como los servicios sanitarios, las agencias inmobiliarias y de asesoramiento; invita a la Comisión a concluir una seria investigación sobre las legislaciones nacionales que en el campo de las profesiones liberales y de los servicios producen la existencia de verdaderas y propias barreras de acceso a las actividades económicas correspondientes. En su contestación al Parlamento, la Comisión responde que en el sector de los profesionales liberales, la Comisión intenta aplicar las reglas de la competencia a los acuerdos sobre precios que afectan a los intercambios entre los Estados miembros, en particular cuando potencian la compartimentación de los mercados nacionales, aun cuando los acuerdos sean autorizados o impulsados por la normativa nacional. Advierte la Comisión en dicha respuesta que se están ya realizando algunas investigaciones sobre la materia. Y ya en el XXV Informe de la Comisión sobre política de la concurrencia (1995) se puede leer que la libre circulación de las profesionales liberales en la Comunidad hace que algunas prácticas restrictivas de la competencia en este campo puedan incidir cada vez más en los intercambios entre los Estados miembros. Se prevé, sigue diciendo la Comisión, un aumento de los casos de infracción en este sector, dándose cuenta de las invitaciones que acabamos de relacionar del Parlamento europeo para aplicar la competencia a las profesiones liberales.

TCEE prohíbe a los Estados miembros adoptar o mantener en vigor medidas susceptibles de eliminar el efecto útil de la normativa comunitaria sobre competencia, lo que sucede cuando dicha medida impone, favorece o hace inútil la conclusión de un acuerdo contrario al art. 85 ó refuerza los efectos de un acuerdo ya concluido. Entendió, sin embargo, el Director General, que en el caso concreto, no parecía que hubiera una posible afectación sensible del comercio entre los Estados miembros, que, como se sabe, es condición indispensable para la aplicación del art. 85.1 del Tratado (92).

Con estos precedentes, las decisiones de la Comisión Europea no se hicieron esperar. Primero, fue su Decisión de 30 de junio de 1993 (93) en la que la Comisión decidió que la fijación de tarifas para las prestaciones profesionales de los agentes de aduanas italianas adoptada por el Consejo Nacional de Agentes de Aduanas (CNSD) y aprobadas por Decreto Ministerial, constituía una decisión de una asociación de empresas prohibida por el art. 85.1 del TCEE. Menos de dos años después, la Decisión de la Comisión CEE de 30 de enero de 1995 (94) consideró que la fijación de tarifas por parte del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial español (en adelante, COAPI) con relación a determinados servicios es una infracción grave de la competencia prohibida por el artículo 85, párr.1, del TCEE, reafirmando y completando los argumentos expresados en la primera Decisión.

En ambas decisiones se parte de que los agentes de aduanas, en un caso, y los agentes de propiedad industrial (en adelante, APIs), en otro, son empresas a los efectos del art. 85.1. TCEE, y que su consideración como profesional liberal no es obstáculo para tal calificación. En la primera de las Decisiones, la Comisión se limita a decir:

*“... el hecho de que la actividad de los agentes de aduanas sea considerada por el Derecho italiano una profesión liberal no obsta al hecho de*

---

(92) Estas consideraciones o observaciones las obtenemos de IBAÑEZ GARCIA, I., *ob. cit.*, p. 19; y de GALVEZ, J., *ob. cit.*, p. 101, nota 13. Ni el uno ni el otro citan la fuente ni tampoco indican a qué caso y a qué Colegio Profesional se refieren, si bien por el tenor de las mismas eran y son aplicables a todos aquellos Colegios que tenían la facultad de fijar honorarios mínimos.

(93) Comisión CEE, Decisión de 30 de junio de 1993, núm. 93/438/CEE IV/33407-CNSD, en *DOCE* de 13 de agosto de 1993, núm. L 203.

(94) Decisión Comisión CEE de 30 de enero de 1995, asunto núm. 95/188/CEE, IV/33.686-COAPI, en *DOCE* 1995, L 122.

*que los agentes de aduanas son empresas que ejercen una actividad económica”.*

En la segunda de las Decisiones, la Comisión se extiende un poco más:

*“Los API constituyen empresas en el sentido del artículo 85, apartado 1º del TCEE, desde el momento que ejercitan su profesión en modo independiente. Los mismos prestan, en efecto, sus servicios de modo estable y retribuido”.*

Y añade:

*“El hecho de que constituyan una profesión liberal reglamentada en el sentido de la ley española y de la Directiva 89/48/CEE del Consejo, que las prestaciones tengan carácter intelectual, técnico o especializado o sean prestados sobre base personales y directa no cambia nada la naturaleza de actividad económica”.*

El apoyo para tal calificación es, en ambos casos, la jurisprudencia del TJCE, citando a tal efecto, también en ambos casos, la sentencia de 23 de abril de 1991 (95), caso Höfner, donde se considera que:

*“... la noción de empresa abarca a cualquier entidad que ejercita una actividad económica, prescindiendo de su status jurídico y de su modalidad de financiación”.*

La consecuencia de la consideración de los profesionales liberales, Agentes de aduanas y APIs, como “empresas”, es que el CNSD y el COAPI son asociaciones de empresas y sus decisiones, decisiones de una asociación de empresas. En el caso CNSD (96), la Comisión dice que:

*“En consecuencia —dice la Comisión— el CNDS es una asociación de empresas y sus decisiones, en cuanto órgano elegido por sus*

---

(95) STJCE de 23 de abril de 1991, asunto C-41/90, *Höfner vs. Macroton*, en Rec., 1991, p. I-1979 (la cita es el punto 21 de la fundamentación jurídica de esta sentencia).

(96) Téngase en cuenta que el CNSD no es exactamente un Colegio, sino lo que traducido a nuestro lenguaje jurídico llamamos Administración institucional.

*miembros para la formación y llevanza del 'albo', son decisiones de una asociación de empresas, cuyo objetivo es disciplinar la actividad económica de los miembros".*

En el caso COAPI, la Comisión añade alguna consideración de más:

*"El COAPI, que agrupa en España a todos los API, constituye por tanto una asociación de empresas en el sentido de dicha disposición del TCEE [se refiere al art. 85.1]. El hecho de que se trate de un colegio profesional al que los poderes públicos han confiado alguna funciones que les permiten disciplinar la profesión y que su status jurídico es, según el Derecho español, el de corporación de Derecho público, no obsta para que el COAPI sea considerado una asociación de empresas".*

Determinado que los agentes de aduanas y los APIs son "empresas", y que el CNSD y el COAPI asociaciones de empresas, la Comisión va a considerar una decisión de empresa los acuerdos por los que aquéllos van a fijar los honorarios profesionales.

La Comisión en el caso CNSD señala que dicho Consejo "decide de una manera autónoma el nivel y la modalidad de aplicación y se comporta, por tanto, como el órgano de una asociación de empresas clásica". Los acuerdos en materia de fijación de precios —dice la Comisión en el caso COAPI— "son vinculantes para todos los miembros y el COAPI vigila que sean aplicados, recurriendo a su poder de establecer sanciones (apercibimientos y otras sanciones, hasta la expulsión)".

Pero en el caso CNSD, se añade algo que podría ser de especial interés con relación a aquellas profesiones en que los honorarios o tarifas no son fijados por los Colegios, sino a través de una norma general por el Gobierno, aunque a propuesta, solicitud o previo informe del Colegio. Para la Comisión, *el hecho de que una vez fijadas las tarifas por el CNSD, la mismas sean aprobadas por Decreto ministerial, "no modifica la naturaleza de decisión de una asociación de empresas"*. No debe, sin embargo, desbordarse las consecuencias de tal afirmación pues para la Comisión la demostración clara de aquella afirmación es que el acuerdo sobre derogación de las tarifas no necesitaba de tal aprobación ministerial. De aquí se deduce —dice la Comisión— "que todos los acuerdos concernientes a las tarifas son la expresión de la voluntad del CNSD".

Y, en el caso COAPI, la Comisión va a considerar, además, decisión de una asociación de empresas el Reglamento del Colegio de APIs aprobado por Real Orden de 28 de febrero de 1927, y adoptado el 29 de noviembre de 1926 por una Asamblea de APIs llevada a cabo de acuerdo con el Real Decreto de 27 de febrero de 1926 y en base al cual se adoptan los acuerdos sobre honorarios o tarifas. Téngase en cuenta que las consecuencias de esta declaración ponen en entredicho, en buena medida, el ordenamiento profesional español en el que, como se sabe, los Estatutos Generales de las profesiones son aprobados por el Gobierno previa elaboración de los Consejos Generales, y los Estatutos de cada Colegio son aprobados por los Consejos Generales previa elaboración por el propio Colegio. Pues bien, dichos Estatutos, tanto los Generales como los particulares, si se aplican los argumentos de la decisión de la Comisión que estamos reseñando, podrían considerarse decisiones de asociaciones de empresas y, en el caso de los Estatutos Generales, el hecho de su aprobación legislativa posterior no elimina tal carácter (97).

El siguiente paso en ambos casos es afirmar que los acuerdos del CNSD y del COAPI en materia de fijación de honorarios son restrictivos de la competencia (98-99). Ahora bien, para que pudiera ser apli-

---

(97) Para la Comisión el Reglamento del COAPI, en aplicación del cual la Asamblea General del Colegio va a adoptar el acuerdo sobre tarifas, "es originariamente un acuerdo entre empresas, que ha sido adoptado por los API reunidos en Asamblea (...). El Reglamento del COAPI constituye, por tanto, también una decisión de asociación de empresas en el sentido del apartado 1.º del artículo 85 del Tratado". Por otra parte, actualmente, este Reglamento está regulado por la Ley 2/1974, de Colegios Profesionales, que "estipula que los Estatutos y Reglamentos internos de los Colegios Profesionales son establecidos por los órganos de decisión de los Colegios previa aprobación de los poderes públicos".

Este Reglamento —añade la Comisión—, que es tanto un acuerdo como una decisión, es un acto autónomo y distinto de los procedimientos legislativos que le han precedido (Decreto Real de 27 de febrero de 1926) [en base al cual se adopta el 29 de noviembre de 1926 el Reglamento del COAPI por una Asamblea de los API] como seguido (Decreto Real de 27 de febrero de 1927 y sucesivas modificaciones) [que aprueba el Reglamento adoptado por la Asamblea de API el 29 de noviembre de 1926]. Estos procedimientos legislativos —dice la Comisión— "no modifican el carácter de acuerdo entre empresas o de decisión de asociación de empresas".

(98) En el caso COAPI ello se afirma también del Reglamento del Colegio del que se dice que sus arts. 48 y 49 "anuncian la fijación común de los precios mínimos".

(99) "Al aprobar tales disposiciones —se refiere la Comisión al Reglamento de los COAPI— los miembros de COAPI se privan recíprocamente de la libertad de establecer individualmente las propias tarifas de remuneración de los servicios por ellos realizados a sus clientes". Las tarifas mínimas nacionales y extranjeras —argumenta también la Comisión en el caso COAPI— "tienen por objeto y por efecto impedir a los API



cado el Derecho comunitario de la competencia era necesario que dichas restricciones pudieran perjudicar de una manera relevante el comercio entre los Estados miembros. En el caso CNSD —dice la Comisión— *“la tarifa fijada por la CNSD es susceptible de perjudicar el comercio entre los Estados miembros en la medida en que fija exactamente el precio de todas las operaciones aduaneras concernientes a las importaciones a Italia y las exportaciones desde Italia”*. El perjuicio hay que considerarlo “notable” dado el volumen de las operaciones de importación y exportación realizadas por y desde Italia. Por lo demás, la existencia de la tarifa obstaculiza los intercambios entre el mercado italiano y los otros mercados comunitarios, en cuanto hace más costosas y más complejas las operaciones aduaneras. Por otra parte, concluye su argumentación la Comisión, el precio ni tan siquiera está unido a la calidad del servicio o al tipo de servicio realizado, ya que los mínimos y los máximos fijados no tienen ningún nexo con el servicio prestado, sino que están establecidos con referencia al valor de las mercancías o, en otros casos, a su peso (100).

También son susceptibles de perjudicar de forma sensible a los intercambios entre los Estados miembros las restricciones en el caso COAPI:

*“Está claro que, en el caso, las tarifas inciden sobre la mayor parte del comercio en cuestión. Ante todo, estas tarifas cubren todo el volumen de la demanda proveniente de clientes residentes en el extranjero: este comercio está, en efecto, monopolizado por los miembros del COAPI. En segundo lugar, por lo que se refiere al comercio abierto a la*

---

entrar en competencia entre ellos recurriendo a honorarios inferiores a los mínimos establecidos”. Pero no sólo tienen este efecto, sino que para la Comisión, dichas decisiones, al mismo tiempo “refuerzan artificialmente los obstáculos de acceso al mercado por parte de nuevos API que deseen realizar una actividad y limitan así el acceso de los usuarios a fuentes alternativas de prestaciones unidas a la obtención de un derecho de patente o de marca en España”. Se trata —dice la Comisión— de “restricciones sensibles puesto que se refieren al conjunto de prestaciones ofrecidas por los API a los usuarios residentes en España o en el extranjero”. En el caso CNSD, la restricción no solo deriva de la fijación de precios fijos e iguales para todos los operadores, sino también de que dichas tarifas imponen una facturación individual por operación, lo que impide a los clientes prever la ejecución de operaciones agrupadas a un coste reducido.

(100) Se indica igualmente por el TJCE que no habiéndose notificado la decisión no cabe que se beneficie de una exención. Además, no se dan los presupuestos de aplicación del art. 85.3, ya que según una praxis administrativa de la Comisión y la jurisprudencia del TJCE la fijación de precios, y en particular de precios mínimos no puede beneficiarse de una exención.

*competencia (esto es, las demandas de clientes españoles que intentan obtener derechos en el extranjero), los miembros ocupan inevitablemente una posición preponderante" (101).*

Merece la pena advertir, como ha puesto de manifiesto Catelli (102), que la Comisión no se ha servido del "temido" principio del mercado relevante para poner en discusión el ordenamiento de los APIs, sino que reprime solamente los aspectos anticompetenciales que se reflejan sobre los países miembros. Y adviértase, igualmente, la amplitud con que se determina la afectación del mercado comunitario, de forma que dicha afectación sería sin excesiva dificultades aplicable a muchos otros profesionales.

De especial interés es también el hecho de que, en ambas decisiones, la Comisión rechaza la pretensión del CNSD y del COAPI de excluir su responsabilidad sosteniendo que su conducta se deduce, es consecuencia o cumplimiento de la Ley. Ciñéndonos al caso COAPI, la Comisión argumenta que:

— "La única obligación legal a que está obligado el COAPI es a establecer un reglamento para su funcionamiento (...). El artículo 5, letra ñ) de la Ley 2/1974, precisando que corres-

---

(101) El razonamiento completo es el siguiente: "(...) el sistema de tarifas mínimas acordadas por el COAPI se refiere al menos a dos tipos de servicios transfronterizos: aquellos que permiten a clientes residentes en el exterior obtener un derecho en España y aquellos que permiten a clientes españoles obtener un derecho en el exterior. Con tal medida, el sistema (...) está en condiciones de incidir sobre el intercambio entre los Estados miembros en el sentido del artículo 85, apartado 1.º del TCEE. Como ha señalado el TJCE en la sentencia de 19 de abril de 1988 (...), un acuerdo está sujeto a la prohibición del artículo 85 sólo si incide de modo sensible sobre los intercambios entre los Estados miembros. Está claro, por tanto, que, en el caso, las tarifas inciden sobre la mayor parte del comercio en cuestión. Ante todo, estas tarifas cubren todo el volumen de la demanda proveniente de clientes residentes en el extranjero: este comercio está, en efecto, monopolizado por los miembros del COAPI. En segundo lugar, por lo que se refiere al comercio abierto a la competencia (esto es, las demandas de clientes españoles que intentan obtener derechos en el extranjero), los miembros ocupan inevitablemente una posición preponderante", posición preponderante que la hace derivar la Comisión del alto grado de especialización en esta materia y de la "imagen de marca" obtenida por la afiliación al COAPI, lo que hace que acaparen la mayor parte de la demanda existente sobre el mercado en cuestión.

(102) "Le tariffe professionali come accordo di prezzo", *Il Diritto Industriale*, 2/1996, p. 143. También del mismo autor véase el comentario a la Decisión del Caso CNSD, "Tariffe professionali e disciplina antitrust", *Il Diritto Industriale*, 2/94, pp. 151 y ss.

ponde a los Colegios Profesionales “regular los honorarios mínimos de la profesión”, no constituye una obligación de hacerlo.

— “Esta ley no fija las tarifas, ni siquiera los criterios para fijarlos, y deja a los Colegios Profesionales la responsabilidad de hacerlo”.

La competencia por los precios no está limitada por la ley misma, sino por las conductas, permitidas por la ley, de los operadores privados reunidos en el ámbito de su organización profesional, comportamiento que no entra dentro del ámbito del ejercicio de funciones públicas”.

— Por lo demás, en la sentencia de 16 de noviembre de 1977, el TJCE ha declarado que si no se quiere privar de efecto útil al art. 85 y ss., las empresas no pueden evitar la aplicación de las normas del TCEE por el simple hecho de que su conducta se considere posible por los poderes públicos. La responsabilidad por parte del Estado en el caso, admitiendo que exista tal circunstancia, podría como máximo tener el efecto de atenuar el importe de la pena, pero no el de excluir la aplicación de las reglas de la competencia. En efecto, “también cuando el Estado delega en una asociación de empresas la facultad de fijar los precios que deben practicar sus miembros, cometiendo en tal caso una infracción del artículo 3, letra g), 5, segunda coma y 85 del Tratado, el ejercicio de tal facultad por parte de la asociación no está sustraída a la aplicación del artículo 85 del TCEE”.

Finalmente, también en ambos casos, se indica por la Comisión que, de la decisión a falta de notificación, no es posible beneficiarse del sistema de exención, además de que los citados acuerdos no satisfacen ninguna de las cuatro condiciones para obtenerla (103).

2. Otro de los factores a tener necesariamente en cuenta en la materia que tratamos es la inclusión de los servicios de los profesiona-

---

(103) Los argumentos en el caso COAPI son los siguientes:

a) “... La fijación colectiva de precios mínimos, admitido que tenga por objetivo garantizar prestaciones de calidad, no constituyen en el caso, el instrumento apropiado para tal fin. Por un lado, la misma no impide que prestaciones de calidad inferior sean prestadas impunemente, aun a precios superiores al mínimo. De otro lado, la calidad de las prestaciones de los API está ya ampliamente garantizada por las condiciones de acceso a la profesión, por la reserva de actividad que se les concede y por los elevados valores morales requeridos a los profesiones liberales”.

les liberales en el General Agreement on Trade Services (GATS) (Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios), equiparándose así los profesionales a otros operadores económicos como los que operan en sectores como las telecomunicaciones, los transportes, el turismo, los servicios bancarios o el sector del seguro. La utilización para los profesionales liberales de la posibilidad prevista en el propio Acuerdo de establecer "Anexos especiales" para aquellos servicios con rasgos o caracteres específicos, ha sido rechazada por los órganos rectores del Acuerdo que han entendido que no era necesario dado que las prestaciones de servicios profesionales se acomodan fácilmente a los presupuestos generales del acuerdo marco. Por lo demás, el propio acuerdo marco establece la posibilidad de cada Estado miembro decida los sectores de servicios que se comprometen a liberalizar, si bien también se contemplan los mecanismos para iniciar ulteriores negociaciones con el fin de proseguir la vía de la liberalización en este sector de los servicios (104).

En definitiva, a pesar de que en el sector servicios el proceso de liberalización está en una fase muy inicial, no conviene perder de vista que, como se señala por la Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado italiana (105), el GATS, al prever la liberalización de muchos

---

b) Recuerda la Comisión también que en la sentencia 17 de enero de 1984, el TJCE ha afirmado que "aun suponiendo que la fijación colectiva de precios mínimos constituya una garantía contra las prácticas desleales, ello no sería una razón suficiente para sustraer un mercado entero a la aplicación de las reglas de la competencia del TCEE".

c) Ni siquiera la obligación legal del COAPI de tener en cuenta los derechos de los particulares en el ejercicio de las funciones confiadas por la Ley (...) es suficiente para entender satisfechas las cuatro condiciones de exención previstas por el apartado 3 del art. 85. Para la Comisión la disposición que regula los honorarios (letra ñ) del art. 5 de la LCP) deja a los Colegios profesionales completamente libres de fijar los honorarios mínimos que quieran. Y el COAPI ha declarado que sus tarifas se basan sobre una serie de factores económicos.

d) "Las restricciones en cuestión impiden a los usuarios beneficiarse de prestaciones a precios inferiores que los profesionales más capaces podrían practicar, desanimando a los API a buscar otras formas de ejercicio de la profesión que les permita reducir los costes. Las mismas no determinan, por tanto ningún beneficio para los usuarios, no mejoran la distribución de los servicios ni sirven para promover el progreso económico o técnico".

(104) Una breve referencia al tema en GALVEZ, J., *ob. cit.*, p. 100. Informa (p. 101) de la posición de la Unión Profesional, organización que engloba a los Colegios Profesionales españoles, de preocupación y rechazo a la inclusión en el GATS de los servicios profesionales y su tratamiento como organizaciones de productos mercantilizadas.

(105) Acuerdo de apertura de la "indagine conoscitive" sobre el sector de los "Ordini" y Colegios Profesionales y de las relativas profesiones por ellos mismos regla-

servicios profesionales, conducirá a una progresiva abolición de las normas que obstaculizan la competencia en este sector, entre otras razones porque el mismo introduce explícitamente el principio de libre competencia en las profesiones liberales.

## V. LA CUESTION EN EL DERECHO COMPARADO Y EL INFORME DE 1985 DE LA OCDE

La preocupación por las profesiones liberales desde el punto de vista del Derecho de la Competencia no es ni mucho menos exclusiva de España. Algunos ejemplos nos dan muestra de ello.

1. En USA, hace ya más de cincuenta años, el Tribunal Supremo mantuvo que el Derecho de la competencia era plenamente aplicable a la práctica de la medicina y a los servicios sanitarios (106). Pero se trató de un caso aislado. Como se ha señalado con relación al sector

---

mentadas, en *Bolletino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 1994, (en adelante Boll. AGCM), núm. 48, p. 34.

(106) 317 US 519 (1943) "*American Medical Association vs. United States*". El Tribunal Supremo de USA mantuvo una acusación criminal de la Sherman Act y condenó a la American Medical Association, a la Medical Society of the District of Columbia y a otros por obstruir las operaciones de un plan de salud de un grupo no lucrativo en el Distrito de Columbia ofreciendo servicios sanitarios "prepaid". Las imputaciones que se hacían a los inculpados eran la de "conspirar" para evitar que los médicos aceptasen empleos dentro del citado plan y de prevenir a los hospitales para que no ofrecieran facilidades a los pacientes de los médicos que actuaban dentro del citado plan. En definitiva, una orden o llamada al "boicot" del plan y de los médicos que en él actuaban que se trataba de justificar en que el plan era, en su opinión, ilegal y que no era ético que los médicos trabajasen para el mismo. La Corte de Apelación para el Distrito de Columbia se fundó en que la AMA estaba intentado en parte proyectar "el status económico de la profesión médica" y puso el acento en otros temas o argumentos, uno de ellos claramente vinculado al Derecho de la competencia: un grupo privado no debe impedir o suprimir la competencia simplemente porque crea que haciéndolo así está defendiendo intereses públicos. El Tribunal Supremo afirmó: 1) que la práctica de la medicina es un "trade" bajo la Sherman Act; 2) que la conducta de los inculpados tenía por objetivo restringir el "trade" dentro del significado de la Sherman Act; y 3) que la conducta de los inculpados no se podía encuadrar en ninguna de las excepciones de la ley antitrust. En la sentencia del Tribunal Supremo se puede leer que la sociedad médica "are not law enforcement agencies; they are charged with no duties of investigating or prosecuting, to say nothing of convicting and punishing (...) Except for their size, their prestige and their otherwise commendable activities, (defendants') conduct in the present case differs not at all from that of only other extra-governmental agency which assumes power to challenge alleged wrongdoing by taking the law into its own hands". Véase FLYNN, J., "Antitrust policy and health care reform", *Antitrust Bulletin*, 39, 1994, p. 72

sanitario pero plenamente aplicable al conjunto de los sectores profesionales, durante un período de treinta años hasta mitad de los años setenta simplemente las leyes sobre defensa de la competencia fueron ignoradas en estos sectores (107). Estaba extensamente extendida la creencia que los esfuerzos en su aplicación serían bloqueados por una variedad de “defenses”, tales como la “state action” o la “interstate commerce”, así como también por la concepción de que los “learned professions” debían, de alguna manera, tener una especial “defense” por la propia naturaleza de algunas de las actividades que realizan.

Sin embargo, la decisión del Tribunal Supremo de 1975 en el caso *Goldfarb* (108), que afirmó que la adopción por una “bar association” (109) de abogados de unas tarifas mínimas, así como la previsión de sanciones para los “unethicalley” que no se atuvieran a las mismas, constituía una ilegal fijación horizontal de precios, clarificó el camino para futuras aplicaciones de las leyes antitrust a los mercados de servicios profesionales. El Tribunal Supremo sostuvo que, en el caso, no existía una “learned professions defense”, que la “state action” no inmunizaba, no protegía, la conducta del “bar” y que se podían encontrar en el caso nexos con el “interstate-commerce”. Ahora bien, después de negar que, en el caso enjuiciado, hubiera una excepción especial para los profesionales liberales, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos indicó que bajo determinadas circunstancias, los profesionales exigen un tratamiento diferente, consistente en la utilización de modelos (“standards”) diferentes para evaluar las conductas profesionales a efectos del derecho de la competencia. En efecto, en una nota a pie de página en el caso *Goldfarb*, el Tribunal estableció que “the fact that a restraint operates upon a profession as distinguished from a business is, of course, relevant in determining whether that particular restraint violates the Sherman Act. It would be unrealistic to view the practice of professions as interchangeable with other business activities, and automatically to apply to the professions antitrust con-

---

(107) FLYNN, J., *ob. loc. cit.*; LERNER, A.N., “Federal Trade Commission antitrust activities in the health care services field”, *Antitrust Bulletin*, 29, 1984, p. 207; ALPERT, G. y MCCARTHY, T. R. “Beyond Goldbard: applying traditional antitrust analysis to changing health markets”, *The Antitrust Bulletin*, 29, 1984, p. 165; KINTNER-BAUER, “Federal Antitrust Law”, Cincinnati, 1994/1995, T. IX, 75.1; ROBERTS, R. J., “Competition-antitrust: Canada and the United State”, Toronto/Vancouver, 1992, pp. 448 y ss.

(108) *Goldfarb vs. Virginia State Bar* 421 US 773 (1975).

(109) Equivalente, pero con diferencias, a nuestros Colegios Profesionales.

cepts which originated in other areas. The public service aspect, and other features of the professions, may require that a particular practice, which could properly be viewed as a violation of the Sherman Act in another context, be treated differently". El Tribunal Supremo no establece, por tanto, que la fijación de precios en el sector de las profesiones liberales sea ilegal *per se*, y en la nota a pie de página parece dar a entender que la fijación de precios en este sector y en otras circunstancias distintas a las existentes en el caso concreto podían no ser ilegales (110). En definitiva, en el caso *Goldfarb*, la presencia de especiales "public service aspects" conectados al ejercicio de la profesión (el núcleo de la defensa del "bar" se dirigía a salvar la uniformidad de las tarifas en nombre de la mayor calidad del servicio que de ello se derivaría) sólo sirve en realidad para conseguir del Tribunal Supremo la aplicación de la "rule of reason". Pero para poco más. La peculiaridad de la actividad desarrollada no fue suficiente para salvar el "canon of ethic" del juicio antitrust o juicio de anticompetitividad.

Poco después en 1977, el Tribunal Supremo en *Bates vs. State Bar of Arizona* (111), afirmó que la prohibición absoluta de hacer publicidad impuesta por el Colegio de Abogados de Arizona a sus miembros era inconstitucional por ser contraria a la libertad de expresión lo que fue reiterado pocos años después, en 1982, en el caso *American Medical Association v. Federal Trade Commission* (112). Desde aquellas primeras decisiones, las posibilidades de hacer publicidad por parte de los profesionales se ha ido ampliando, tanto en sus contenidos como con relación a los medios a través de los cuales se lleva a cabo, si bien, siempre bajo las normas dictadas por las organizaciones profesionales equivalentes a nuestros Colegios.

Cualquier duda que pudiera aún existir sobre que las leyes antitrust son aplicables a los profesionales fueron disipadas en decisiones sucesivas del Tribunal Supremo, en las que, además, la excepción de "public service" contemplada en el caso *Goldfarb* fue interpretada de una forma todavía mucho más limitada.

---

(110) KINTNER, *ob. cit.*, t.II, p. 65, nota 7.

(111) 433 U.S. 350 (1977). Véase los argumentos utilizados tanto en el caso *Goldfarb* como en el caso *Bates* en ROBERTS, R. J., *ob. cit.*, pp. 447-8 y 456 y ss. El TS americano consideró, sin embargo, que la prohibición absoluta de hacer publicidad impuesta por el Colegio de Abogados de Arizona a sus miembros estaba, desde el punto de vista de la legislación *antitrust*, amparada por la doctrina de la "state action" dado que la prohibición había sido introducida en realidad por el Tribunal Supremo de aquel Estado.

(112) 455 U 676 (1982).

En el caso *Nacional Society of Professional Engineers vs. United States* (113), el Tribunal Supremo, después de calificar expresamente a la ingeniería de profesión liberal (“learned profession”) y de reconocer que “by their nature, professional service may differ from other business services”, rechazó por considerarla restrictiva de la competencia una prohibición de “licitaciones competitivas” (“competitive binding”) para los servicios de los ingenieros incorporada al propio código ético de la asociación profesional (114). El Tribunal Supremo negó expresamente que los normas deontológicas de los inculpados contra las licitaciones competitivas “fueran razonables porque la competencia entre ingenieros profesionales era contraria al interés público”, en cuanto podría originar la aparición de ofertas a la baja en perjuicio de la calidad de los servicios profesionales. Y si bien admitió que dicha práctica podría admitirse en el caso de que los inculpados hubieran demostrado (algo que no hicieron pues ni tan siquiera lo alegaron) que daba como resultado un mayor nivel de competencia, el Tribunal Supremo concluyó que “the cautionary footnote in Goldfarb... cannot be read as fashioning a broad exemption under the Rule of Reason for learned professions”.

En el caso *Maricopa* (115), relativo a la fijación horizontal de precios máximos por una asociación médica con relación a los clientes de compañías aseguradoras, el Tribunal Supremo rechazó enfáticamente el argumento de que las especiales consideraciones competitivas de la industria de la salud suponían la no aplicación de las tradicionales reglas condenatorias de fijación de precios, negando que hubiera una excepción a la prohibición *per se* (*per se rule*) que se aplica a los acuerdos horizontales de fijación de precios. En definitiva, la caracterización de la actividad como profesional o su relevancia publicista no constituyó un elemento decisivo para inducir, en el caso, al Tribunal Supremo a aplicar la “rule of reason”.

Los casos *Goldfarb*, *Nacional Society of Professional Engineers* y *Maricopa*, supusieron un cambio radical en la aplicación de las leyes antitrust a las profesiones liberales. Desde entonces han sido muchos los casos en que los Tribunales se han decantado decidida-

---

(113) 435 US 679 (1978).

(114) Concretamente se imponía a los ingenieros la prohibición de indicar tarifas y de negociar honorarios antes de que el cliente hubiese elegido al profesional y el proyecto más idóneo.

(115) *Arizona vs. Maricopa County Medical Society*, 457 US 332 (1982).



mente por esta aplicación (116), consolidándose la posición de que cuando se alega razonablemente que la conducta enjuiciada esta motivada por razones de público interés o consideraciones éticas, la "rule of reason", en vez de la prohibición *per se* (*per se rule*), es el estándar apropiado para valorar las conductas profesionales. Aún así, los inculpados deben probar que su practica no tienen efectos adversos sobre la competencia. Evidentemente, se seguirán aplicando los estándares competitivos tradicionales a las prácticas empresariales o decisiones de los profesionales económicamente motivadas (117).

2. En *Canadá*, el interés de las autoridades encargadas de aplicar las leyes antitrust por los aspectos competenciales de la autorregulación profesional comenzó al mismo tiempo que en Estados Unidos. Este interés se manifestó en una serie de estudios y informes (118), que culminaron con la reforma de la "Combines Investigation Act" (119) para extender su aplicación al sector servicios, incluidos los profesionales. Varias "sociedades provinciales de leyes" (120) y otros cuerpos profesionales reaccionaron para conseguir que se reconociera el hecho de que las profesiones no son meras asociaciones empresariales, sino que son sociedades cuyos miembros tienen predominantemente intereses científicos y profesionales más que meramente comerciales (121), obteniendo del Parlamento una expresa "defensa" que contempla que los Tribunales no condenarán cuando consideren que los acuerdos, concentraciones, prácticas en los servicios profesionales son relativos a "standards of competence and integrity that are reasonably necessary for the protection of the public" (122). En el caso *Jabour* (123), el Tribunal Supremo canadiense aclaró que sólo los códigos éticos (deontológicos), reglas y regulaciones de las asociaciones profesionales que tienen legítimamente delegadas sus facultades por los parlamentos provinciales

---

(116) Véase un panorama bastante completo de la situación actual con referencias a numerosos casos planteados ante los Tribunales, en KINTNER, *ob. loc. cit.*, y allí, en notas núm. 1, 12 y 16, las correspondientes referencias bibliográficas.

(117) KINTNER-BAUER, *ob. cit.*, t. IX., pp. 92, 95-96.

(118) Empezando por el titulado "Interim Report on Competition Policy" (1969) del Economic Council of Canada.

(119) Ahora "Competition Act" de 1985.

(120) Equivalentes, con diferencias, a nuestros Colegios.

(121) ROBERTS, R. J., *ob. cit.*, p. 447.

(122) S. 32(6) de la Combines Investigation Act (ahora S. 45(7) de la Competition Act 1985).

(123) *Jabour vs. Law Society of British Columbia* (1982) 2 S.C.R. 307, (1982) 5 W.W.R. 289, 66 C.P.R. (2d) 1.

caen bajo la "defensa" de la citada S 32 (6), no cubriendo dicha sección las actuaciones de las asociaciones voluntarias de profesionales, normalmente locales o de distrito, a las que se les aplica, sin más, la legislación antitrust.

Por lo que se refiere a las restricciones de la publicidad, se considera que las restricciones autorizadas "provincialmente" deben considerarse contrarias a la garantía de la libertad de expresión contenida en la Canadian Charter of Rights and Freedoms. Así, se declaró en 1988 en el caso *Rocket vs. Royal College of Dental Surgeons of Ontario* con relación a una prohibición de publicidad relativa a los dentistas. La situación, por tanto, del Derecho canadiense en este punto hay que considerarla muy próxima a la originada en Estados Unidos con el caso *Bates* (124).

3. En el *Reino Unido*, nos cuenta Whish (125), muchas profesiones liberales han estado sujetas al sistema de investigación de la competencia característico de Derecho inglés. La MMC (Monopolies and Mergers Commission) se ha resistido a aceptar que las profesiones liberales posean tales especiales características que queden al margen de la normal severidad del proceso competitivo. Así, se manifestó en 1970 en su informe general sobre "Professional Services" (126), si bien de una forma claramente escéptica. En dicho Informe se citaban, entre otras, la fijación colectiva de tarifas de honorarios, las prohibiciones o restricciones de publicidad, las restricciones a la posibilidad de ejercer la profesión a través de sociedades de responsabilidad limitada, la prohibición a asociarse con otras profesiones (ejercicio multidisciplinar), como prácticas consideradas susceptibles de ser contrarias a los intereses públicos. En la década de los setenta, la MMC publicó informes críticos sobre la fijación colectiva de tarifas de honorarios cobrados por "surveyors" (agrimensores) (127) y por arquitectos (128), sobre

(124) ROBERTS, *ob. cit.*, p. 458

(125) WHISH, Richard, "Competition Law", 3.<sup>o</sup> ed., London-Edinburgh, 1993, pp. 88-89 y 422-423. Véase también EHLERMANN, C. D., "Concurrence et professions libérales: antagonisme ou compatibilité?", *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 365, 1993, pp. 141; BUTTON, K. y FLEMING, M., "The changing regulatory regime confronting the professions in Europe", *The Antitrust Bulletin*, 37, 1992, pp. 429-452.

(126) "Report on the general effect on the public interest of certain restrictive practices so far as they prevail in relation on the supply of professional services".

(127) *Surveyors' Services, a Report on the Supply of Surveyors' Services with Reference to Scale Fees* [HCP (1977-78) 5].

(128) *Architects' Services, a Report on the Supply of Architects' Services with Reference to Scale Fees* [HCP (1977-78) 4]. Con anterioridad ya había condenado las

“bar’s two-counsel rule” (129), y sobre numerosas restricciones-prohibiciones de publicidad impuestas por diversos cuerpos profesionales a sus miembros (130). La oficina del Director General de la “Fair Trading” (OFT) ha tenido serias dificultades para aplicar alguna de las recomendaciones hechas por la MMC y destinadas a estimular la competencia en el sector de los profesionales (131). En octubre de 1984 comenzaron a aparecer algunos anuncios relativos a “solicitors” y a “accountants”, pero la cuestión estaba todavía en estudio en 1987 (132). La MMC, sin embargo, admitió las restricciones a la publicidad de los “barristers” (133).

Las conclusiones del Informe de 1970 y los posteriores sobre ciertas profesiones que acabamos de señalar fueron el comienzo de un cierto proceso de desregulación que continuaba en 1986. En este año, la DGFT publicó cuatro informes sobre la competencia en las profesiones: The Advertising and Charging Rules of the Professions Serving the Construction Industry (marzo de 1986); Restrictions on the Kind of Organization through which Members of Professions may Offer their Services (agosto 1986); Review of Restrictions on the Patent Agent’s Profession (septiembre 1986); y Advertising by the Professions: a Review of the Remaining Significant Restrictions (octubre 1986). Como resultado de estos informes se produjeron algunos cambios legislativos, tales como la supresión, en la Copyright, Designs and Patents Act de 1988, del monopolio de los “patent agents” y “solicitors” con relación a la solicitud de patentes y algunas alteraciones durante el año 1987 en temas de publicidad (134).

---

tarifas de honorarios de los State Agents (una especie de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria) en State Agents HCP (1968-1969) 127.

(129) Barristers’ Services HCP (1975-76) 559; Advocates’ Services HCP (1975-76) 560.

(130) Stockbrokers (1976); Services of Solicitors in England and Wales HCP (1975-1976) 557; Services of Solicitors in Scotland HCP (1975-1976) 558.

(131) GORDON BORRIE, “The Professions. Expensive Monopolies or Guardians of the Public Interest?”, *The Journal of Business Law*, 1984, pp 111-125

(132) 1987 Annual Report of the DGFT, p. 29

(133) Barristers’ Services HCP (1975-76) 559; Advocates’ Services HCP (1975-76) 560.

(134) Véase Annual Report of the DGFT de 1987. Merece la pena señalar que en el último de los Informe, el relativo a la publicidad, la OFT precisa (EHLERMANN, *ob. cit.*, p. 141) que de las 83 organizaciones profesionales objeto de estudio en 1970, solo un número reducido continúa imponiendo restricciones a la publicidad de sus miembros. Y estas se refieren a reglas generales sobre el estilo, la calidad, la dignidad, sobre los medios que pueden utilizarse y sobre el contenido de la publicidad. En total, 22 organizaciones profesionales son las que imponen estas restricciones, y nueve de ellas pertenecen al sector de la sanidad. La OFT indica en dicho informe que la competencia a través de la publicidad entraña beneficios para el consumidor dado que va a disponer

En 1989, la MMC realiza otra serie de informes. Esta vez sobre ingenieros consultores, Medical Practitioners y sobre osteópatas. En cada uno de ellos, la MMC concluyó que las reglas de publicidad deberían ser liberalizadas, pero advirtiendo que la publicidad no debería ser de tal tipo que no respetase el prestigio de la profesión y añadiendo en los dos últimos informes que no se explotara o abusase de la confianza de los posibles pacientes o de su ignorancia.

La situación descrita ha permitido afirmar a Ehlermann que el Reino Unido es el Estado miembro de la Unión más liberal en materia de regulación y autorregulación en el sector de las profesiones liberales.

4. Por lo que se refiere a *Francia*, es necesario recordar que el Derecho francés fue, el primer ordenamiento europeo, dejando fuera a Inglaterra con sus tradicionales partnership, en ofrecer una estructura jurídica destinada al ejercicio asociado de las profesiones liberales. Nos estamos refiriendo a las Sociedades Civiles Profesionales de la Ley de 1966. Y en 1990 se aprobó la ley por la que se establece y regulan las SEL, Sociedades de Ejercicio Liberal, que permite a los distintos profesionales el ejercicio asociado de la profesión, incluso con forma de sociedades de responsabilidad limitada, con posibilidad de capital externo no profesional, si bien con un sistema de responsabilidad personal de los socios por la actividad profesional, siendo el único país europeo, si exceptuamos Holanda, en permitir la utilización a sus profesionales de las sociedades de capital.

Por lo que se refiere al tema de la publicidad de los profesionales, el ordenamiento francés disfruta, en general, de un régimen menos restrictivo que el existente en nuestro país. En el caso de la abogacía, por ejemplo, no existe una prohibición absoluta de publicidad, pero

---

de una mayor información, y supone, al mismo tiempo, una mayor eficiencia en la prestación de los servicios prestados. Y alega como demostración de sus afirmaciones los cambios producidos desde mitad de la década de los setenta. Frente a los argumentos de las organizaciones profesionales según las cuales la publicidad podría suponer la disminución de los "estándares" de calidad del servicio, la OFT opone que la principal salvaguarda para el mantenimiento de estos "estándares" se encuentra en el mantenimiento de una elevada integridad en cada uno de los profesionales. La OFT considera que el número de casos donde el profesional sobrepase los límites aceptables de la publicidad serán de hecho muy pocos ya que no será beneficiosa a largo plazo una publicidad que reduzca la confianza del cliente en la integridad de la profesión. Por otra parte, la OFT considera que el "British Code of Advertising Practice" y su concepto de legalidad, decencia, honestidad y de veracidad serán suficientes para garantizar una orientación sobre las formas aceptables de publicidad.

desde luego no se le aplica el régimen general de la publicidad, siendo cada uno de los Colegios el que establece las normas por las que debe registrarse la materia.

En cuanto al Derecho antitrust, el art. 7 de la Ordonnance 86-1243, de 1 de diciembre relativa a la libertad de precios y de la concurrencia, equivalente al art. 1 de nuestra LDC, ha sido aplicado por los Tribunales, y por la Comisión y el Conseil de la Concurrence, a sindicatos y a "ordres" profesionales [Cons. conc., 9 juin 1987, confirmado por el Tribunal de París (Sent. 28/01/88) y posteriormente, por el correspondiente Tribunal del Casación (Sent. 25/04/89)]. El tamaño de las empresas que formen parte del "entente" es indiferente, habiendo sido aplicado a los cirujanos, a los que se ha considerado "entreprises" a efectos de la citada "ordonnance" (Cons. conc., 22 octubre 1991, Honorarios de los cirujanos, confirmada por CA París, 15 abril 1992). La prohibición de "ententes" se aplica a todos los bienes, productos o servicios, por lo que también se ha aplicado a los servicios ofrecidos por los abogados, cuando se han formulado recomendaciones para la fijación de los honorarios (Com. conc. 19 noviembre 1981, *Ordre des avocats au Barreau de Paris*; Com. conc. 19 noviembre de 1981, *Conseils juridiques*), a los farmacéuticos (CA París de 20 de septiembre 1990; Com. conc. 27 septiembre 1984, *Laboratorios de análisis médicos*; y Com. conc. de 20 de noviembre 1985, *Colegios de Farmacéuticos de Bretagne*), arquitectos (Cons. conc. 1 de diciembre de 1987, *Honorarios de Arquitectos*), "Géomètres-experts" (Cons. conc. 3 de diciembre 1991), veterinarios (Cons. conc. 14 de noviembre de 1985). Conviene, sin embargo, advertir, que la libertad de precios no juega para ciertas actividades de determinados profesionales, puesto que ella viene fijadas en algunos casos por Decretos y en otros por ley: vienen así fijadas las remuneraciones de los "huissiers de justice", notarios, "greffiers" de tribunales de comercio, las tarifas por actuaciones procesales de los abogados, las remuneraciones de los "administradores judiciales" y "mandatarios-liquidadores", los honorarios de los "comisarios de cuentas" (135). Por otra parte, algunas normas para conseguir mayor transparencia en el mercado, como por ejemplo aquellas que imponen (136) la obligación de los productores, mayoristas e importadores de comunicar sus

---

(135) Véase Lamy droit économique, 1995, pp. 167, 170, 171, 174, 182, 190, 191, 209 y 350.

(136) Ley 73-1193, de 27 de diciembre de 1973, ampliada por Ley 85-1408, de 30 de diciembre.

precios y sus condiciones generales, la Administración considera que no se aplica a los profesionales liberales con base al argumento de que sus prestaciones no son por naturaleza susceptibles de ser objeto de un baremo de precios (137).

5. En *Italia* a partir de la nueva ley antitrust de 1990 (138) se puede apreciar un creciente interés de la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (139) en relación con la aplicación de la legislación antitrust a los profesionales liberales, interés que “explotó” (140) en 1994 al acordar la AGCM la apertura de una “indagine conoscitiva” (141) en el sector de los Colegios profesionales y de las profesiones correspondientes (142).

Así, en 1991, en el caso *Assirevi* (143), la AGCM declaró nulas las disposiciones de un reglamento de la una asociación de sociedades de “revisione contabile” que operan en el mercado italiano —asociación, por otra parte, de carácter, voluntario— que establecían los honorarios mínimos y máximos a cobrar a los clientes por los servicios de certificación y asesoramiento (144).

En octubre de 1993, la AGCM (145) puso de manifiesto las contradicciones con los principios de la competencia existentes en un Proyecto de Ley relativo a la constitución del “albo” (registro, lista) de los “amministratori di condominio”. La AGCM, además de señalar

---

(137) BOUTARD-LABARDE, M. C. y CAVINET, G. *Droit français de la concurrence*, Paris, 1994, p. 129, nota 8.

(138) Ley de 10 de octubre de 1990, núm. 287, normas para la tutela de la competencia y el mercado (GU, núm. 240 de 13 de octubre).

(139) Equivalente a nuestro TDC. En adelante, AGCM

(140) Utilizamos la expresión de DANОВI, R. “Le libere professioni e l’indagine conoscitiva dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato”, *Il Corriere Giuridico*, núm. 1/1995, p. 122.

(141) El art. 12.2 de la citada ley italiana autoriza a la AGCM a realizar de oficio el equivalente a los informes de nuestro art. 22 de la LDC “en los sectores económicos en los que la evolución de los cambios, el comportamiento de los precios o otras circunstancias hagan presumir que la competencia esté impedida, restringida o falseada”.

(142) Acuerdo de 1-12-1994. Procedimiento n. 2523 (IC15) Sector de los “Ordini” y Colegios Profesionales. Puede consultarse en *Boll. AGCM*, núm. 48-1994, pp. 33 y ss.

(143) Decisión de la AGCM núm. 140, de 16 de agosto de 1991, caso Asociación Nacional de Revisores Contables (ASIREVI).

(144) En tal caso, se negó la autorización equivalente a la autorización singular del arts. 3 y 4 de nuestra LDC al negar la AG que el nivel de precios entre todos los operadores sirviese para garantizar a los consumidores servicios de calidad superior respecto a los que se alcanzan normalmente en condiciones de competencia. Sobre esta decisión, puede verse CORNETTA, R., “Tariffe professionali e disciplina antitrust”, *Foro it.*, 1992, III, pp. 562 y ss.

(145) Decisión de 5 de octubre de 1993, en *Boll.* 29/1993, pp. 35 y ss.

que en la propuesta legislativa se introducían injustificadas restricciones al ejercicio de la actividad (146), afirmó que era necesario diferenciar la problemática relativa a la constitución del "albo", que no necesariamente contradice la libertad de iniciativa económica, de la prohibición de ejercicio de la profesión por sujetos no inscritos. En efecto, la inscripción en un "albo" puede en algunos casos resultar funcional para garantizar a los usuarios la calidad de una determinada prestación profesional. Ello, por otro lado, es compatible con el mantenimiento de una libertad de elección, para los consumidores, entre los profesionales inscritos en el "albo" y aquéllos no inscritos. Solo cuando exista un específico e intenso interés público a tutelar y, por tanto, de forma limitada a las profesiones caracterizadas por prestaciones susceptibles de producir desventajas de tal entidad a los consumidores que no puede consentirse el juego del libre mercado, la inscripción en el "albo" debe ser obligatoria para el ejercicio de la profesión.

Y en marzo de 1994 la GGCM abrió una instrucción sobre la fijación de tarifas por varias asociaciones también en el sector de los servicios profesionales de "amministratori de condomini", que se extendió en el curso de la instrucción a las tarifas que para los mismos servicios fijaba el Consejo Nacional de "geometri" y que finalizó con la Decisión núm. 2550, de 14 de diciembre de 1994 (147), en la que, siguiendo las orientaciones, ya conocidas por nosotros, del TJCE y de la Comisión CE se califica a los profesionales intelectuales de empresas y a las asociaciones que los agrupan de "asociaciones de empresas", sin que en el caso del Consejo Nacional de los "geometri" sea obstáculo para dicha calificación que esté organizado como ente público bajo la vigilancia de un Ministerio. En el caso, se consideró dichas fijaciones de tarifas contrarias a la ley antitrust italiana, ordenándose la eliminación inmediata de la infracción (148).

---

(146) Dichas restricciones se referían a restricciones territoriales al ejercicio profesional, obligación de residencia, prohibición de ejercicio de la profesión por otros profesionales y fijación de precios por Decreto Ministerial.

(147) Caso Tariffe amministratori de condomini. Ref. I101 y I101B. Puede consultarse en *Boll. AGCM* 1994/50. También puede consultarse con un comentario de AMADDEI, L., "Compensi professionali: intensa restrittiva della concorrenza", en *Il Diritto Industriale*, núm. 10/1995, pp. 947 y ss.

(148) En este caso la AGCM rechazó la tesis sostenida por las partes según la cual las personas físicas que ejercen profesiones intelectuales no son calificables como "empresas" a efectos de las leyes antitrust, por las connotaciones específicas de dichas profesiones respecto de la actividad de empresa y como consecuencia de las prohibicio-

También en diciembre de 1994 la AGCM emitió un “parecer” señalando algunos aspectos de un Proyecto de Ley sobre agentes de aduanas susceptibles de distorsionar la competencia, referidos, una vez más, a la fijación de precios por el Consejo Nacional de tales profesionales, a su aprobación por Decreto Ministerial y a ciertas discriminaciones con relación a otros operadores internacionales, recordando, lógicamente, las decisiones comunitarias.

En este contexto de “débiles” (149) señales, tiene lugar el acuerdo de 1 de diciembre de 1994 por el que la AGMC, como hemos dicho, adopta el acuerdo de iniciar una “indagine conoscitiva” sobre todos los “Ordini” y Colegios Profesionales, y para todos los aspectos normativos y reglamentarios susceptibles de originar distorsiones de la competencia o del correcto funcionamiento del mercado. En concreto, las materias en las que se podrían encontrar puntos de contraste con la normativa antitrust son: las barreras de acceso a la profesión, la imposición de tarifas obligatorias mínimas o fijas, la prohibición de publicidad de la actividad profesional, las limitaciones territoriales de la actividad profesional, las condiciones puestas a la forma de ejercicio de la actividad misma, las reservas de actividad. Y, evidentemente, todo esto bajo la premisa de la sujeción de las profesiones liberales a las reglas de la competencia derivadas de la

---

nes que el ordenamiento jurídico impone a estos profesionales de realizar conductas de carácter competencial. La AGMC ha entendido, en efecto, que también las personas físicas que ejercen actividades profesionales son empresas a los efectos de las leyes antitrust, fundamentándose en la amplia noción de empresa adoptado por el TJCE al que nosotros hemos hecho referencia más arriba y a la orientación marcada por la Comisión de la CE, según la cual el carácter personal e intelectual de las prestaciones no modifica la naturaleza económica de la actividad prestada, que es la relevante a efectos de la calificación como empresa. La AGCM especifica que tal aplicación no obsta a la peculiar reglamentación que a otros fines existe para las profesiones intelectuales, y que la sujeción a la disciplina antitrust no determina desequilibrios. Como consecuencia del encuadramiento de los profesionales en el concepto de empresa, las asociaciones profesionales que agrupan a los “amministratori di condomini” son calificadas como “asociaciones de empresa”, y, por tanto, sujetas a las leyes antitrust. Y las mismas consideraciones se hacen para los “geometri” y para su Consejo Nacional, a pesar en este último caso de que está organizado como un ente público cuya actividad se realiza bajo la supervisión del Ministerio de Justicia. La AGCM ha entendido al respecto que la naturaleza pública de tal ente no sustrae su conducta al control de la disciplina antitrust en aquello que hace referencia a decisiones que son capaces de influir en los aspectos competenciales de la actividad de los profesionales adheridos a las asociaciones territoriales. Véase GUGLIOMETTI, G., “Le nozioni di impresa e di intensa”, *Concorrenza e Mercato*, 3/95, pp. 16-17.

(149) Así las califica DANOVI, R, *ob. cit.*, p. 122.



noción de empresa adoptada por la AGCM con fundamento en los antecedentes comunitarios (150).

Después de decidida la apertura de la investigación a que acabamos de hacer referencia, la AGCM ha seguido llevando a cabo algunas actuaciones relacionadas con profesionales liberales. Así, en relación con los servicios de asesoramiento tributario, la AG ha considerado que determinadas disposiciones estableciendo regímenes jurídicos diferentes según el tipo de profesional que asesorará o prestará los servicios profesionales a los contribuyentes, suponía una distorsión de la competencia (151). Y, finalmente, la AG ha considerado (152) también no compatible con la libre competencia la previsión normativa por la que sólo tienen acceso al mercado de la "revisión" de los balances de las cooperativas, las sociedades de "revisión contable" inscritas en un determinado registro o autorizadas ministerialmente y, además, asociadas o con convenios con las asociaciones nacionales representativas del sector reconocidas, siendo precisamente éste el problema, ya que de tal normativa no quedaba claro si estas asociaciones nacionales tenían o no la obligación de llegar a acuerdos con todas las sociedades de "revisión contable" que lo solicitasen.

No está de más señalar que recientemente, en la Ley 266 de 7 de agosto de 1997, de Intervenciones urgentes en la economía, se derogó el art. 2 de la Ley n. 1815 de 23 de noviembre de 1939, que era el prin-

---

(150) En el momento de escribir estas líneas, septiembre de 1997, tenemos noticias de que la investigación ha finalizado, pero todavía no ha sido publicada.

(151) Merece la pena hacer referencia a las dos actuaciones de la AGCM en este sentido. La primera es el "parecer" de dicha AG sobre el carácter distorsionador de la competencia contenido en un Decreto-ley de 29 de abril de 1995 que contempla el llamado "visto de conformidad formal" con relación a determinadas declaraciones de carácter tributario, y que permite a los contribuyentes que en sus declaraciones conste dicho "visto de conformidad" disfrutar de unas determinadas ventajas frente a la Administración. El problema era para la AGCM que sólo los profesionales inscritos en determinados "Ordini" podían realizar este trámite, lo que suponía una distorsión en el mercado con relación a otros profesionales que operan en el mercado de la asistencia y asesoramiento a los contribuyentes.

Todavía más interesante es la "segnalazione" que la AGCI ha enviado a las autoridades correspondientes sobre la ley de 11 de octubre de 1995, en la que señala con relación a los asesores tributarios que la previsión de un determinado régimen de responsabilidad civil para unos determinados profesionales y no para otros, igualmente habilitados para desarrollar las mismas funciones, genera, desde el punto de vista de la competencia, un injustificado régimen de desfavor para estos últimos. Véase en MANGIONE, G., "Attività di segnalazione e consultiva", en *Concorrenza y Mercato*, 4/1996, pp.239 y ss. y en AGCM, *Relazione annuale*, de 30 de abril de 1996, referida al año 1995., p. 145 y ss.

(152) MANGIONE. G., *ob. cit.*, p. 242.

principal obstáculo para constituir sociedades (de) profesionales, concediendo el plazo de cuatro meses al Gobierno para que, por Decreto, determine los requisitos para el ejercicio en sociedad de las profesiones intelectuales.

6. En 1985 la OCDE presentó un Informe titulado "Politique de la concurrence et professions libérales" (153), en el que se recomendaba que, en este sector, "los países deben asegurar que las excepciones a las Leyes de competencia no vayan más allá de lo necesario y sólo sirvan para alcanzar objetivos de interés público". Pero, además, realizaba, entre otras, las siguientes recomendaciones: que el acceso a las profesiones fuera objetivo y equitativo; que se realizasen "políticas" que permitan el derecho de los profesionales extranjeros a prestar sus servicios tanto sobre una base temporal como permanente; que se adoptasen medidas para asegurar que los consumidores tengan suficiente información para elegir entre los distintos profesionales, y que los sistemas de fijación de tarifas y honorarios profesionales fueran sometidos a revisión a fin de evitar desviaciones del principio de libre formación de precios. Conviene señalar que, en este último punto, el informe no se orienta de una manera absoluta a la supresión de la fijación o el control de precios de los profesionales por parte de las correspondientes autoridades públicas, pero sí que se recomienda que se posibilite una mayor competencia por el precio, de forma tal que se estimule la introducción de medidas innovadoras o más eficientes en el ejercicio profesional.

## VI. LA APLICACION DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LOS PROFESIONALES LIBERALES POR EL TDC

En los últimos años, el TDC ha adoptado una importante cantidad de resoluciones que han tenido por objeto analizar la legalidad *anti-trust* de acuerdos adoptados por Colegios Profesionales.

Ello ha sido así porque la legislación sobre Colegios Profesionales de 1974 confería importantes potestades de ordenación del sector a estas corporaciones profesionales que, en no pocas ocasiones, solucionaban esa ordenación mediante la eliminación de la libertad de los

---

(153) OCDE, "Politique de la concurrence et professions libérales", Paris, 1985 (existe también un texto en inglés). Véase en el cap. 6, pp. 85 a 102, un resumen del informe al que se acompañan las conclusiones y las recomendaciones a los países miembros.

sujetos que intervenían en el sector, por ejemplo, mediante la fijación de honorarios.

Durante la vigencia de la LRPRC de 1963 estas actuaciones se consideraban perfectamente admisibles en Derecho debido a la existencia en dicho cuerpo legal del artículo 4 y de la aplicación práctica que de éste hizo el TDC (154).

Es a partir de la publicación de la nueva LDC de 1989 cuando comienza a plantearse la legalidad de muchas de las actuaciones de los Colegios Profesionales. Ello es así porque la propia LDC, como hemos dicho, "es compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado", predisponiéndose con dicha finalidad el correspondiente mecanismo técnico-jurídico (artículo 2.1. de la LDC) (155).

Dicho precepto establece que se excluyen del ámbito de la LDC aquellas restricciones de la competencia concluidas por operadores económicos que tienen su origen en la Ley o en una norma reglamentaria dictada en aplicación de la Ley (156). Con esta redacción es necesario, pues, comprobar que los acuerdos adoptados por los Colegios Profesionales en virtud de la *potestad reglamentaria indirecta* reconocida en los artículos 5 y 6 de LCP (en su redacción anterior a la Ley 7/97) podían o no considerarse en el ámbito del artículo 2.1. de la LDC. Estos preceptos de la LCP han permitido que los Colegios Profesionales adopten diversas disposiciones que, si bien discutiblemente operativas en el ámbito de la ordenación de la profesión, imponen restricciones de la competencia que sólo podrán excluirse del ámbito del artículo 1 de la LDC si es de aplicación el artículo 2, párr. 1.º. Así, por ejemplo, la fijación de precios mínimos es evidentemente una práctica que, partiendo del amplio concepto de empresa contenido en la LDC que hemos visto, estaría prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/89, a no ser por la existen-

---

(154) Un estudio pormenorizado del artículo 4 de la LRPRC y de su aplicación puede verse en VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia e intervención pública en la Economía. Artículo 2, apartado 1º de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia*, Tesis doctoral, Valencia, 1994, pp. 423-470; y, brevemente, *Libre competencia e intervención pública en la Economía. Artículo 2, apartado 1.º de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia*, Valencia, 1995, pp 429-440.

(155) Sobre el artículo 2.1. LDC puede verse la bibliografía citada en la nota 33.

(156) El texto del artículo 2.1., después de la modificación operada por el Real Decreto-ley 7/1996 de 7 de junio, sobre medidas de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, dice:

cia de esta habilitación legal que hace aplicable la exclusión del artículo 2, párrafo 1.º (157).

El TDC ha examinado en diversas ocasiones acuerdos restrictivos de la competencia originados en los Colegios Profesionales y que, según sus adoptantes, se amparaban en el artículo 2 de la LDC. Y, conocedor de las restricciones de la competencia que tienen lugar en el seno de los Colegios Profesionales, ha modificado su primigenia doctrina en relación con estas instituciones, iniciando un lento pero progresivo análisis de la compatibilidad *antitrust* de muchas de sus actuaciones.

En la actividad desplegada por el TDC a este respecto se pueden establecer dos claras fases. Una primera, que se inicia con la Resolución de 10 de octubre de 1990 (158), en la que el TDC continúa con su clásica doctrina de no enjuiciar los acuerdos concluidos por los Colegios Profesionales. Una segunda, iniciada con la Resolución de 10 de noviembre de 1992 (159), en que el TDC da contenido al artículo 2.1. de la LDC y comienza a contemplar los acuerdos de los Colegios Profesionales para ver si merecen estar excluidos de la LDC o no.

En la primera Resolución de 10 de octubre de 1990, *Unespa vs. Colegio Oficial de Diplomados de Enfermería de Barcelona*, se ratificaba el acuerdo por el que la Dirección General de Defensa de la Competencia archivaba la denuncia presentada por Unespa —la asociación que agrupa a las entidades aseguradoras y reaseguradoras— contra el Colegio Oficial de Diplomados en Enfermería de Barcelona que había establecido unas tarifas oficiales de honorarios mínimos para el colectivo de matronas integrado en él. Unespa consideraba que el mencionado acuerdo era una práctica de las prohibidas por el artículo 1 de la LDC —aunque también la califica como una práctica subsumible en el

---

“Las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una ley.

Por el contrario, serán de aplicación a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de las Administraciones Públicas sin dicho amparo legal”.

(157) Junto a la fijación de precios, ALFARO (*ob. cit.*, pp. 720 y ss.) considera como prácticas restrictivas en el ejercicio de la profesión de abogado la prohibición de críticas a la corporación o a los miembros de la misma, la prohibición de publicidad, la obligatoriedad de la *venia* y las limitaciones al ejercicio colectivo de la profesión, realizando una interesante valoración crítica de cada una de ellas.

(158) *Unespa c Colegio Oficial de Diplomados de Enfermería de Barcelona.*, RTDC, 1986–1990, pp. 1629 y ss., ponente Sra. Alcaide Guindo.

(159) Expediente A 30/92, *Boletín Económico de Información Comercial Española*, 1992, pp. 3850 y ss.

artículo 6 de la misma ley—. Sin embargo, el Director General de Defensa de la Competencia resolvió archivar las actuaciones, considerando que estas prácticas estaban amparadas por el artículo 2, párrafo 1.º de la LDC puesto que no eran más que el ejercicio de las competencias fijadas en el artículo 5, letra ñ) de la Ley de Colegios Profesionales de 1974. El TDC llega al mismo convencimiento y resuelve por mayoría desestimar el recurso planteado por Unespa.

Una segunda Resolución de esta primera etapa la constituye la Resolución del Pleno de 16 de octubre de 1990 (160), *Unión de Consumidores de España vs. Colegio Oficial de Médicos de Sevilla*. En ella el TDC vuelve a rechazar un recurso contra un acto de archivo de la DGDC de una denuncia presentada contra un acuerdo del Colegio Oficial de Médicos de Sevilla de fijación de precios mínimos. El TDC vuelve a utilizar el artículo 2, párrafo 1.º de forma automática, sin resolver — como pone de manifiesto el voto particular de la Sra. Alcaide Guindo— las alegaciones que habían sido planteadas por la Unión de Consumidores de España —entre otras, constitucionalidad y compatibilidad con los artículos 85 y 86 del TCE.

En la Resolución de 12 de noviembre de 1990 (161), *Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras vs. Ilustre Colegio de Médicos de Valencia*, se vuelve a plantear un problema del mismo tipo. En este expediente, Unespa recurre también ante el TDC el acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia de archivo de actuaciones. Unespa había denunciado el establecimiento por el Ilustre Colegio de Médicos de Valencia, a propuesta de la Asociación de Anestesiólogos y Reanimadores Valencianos, de honorarios mínimos de los profesionales que se dedican a esta actividad, práctica que consideraba incurso en la prohibición del artículo 1, letra a) de la Ley 16/89 —acuerdo de fijación de precios— y en el artículo 6, párrafo 2, letras a) y c) de la misma ley —abuso de posición dominante consistente en aplicación de precios no equitativos y negativa injustificada a satisfacer las demandas de prestación de servicios, respectivamente—. La Dirección General de Defensa de la Competencia había resuelto archivar la denuncia porque consideraba aplicable a la práctica en cuestión el artículo 2, párrafo 1º de la Ley 16/89, puesto que,

---

(160) Expediente A 4/90, *Unión de Consumidores de España*, RTDC, 1986–1990, vol II, *op. cit.*, pp. 1677 y ss.

(161) *Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras vs. Ilustre Colegio de Médicos de Valencia*, expediente A 7/90, ponente Sr. López López, *Boletín Económico de Información Comercial Española*, 1991, núm. 2263, pp. 84 y ss.

según lo establecido en el artículo 5, letra ñ) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, éstos eran competentes para fijar precios y, por tanto, la fijación de precios mínimos por parte del Colegio Oficial de Médicos de Valencia era una de las prácticas subsumibles en la exclusión legal prevista en el mencionado artículo 2. La importancia de este expediente no radica en el contenido de la propia Resolución —que ratifica el acuerdo de archivo por considerar aplicable igualmente el artículo 2 de la LDC—, sino en el voto particular de la Vocal, Sra. Alcaide Guindo, que, en nuestra opinión, realiza una muy acertada delimitación de las prácticas restrictivas incluíbles en el ámbito del artículo 2 y es el origen de la posterior jurisprudencia del TDC en relación con los Colegios Profesionales. En el voto particular se realiza una diferenciación entre el acuerdo del Colegio Oficial de Médicos de Valencia —por el que se aprueban los honorarios presentados por la Asociación— y el propio acuerdo de la Asociación de Anestesiólogos para fijar unilateralmente precios mínimos. Según se indica, la asociación tiene una personalidad jurídica independiente a la del Colegio Oficial, es de carácter voluntario y no puede tener cobertura legal alguna para su actuación colusoria de fijación de precios mínimos, además de que, junto a la fijación de precios, 47 de sus miembros llevaron a cabo también una práctica restrictiva consistente en comunicar el cese de la prestación de sus servicios a las entidades aseguradoras con las que tenían concertados contratos, lo que, según la Vocal, constituye una práctica prohibida por el artículo 1, párrafo 1.º, letra b) de la Ley 16/89.

El último supuesto de esta primera fase la constituye la Resolución del TDC, de 22 de mayo de 1992 (162), *UCE vs. Corredores Colegiados de Comercio*. En el expediente, la UCE denunció como prácticas restrictivas de la competencia la celebración por parte de los Corredores Colegiados de Comercio de convenios de reparto de ingresos y de gastos y de tenencia de despachos conjuntos, supuestos que realizados por los Corredores sin el amparo de una disposición legal o reglamentaria daría lugar a una práctica restrictiva de la competencia de las contenidas en el artículo 1 de la LDC. Esta denuncia fue acumulada a otra sustancialmente coincidente presentada por un Corredor Colegiado de Comercio. Para la DGDC tales conductas estaban amparadas en la normativa reglamentaria establecida por el Ministerio de Economía y

---

(162) *UCE vs. Corredores Colegiados de Comercio*, expediente 22/92, *Boletín Económico de Información Comercial Española*, 1992, pp. 1991 y ss., del que fue ponente el Sr. Soriano García.

Hacienda —Decreto 853/1959, de 27 de mayo (163)— como consecuencia de las potestades conferidas por la Ley de 26 de julio de 1957 y, por tanto, era de aplicación el artículo 2, párrafo 1.º de la LDC. El artículo 46 del Decreto indica que:

“... todos los Corredores adscritos a una misma plaza mercantil podrán establecer convenios encaminados a distribuir los corretajes devengados, en la forma y términos que pacten, siempre que a todos y a cada uno se les garanticen, al menos, los ingresos que como congrua estén establecidos reglamentariamente...”

La Junta Central examinará la propuesta de convenio, pudiendo denegar su aprobación si no se han observado las formalidades prescritas o si las estipulaciones acordadas no responden a los fines a conseguir mediante el convenio, que serán, el asegurar una legítima competencia en la actuación de los mediadores, una mejor prestación de la función, un equitativo reparto del trabajo y, como consecuencia de todo ello, una mayor solidaridad profesional...”

Esta norma reglamentaria contiene un singular ejemplo de los supuestos contemplados por el artículo 2, párrafo 1.º de la LDC. Ante el recurso planteado contra el acuerdo de archivo de la DGDC, el Tribunal acoge de forma mecánica la opinión sentada por la Dirección General de Defensa de la Competencia, según la cual,

“... tales conductas estaban amparadas por la normativa reglamentaria establecida precisamente por el Ministerio de Economía y Hacienda en uso de las atribuciones concedidas en la ley de 26 de julio de 1957...” (164).

Y decimos de forma mecánica porque la norma legal habilitante —la ley de 26 de julio de 1957— es una norma, al menos aparentemente, inexistente (165). En tal fecha, no ha sido encontrada ninguna ley que autorice al Ministerio de Economía y Hacienda a adoptar una disposición reglamentaria sobre reparto de corretajes. Además, es interesante indicar que el TDC, sin embargo, parece verse conminado

(163) BOE. núm. 131/1959, de 2 de junio.

(164) Expediente 22/92, punto 4 de los Antecedentes de hecho.

(165) VICENT CHULIA, F., *Poderes públicos y ...*, ob. cit., p. 3330, nota 26.

por el imperativo legal a reconocer la excepción; de hecho, el Tribunal reconoce que el apartado 1.º del artículo 2.

“... impide sancionar las conductas que de no tener dicha norma de cobertura podrían resultar reprochables a la luz de la defensa de la competencia”.

Como hemos dicho, mediante la Resolución de 10 de noviembre de 1992 (166), *Asociación Profesional de Expertos Inmobiliarios vs. el Consejo General de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España*, el TDC, modificando radicalmente la actitud mantenida en relación con los expedientes anteriores, ha adoptado lo que hemos denominado una teoría general de interpretación del apartado 1.º del artículo 2. La Asociación de Expertos Inmobiliarios denunció al Consejo General de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria por realizar actos de acusación de intrusismo a quienes, sin gozar de la condición de colegiados, se dedicaran a la mediación inmobiliaria. El Servicio de Defensa de la Competencia ordenó el archivo de las actuaciones al entender que el Decreto de 4 de diciembre de 1969 (167) —que reglamenta la actuación de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria— había sido ratificado por la Disposición Transitoria primera de la Ley de Colegios Profesionales de 1974 y que, por tanto, era de aplicación el artículo 2, párrafo 1º de la Ley 16/1989, excluyendo la prohibición de su artículo 1. En el recurso contra el archivo de actuaciones realizado por el Servicio de Defensa de la Competencia, el TDC considera que el mismo es admisible, al aplicar la teoría general a la que con anterioridad nos hemos referido y según la cual sólo se pueden aceptar como autorizadas aquellas conductas que resulten de la aplicación de una ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una ley, sin que quepa hacer una interpretación laxa de los términos del párrafo 1º del artículo 2 de la LDC. De esta forma, el Tribunal se plantea la cuestión de si el Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre —en el que se amparan las prácticas restrictivas— es un *reglamento en aplicación de la ley*. Teniendo en cuenta que la práctica que es objeto de examen es la denuncia colectiva de intrusismo, el TDC dedica diversos fundamentos jurídicos a comprobar si la regulación de los Colegios Profesionales —que es en la que se fundamenta la DGDC— ampara

---

(166) Expediente A 30/92, *Boletín Económico de Información Comercial Española*, 1992, pp. 3850 y ss,

(167) BOE, núm. 306/1969, de 23 de diciembre.



este tipo de actividades. Para el TDC la finalidad de la Ley de Colegios Profesionales:

“... es la regulación de esos órganos colegiales que encuadran a los profesionales. Sin embargo, no establece esa ley las condiciones que los profesionales mismos han de reunir y cuáles son las actividades y funciones que sean propias de cada clase de ellos. Los Colegios... no pueden decidir la definición de actividades propias de una profesión aunque la misma ley establezca entre los fines esenciales de los Colegios la ordenación del ejercicio de las profesiones (artículo 2.3), porque en esa facultad de ordenación no se puede incluir la determinación de la clase de actividades, que corresponde hacerse por ley, sino sólo la forma de realizar su ejercicio”.

Por ello, dado que la Disposición Transitoria primera de la Ley de Colegios Profesionales —que es la disposición legal que se alega como habilitante— sólo deja subsistentes las normas reguladoras de los Colegios, de los Consejos Superiores y sus Estatutos pero no el contenido del Decreto,

“... en aquellos aspectos que no se refieren a la organización colegial, como son los Capítulos I y II del Título I, que se refieren, respectivamente, a las funciones de los agentes de la propiedad inmobiliaria y a los requisitos necesarios para el ejercicio de la profesión de API”.

Una vez determinada la inexistencia de disposición legal habilitante de la regulación reglamentaria el TDC no tiene más remedio que manifestar que las prácticas objeto de análisis pudieran estar prohibidas por el artículo 1 de la LDC, porque no se cumplen todos y cada uno de los requisitos que se establecen en el artículo 2, párrafo 1.º (168).

---

(168) A esta interpretación se opone el vocal Soriano García en su voto particular, para quién la referencia a los reglamentos ejecutivos que realiza el artículo 2.1. de la Ley 16/1989 está realizada precisamente al tipo de reglamento que más habitualmente se utiliza para cubrir una conducta anticompetitiva. Pero no está diciendo, porque constitucionalmente no lo puede decir, que, cuando un reglamento orgánico o independiente ampare una conducta anticompetitiva, este TDC lo pueda desconocer. Tan reglamento es un reglamento independiente como un reglamento ejecutivo.

Esta doctrina fue ratificada en la Resolución de 20 de noviembre de 1992, en la que resolvía el asunto *Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro* (169). En ella se enjuició una práctica consistente en una *orden de abstención* adoptada por el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro, por la que se prohibía a los arquitectos no colegiados en el mencionado Colegio la presentación a un concurso de ideas convocado por la Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Navarra para la construcción de un pabellón polideportivo en el Estadio Larrabide. La mencionada *orden de abstención* funciona como un acuerdo de reparto de mercados prohibido por el artículo 1 de la LDC. Sin embargo, los representantes legales del Colegio consideran que esta orden no es más que un acto administrativo adoptado por el Colegio en virtud de lo establecido en el artículo 5, letras i) y t) de la LCP y normas que lo desarrollan —Estatuto, Reglamento de Régimen Interior y Reglamento de Concursos—, por todo lo cual es de aplicación el artículo 2, párrafo 1.º, en la medida en que nos encontramos ante actos amparados por una disposición legislativa o por normas reglamentarias adoptadas en su desarrollo. El TDC rechaza todas estas argumentaciones, aplicando la teoría general que ya ha utilizado en la Resolución de 10 de noviembre, antes vista. De esta forma, concluye que aunque la restricción haya sido adoptada por un Colegio Profesional está sometida igualmente a las prohibiciones de la LDC, puesto que los Colegios Profesionales tienen una base y un fundamento estrictamente privado, aunque con determinados poderes públicos, y

“... como tales actos de sujetos privados, desde luego, están plenamente sometidos a las reglas de la libre competencia fijadas en la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

De no ser así, por reducción al absurdo, bastaría buscar el amparo en cualquier acto de un sujeto con poderes delegados para burlar totalmente las reglas de la libre competencia. En cualquier sector podrán encontrarse Cámaras —nacionales o autonómicas—, Colegios, concesionarios, entes habilitados, etc., para conseguir así amparar actos contrarios al mercado y a las reglas de orden público económico que este Tribunal de Defensa de la Competencia debe salvaguardar”.

---

(169) Expediente 313/92, *Boletín Económico de Información Comercial Española*, 1992, pp. 3938 y ss.

Una vez considerados como sujetos sometidos a la LDC a los Colegios Profesionales, el TDC comprueba si existe alguna disposición legislativa o reglamentaria de las previstas en el artículo 2, párrafo 1.º y decretar, así, la exclusión en este precepto contenida. Sin embargo, el TDC indica que el “Reglamento de concursos” se trata

“... simplemente de un acuerdo interno dictado por el Pleno Ordinario del Consejo Superior de Colegios de Arquitectos en el que se establecen normas que resultan totalmente contradictorias con el derecho de la libre competencia al establecer acuerdos colectivos que impiden la competencia ...”

y, por tanto no es una norma escrita dictada por la Administración en ejercicio de una potestad legalmente atribuida al órgano administrativo especialmente habilitado para ello, que son las características necesarias para que se pueda hablar de un Reglamento a los efectos del artículo 2 de la LDC. Por todo ello, el TDC decide declarar la existencia de un práctica prohibida no excluida, aunque no impone sanciones puesto que

“[E]n la medida en que la implantación del derecho de la libre competencia implica ruptura de situaciones consolidadas e incluso incorporadas a viejas tradiciones sociales, corporativas y empresariales, conviene ejercitar prudentemente las potestades sancionadoras, bastando en este caso con la pura condena que sirve a su vez de admonición a estos operadores a fin de que cesen totalmente en este tipo de prácticas anti-competitivas”.

Siguiendo esta línea doctrinal, el TDC ha adoptado la Resolución de 23 de noviembre de 1993 (170), *Confederación Asturiana de la Construcción vs. Colegio Oficial de Arquitectos de Asturias*, por la que se revoca el Acuerdo de la DGDC de archivo de las actuaciones y se intima al SDC para que incoe expediente por existir indicios racionales de práctica restrictiva. La Confederación Asturiana de la Construcción denunció al Colegio Oficial de Arquitectos de Asturias por, en su opinión, la revisión al alza que realizó este Colegio de los módulos vigentes para

---

(170) *Confederación Asturiana de la Construcción vs. Colegio Oficial de Arquitectos de Asturias*, expediente A 62/93, *Boletín Económico de Información Comercial Española*, 1993, pp. 3497 y ss.

la determinación de los honorarios profesionales de sus colegiados. El Real Decreto 2512/1977, de 17 de julio (171) es la disposición reglamentaria vigente en que se fijan los honorarios a percibir por los arquitectos; según su cláusula 1.7, la *base de aplicación* —uno de los elementos que forman parte de la fórmula de determinación de los honorarios—.

“... será la del importe del coste de la ejecución material, deducidas las partidas alzadas, según la liquidación que ha de practicarse al final de la obra teniendo en cuenta los precios de los materiales empleados, mano de obra, medios auxiliares...”

de lo que se deduce que el precio debe venir determinado por el coste de la ejecución material. El Colegio Oficial denunciado alega que no se trata de una fijación de honorarios, sino que el cuadro de precios de referencia y determinación de honorarios tiene por “... finalidad exclusiva facilitar a los arquitectos y al público una referencia que permita fácilmente realizar la estimación del coste real de los distintos tipos de construcciones y de los honorarios correspondientes”. Para el SDC esta práctica, entendida como una fijación de honorarios, está excluida de la prohibición en aplicación del artículo 2, párrafo 1.º de la LDC. El TDC, sin embargo, considera necesario que se incoe un expediente de infracción porque, si bien un acuerdo de fijación de honorarios, aun realizado por el Colegio, estaría excluido de la prohibición, por aplicación del Real Decreto 2512/1977 y de su regla 0.15 que confiere competencia de interpretación en materia de honorarios a los Colegios, en el supuesto analizado no se trata, propiamente dicho, de una fijación de honorarios, diciendo que

“[N]os encontramos, más bien, ante un cuadro de referencias que sirve para calcular el presupuestos de la obra, con lo cual puede producirse una lesión al Derecho de la Competencia, ya que puede imponerse una igualación en los presupuestos que se traduzca en que soluciones técnicas más baratas debidas al esfuerzo empresarial o al ingenio del técnico puedan carecer de interés; también podría entenderse que al establecerse un presupuesto normalizado pudiera ocurrir que se

---

(171) BOE, núm. 234/1977, de 30 de septiembre.

cierre la única posibilidad real de competir en la actualidad; también podría entenderse que se puede limitar la capacidad de los clientes de tener propuestas individualizadas; podría influir también en el precio de liquidación de los impuestos que sobre la base de cálculo así establecida giran los Ayuntamientos”.

Otro de los supuestos enmarcables en esta segunda fase del TDC, es la Resolución de 30 de diciembre de 1993 (172), *Placonsa*, en la que el TDC condenó al Colegio Oficial de Aparejadores de Cáceres, por abuso de posición dominante (artículo 6 de la LDC) consistente en obligar a que una empresa —Placonsa— abonara a uno de sus empleados laborales —un arquitecto técnico— unos honorarios inexistentes a través del Colegio y como condición para que el Colegio visara el proyecto presentado. Como indica el Tribunal el visado constituye un acto de control y este trámite no es un servicio que los Colegios Profesionales prestan a sus colegiados, sino un control de carácter administrativo dentro de una relación de sujeción especial de Derecho público. El abuso de posición de dominio consiste en obligar al cobro de unos honorarios inexistentes.

No obstante, dentro de esta segunda fase del TDC, proclive a condenar a los Colegios de Profesionales por prácticas restrictivas, mediante Resolución de 4 de marzo de 1994 (173), decide acoger el archivo de las actuaciones adoptado por el SDC en una denuncia planteada por un farmacéutico contra un presunto acuerdo restrictivo de la competencia consistente en impugnar la concesión de una oficina de farmacia mediante la presentación de reclamaciones y recursos administrativos y contenciosos. El Tribunal, de forma acertada, indica que:

“Examinado el expediente, y sobre la base del mismo, el Tribunal ha entendido que el ejercicio por los ciudadanos de las acciones correspondientes para reclamar en vía administrativa o ante los Tribunales de justicia a quienes en virtud del art. 106 de la Constitución Española corresponda el control de la legalidad de los actos de la Administración, en ningún caso, puede estimarse como una conducta prohibida por la Ley de Defensa de la Competencia”.

(172) Expediente núm. 33/1993.

(173) Expediente R 71/1994 ; *Instalación de Farmacias*.

El 11 de julio de 1994 (174), el TDC adopta una Resolución contra el archivo de actuaciones adoptado por el SDC en un asunto en el que se denunciaba al Colegio Oficial de Médicos de Avila por impedir la doble colegiación de médicos dados de alta en el Colegio de Madrid y que solicitaban dicha doble colegiación a los efectos de la prestación de servicios médicos ambulantes en los festejos taurinos a celebrar en las plazas de toros de la provincia de Avila. El TDC, aplicando su doctrina clásica basa su decisión en el siguiente argumento:

“De la información obtenida hasta el momento se deduce que la interpretación de la necesidad de colegiación en la demarcación para atender a los festejos taurinos y la denegación de las solicitudes de doble colegiación, unidas a la sanción de suspensión en el ejercicio de la actividad impuesta al representante de la U.C.T. y declarada firme por el Tribunal Supremo han modificado sustancialmente las condiciones de competencia para la prestación de servicios médicos en los festejos taurinos de la Provincia de Avila, y han supuesto una escasez de personal facultativo disponible para la cobertura de dichos festejos en las fechas clave de la temporada veraniega en que se concentra su celebración. De modo que *prima facie*, la conducta del Colegio de Médicos de Avila ha producido efectos restrictivos de la competencia negativos para los usuarios (en este caso, los profesionales del toreo) y para los posibles oferentes de los servicios médicos, desconociéndose los motivos que pueda tener el citado Colegio para dicho comportamiento.

Antes de acordar el archivo o la incoación del expediente es necesario que se realice una investigación de los hechos que permita conocer cuáles han sido las razones por las que se produjo la solicitud de doble colegiación que fue denegada, y la interpretación que el Consejo General de Colegios Oficiales da a los artículos 35.4 y 44 k) de los Estatutos de la Organización Médica Colegial, aprobados por Real Decreto 1018/80, de 19 de mayo (BOE, de 28 de mayo) y su aplicación concreta a los médicos que atienden las enfermerías móviles o temporales de los festejos taurinos.

En la información previa a la decisión de incoar o archivar el expediente no existen datos sobre los extremos que deben ser conocidos y, por tanto, la motivación dada por el Servicio para el

---

(174) Expediente R 74/1994, *Cirujanos taurinos*.

Acuerdo de archivo que se recoge en el número 3 de los Antecedentes de Hecho no responde a las restricciones de la competencia planteadas, puesto que todavía no se conocen siquiera los elementos de hecho imprescindibles para determinar si lo que se combate es una denegación de doble colegiación o si dicha doble colegiación no es necesaria para desempeñar las actuaciones profesionales descritas.

Diffícilmente podría aceptarse, en dichas condiciones, que proceda el archivo decretado por el Servicio, a no ser que se considere pura y simplemente que todas las actividades de profesionales colegiados caen fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, lo cual dista mucho de la doctrina permanentemente mantenida por este Tribunal en relación con el alcance de aplicación de la citada ley, cuya promulgación ha modificado sustancialmente la cobertura de la vieja Ley 110/1963 que excluía expresamente las situaciones de restricción de competencia establecidas por el ejercicio de potestades administrativas en virtud de disposición legal”.

En este mismo asunto y en una nueva Resolución del TDC contra un acto del SDC, ésta de fecha 26 de julio de 1995 (175), frente al argumento del SDC —según el cual que no se considera competente para analizar la legalidad de la actuación (denegación de doble colegiación) del Colegio Oficial de Avila, por entender asimismo que las eventuales infracciones del ordenamiento jurídico en el que hubieran podido incurrir deben revisarse ante la Jurisdicción Ordinaria—, el TDC mantiene que el Servicio olvida los supuestos en los que la colegiación o, en su caso, la doble colegiación, no es necesaria para el ejercicio de la profesión, en concreto lo establecido por el artículo 44 K de los citados Estatutos Generales de la OMC, del cual se deduce que la prohibición general de ejercer la profesión en Colegio distinto al de su colegiación cuenta entre sus excepciones “cuando la permanencia en territorio de otro Colegio sea motivada por actos médicos con colegiados de dicho territorio que sólo exijan una permanencia accidental y transitoria en el punto donde la realice”, supuesto que coincide con el analizado en la denuncia en cuestión, donde los médicos que solicitaron la doble colegiación actúan, en todo caso, asistidos de un médico colegiado en Avila. El TDC recuerda que:

---

(175) Expediente R 122/1995, *Cirujanos Taurinos II*.

Cuando un Colegio Oficial adopta decisiones que no están amparadas por el artículo 2.1 LDC ni por ninguna otra norma para defender los intereses corporativos de unos o de la totalidad de sus colegiados actúa como cualquier agente económico o federación de los mismos, a efectos de la aplicación del Derecho de la competencia, como se indicó anteriormente (Resolución de 30 de diciembre de 1993). Este parece ser el caso del Colegio Oficial de Médicos de Avila al exigir la colegiación —o mejor dicho, la doble colegiación— para el ejercicio de la profesión en una circunstancia en que no era exigible legalmente, por cierto para después negarla. Por ello, el razonamiento del Servicio en el archivo de este asunto no es válido.

El 28 de julio de 1994 (176), caso *Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid*, el TDC resolvió la denuncia presentada por la sociedad de arquitectos Dedalus, S.A. contra una *orden de abstención* realizada por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid en un supuesto similar al anteriormente descrito en relación con el Colegio Oficial del Arquitectos Vasco-Navarro. El TDC, que resuelve la existencia de un acuerdo prohibido por el artículo 1 de la Ley 16/1989, fundamenta la aplicabilidad de esta ley en lo que a este trabajo se refiere en los siguientes argumentos. Para el TDC la actuación del Colegio no es un *acto administrativo*. A este respecto, el TDC dice que:

“[N]o toda manifestación de un Colegio Profesional es un ‘acto administrativo...’.

La ordenación de la profesión de arquitecto como título genérico de atribución de esta pretendida potestad es, a todas luces, absolutamente insuficiente para, bajo la misma, camuflar un supuesto fundamento legal bastante para justificar la operación que pretendía”.

Además, el TDC considera que:

“... no tiene competencia para revisar los actos administrativos de un Colegio Profesional frente a sus colegiados, para lo que existe una vía administrativa y contenciosa, pero debe analizar si determinada conducta restringe la competencia e infringe lo

---

(176) COAM, expediente 339/93, *Boletín Económico de Información Comercial Española*, 1994, pp. 2617 y ss.



establecido por la Ley de Defensa de la Competencia que, todos los operadores, sus asociaciones y órganos corporativos deben respetar. Y tiene competencia —es el único órgano que la tiene en primera instancia— para proceder al análisis de si un acto de un Colegio Profesional o de cualquier otro instituto que tenga delegadas funciones públicas constituye o no un auténtico acto administrativo ajeno al tráfico mercantil y que no puede ser analizado a la luz de los preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia.

Es importante destacar la modificación normativa que con la promulgación de la Ley 16/1989 ha sufrido el tratamiento de este asunto....

... el énfasis antiguamente puesto en el ejercicio de las potestades administrativas para la exención de la prohibición de prácticas restrictivas de la competencia se ha trasladado hacia la existencia o no de amparo legal.

La conclusión inequívoca es que solamente podrá considerarse que las conductas perseguidas en el presente caso no pueden ser declaradas prohibidas por el Tribunal si resultan de la aplicación de una ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una ley”.

Además, el TDC rechaza, al igual que hizo en la resolución de 20 de noviembre de 1992, que el Reglamento de concursos vigente en el C.O.A.M y que dio lugar a la *orden de abstención* sea una norma reglamentaria en aplicación de la Ley. Por contra, considera que mencionado Reglamento es un acuerdo prohibido por el artículo 1 de la Ley 16/1989. Así,

“Cuando la Ley 16/1989 dice textualmente que la potestad reglamentaria puede amparar, en su caso, restricciones de la competencia, desde luego se refiere a potestad reglamentaria en sentido estricto. Esto es, a norma escrita dictada por la Administración en ejercicio de una potestad legalmente atribuida al órgano administrativo especialmente habilitado para ello. No se refiere, de ninguna de las maneras, a cualquier acuerdo adoptado por una colectividad o grupo, por importante que sea, en ejercicio de una potestad doméstica de autorización, que sin duda no tiene efecto frente a terceros... y cuando adoptan en el seno de su propia organización una decisión o acuerdo, ha de ser siempre con pleno respeto a la

legalidad general, en nuestro caso a la Ley de Defensa de la Competencia...

... en derecho de la competencia para que esa regla corporativa —dictada internamente pero proyectada hacia afuera— pueda amparar una práctica restrictiva que tenga que ser soportada por ese tercero ... y aceptada por este Tribunal, ha de tratarse de una norma genuinamente reglamentaria. Si no es así, este Tribunal de Defensa de la Competencia puede y debe ignorar la pretendida cobertura pseudoadministrativa para entrar recto y por derecho en el fondo del asunto, enjuiciando dicho acto en el contexto del derecho de la competencia, a su vez, dentro del ordenamiento jurídico en general” (177).

En la batalla legal que el Abogado Casado Coca ha emprendido contra las sanciones impuestas por el Colegio de Abogados de Barcelona contra cierta publicidad realizada por éste, se presentó una denuncia por prácticas restrictivas de la competencia contra el Consejo General de la Abogacía y subsidiariamente contra el Ministerio de Justicia e Interior, prácticas consistentes en la prohibición genérica de la publicidad de información profesional, a través del pactado Real Decreto 2090/82 llamado Estatuto General de la Abogacía, en su artí-

---

(177) Además, esta resolución es importante por el voto particular del vocal Bermejo Zofio que en esencia se opone a la aplicación de la LDC a este tipo de actos administrativos de los Colegios Profesionales, actos que, en su opinión, están amparados en las potestades atribuidas por la Ley de Colegios Profesionales de 1974 (para el caso en concreto, los artículos 3 y 5, letras i) y t)). El vocal del TDC fundamenta esta posición en que:

“... debe evitarse la confusión entre la naturaleza jurídica y la validez de un acto. La naturaleza administrativa de un acto de ejecución —como son las conductas reprochadas— no cambia, a mi juicio, porque aplique mal la norma o porque ésta sea ilegal. La legalidad condiciona la validez del acto, no su naturaleza; su falta provocará la invalidez (nulidad o anulabilidad) y el acto desaparecerá, mas no se transformará en actividad privada. La ilegalidad no produce transustanciación. Y lo mismo cabe decir de la norma —Reglamento de Concursos— que el acto implica. A su vez, el carácter administrativo depende, exclusivamente, de que se dicte en ejercicio de una potestad administrativa y su contenido responde a la potestad invocada: si luego resulta que ésta no existe en la medida pretendida o que se han excedido las facultades concedidas, resultará afectada la validez, no la naturaleza del acto o del Reglamento. No será, entiendo, un acto aparentemente administrativo, pero en realidad civil —como estima la mayoría—, sino un acto administrativo aparentemente válido, pero en realidad nulo o anulable. El examen de la legalidad (art. 2.1.) sólo es posible y tiene sentido para las conductas previamente incluidas en el art. 1. Este establece la regla; el 2.1, la excepción. Sostener que la ilegalidad degrada la actividad al campo privado y por ello se subsume en el tipo del art. 1 no me parece lógico”.

culo 31. El TDC, en su Resolución de 2 de noviembre de 1994 (178) deniega el recurso interpuesto contra el archivo de actuaciones acordado por la Dirección General de Defensa de la Competencia, fundamentando esta resolución en la aplicación del artículo 2, apartado 1.º de la LDC.

Otro de los asuntos relacionado con Colegios Profesionales es el suscitado por la entidad ASISA en relación con las prácticas de fijación de honorarios mínimos realizadas por los Colegios de Médicos de Barcelona y Sevilla. Aunque la resolución fallada (179), Resolución de 12 de diciembre de 1994, es simplemente la estimación del recurso contra el archivo de actuaciones, tiene una importancia sustancial puesto que es la primera vez en que el TDC va a analizar una práctica de fijación de honorarios que, como hemos visto, en ocasiones anteriores ha considerado como amparadas por el artículo 5, letra ñ) de la ley de 1974.

En este sentido, la Resolución de 28 de junio de 1995 (180), ha condenado por acuerdo restrictivo de la competencia a la Asociación de Tocoginecólogos de España que decidió, por acuerdo de la Asamblea de 25 de enero de 1990, establecer un baremo de honorarios a percibir por los miembros de la asociación que prestan sus servicios a las entidades de seguro libre y que habría de negociarse con ellas. Aunque la ATE no tiene la condición de Colegio Profesional hay que advertir que el TDC indica que

“para precisar las facultades de los Colegios Médicos, que la Ley de Colegios Profesionales de 1974 les atribuye la facultad de señalar los honorarios mínimos de la profesión (de todos los colegiados) y no la de fijar o negociar honorarios específicos para un grupo determinado de colegiados en sus relaciones con ciertos demandantes, como son las compañías de seguros. Así, lo han entendido el Colegio de Médicos de Madrid y la Organización Médica Colegial que se han abstenido de negociar directamente con las aseguradoras las reivindicaciones de la ATE, y se han limitado a facilitar sus locales para la negociación y a suscribir el acuerdo ATE-Asisa, hay que entender que en calidad de testigos”.

---

(178) *Publicidad Abogados*, expediente R 83/94.

(179) ASISA, expediente R 92/94, *Boletín Económico de Información Comercial Española*, 1995, pp. 3646 y ss.

(180) Asunto 351/1994, *Asociación Tocoginecólogos España*.

La importancia de esta Resolución radica en que, de forma contraria a lo resuelto en la Resolución de 12 de noviembre de 1990 antes reseñada, el TDC considera que los Colegios no pueden adoptar honorarios para un grupo determinado de colegiados y que, por tanto, en su caso, esta actuación sería un acuerdo restrictivo de la competencia

Por último, en fecha de 3 de julio de 1995 (181), en el caso de *Farmacia Santander* de nuevo el TDC desecha una denuncia contra un Colegio de Farmacéuticos que niega una autorización para abrir una farmacia. El TDC reconoce que la regulación de las oficinas de farmacias es una regulación repleta de restricciones de la competencia pero, sin embargo, entiende que los hechos denunciados no son susceptibles de valoración por el TDC, en cuanto que son un acto administrativo, ya que la Administración ha delegado en los Colegios de Farmacéuticos la facultad de conceder las autorizaciones para el establecimiento o apertura de oficinas de farmacia.

En conclusión, y consecuencia de las Resoluciones anteriormente reseñadas, podemos decir que para el TDC existen muchas prácticas de los Colegios Profesionales que no pueden calificarse como actos administrativos y que, además, no se encuentran amparadas por disposiciones legales o reglamentarias en aplicación de una ley, por lo que pueden y deben ser enjuiciadas mediante un test antitrust.

## VII. LA LEY 7/1977: EL PROCESO DE REFORMA Y SU CONTENIDO

### 1. *Antecedentes de la Ley 7/97*

#### 1.1. El Informe del TDC de 1992

1.1.1. Sin duda, muchos de los aspectos y datos suministrados en las páginas anteriores fueron tenidos en cuenta para afrontar la reforma de nuestra legislación profesional en relación con el Derecho de la competencia en la Ley 7/1997.

Como hemos tenido ocasión de comprobar, los principales inconvenientes para aplicar a los profesionales liberales y a sus colegios las normas de defensa de la competencia derivan, por una parte, de que la

---

(181) Expediente R 108/95.

conducta de que se trata y, por tanto, un acto administrativo, originado mismamente por un Colegio es susceptible de considerada al margen de la competencia de los órganos encargados de la aplicación de dichas normas; y, por otra parte, de que la citada conducta tenga amparo o habilitación legal. Sólo la superación de estos límites, a través de lo que ha sido calificado de "amplia interpretación que el Tribunal [se refiere al TDC] hace de sus funciones" (182), ha permitido al TDC aplicar en alguna ocasión a los profesionales o, mejor dicho, a sus Colegios, aquellas normas.

Siendo éstos los obstáculos comprobados por el propio TDC, no utilizó este, sin embargo, la facultades que la propia LDC le otorga en su art. 2.2. para "formular propuesta motivada al Gobierno, a través del Ministerio de Economía y Hacienda, de modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales", y ello a pesar de que así se le había solicitado desde diversas instancias (183).

1.1.2. A finales del año 1991, el TDC se encontraba estudiando, dentro del sector servicios, el subsector de los profesionales colegiados como consecuencia de un encargo realizado por el Ministerio de Economía y Hacienda. Es por ello que cuando, a la vista del "Programa de Convergencia 1992-1996" (184) elaborado por el Gobierno en marzo de 1992, el citado Ministerio, al amparo del art. 26.2 de la LDC, le solicitó un informe sobre la "compatibilidad o incompatibilidad de los preceptos reglamentarios de los Colegios Profesionales y el ordenamiento jurídico en materia de Defensa de la competencia", el TDC ya tenía muy avanzados sus trabajos, lo que permitió que en junio de 1992 se pudiera publicar el "Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones. Propuesta para adecuar la normativa sobre las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia vigente en España".

Se trata de un informe de 94 páginas formado por cinco capítulos, a los que precede una cita de Jovellanos sobre la abolición de los gremios, y por un apéndice, al que precede otra cita, ésta de Adam

---

(182) GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S., *La aplicación del Derecho de la competencia a los colegios profesionales*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 15, quien añade que "no quedaba otro remedio si esta instancia [el TDC] quería afirmarse dentro de los Colegios".

(183) Véanse en IBAÑEZ GARCIA, I., *ob. cit.*, pp. 31 y 35.

(184) El Plan de Convergencia del Gobierno hacia referencia, en lo que a nosotros ahora nos interesa, a la revisión de la normativa reguladora del acceso a determinadas actividades y de la práctica del ejercicio profesional, a fin de eliminar las trabas innecesarias a la movilidad funcional (DEL SAZ, *ob. cit.*, p. 103).

Smith (185), sobre los males que acarrea para los miembros del Parlamento oponerse a las pretensiones de los monopolios (186).

El informe limita su objeto de estudio, por una parte, a las profesiones colegiadas, excluyendo tanto a los profesionales que llama "colegiados funcionarios" (Notarios, Registradores y Corredores de Comercio), como a las profesiones no colegiadas, sin entrar tampoco en la problemática del ejercicio asalariado de las profesiones colegia-

---

(185) La cita de Jovellanos corresponde al "Informe sobre el libre ejercicio de las artes", 1785: "Empezaré, pues, demostrando que la abolición de los gremios no puede producir los males que se temen, y en esta parte confirmaré mi dictamen más bien con ejemplos que con raciocinios (...). Lo cierto es que los tres grandes fines de la legislación fabril, orden, protección y seguridad, se pueden lograr mucho mejor sin gremios y asociaciones (...). El método que dejamos indicado, hace compatibles [los gremios] con la libertad de la industria, y por consiguiente no deja pretexto alguno con que justificar su esclavitud".

La cita de Adam Smith corresponde a "Las causas de la riqueza de las naciones": "Aquel miembro del Parlamento que apoye cualquier propuesta para reforzar un monopolio, adquirirá no sólo la reputación de comprender los asuntos de comercio, sino una gran popularidad e influencia entre aquellos cuyo número y riqueza les confiere una gran importancia. Si, por el contrario, se oponen a ellos y, más aún, si tiene autoridad suficiente para desbaratar sus propósitos, ni la probidad más reconocida, ni el rango más alto, ni los mayores servicios a la comunidad, pueden protegerle de la detración más infame, de los insultos personales y, a veces, del peligro real procedente del odio insolente de monopolistas furiosos y frustrados".

(186) Las citas no han pasado desapercibidas para quienes han comentado el informe. Así, LOPEZ RAMON ("La libre competencia...", *ob. cit.*, p. 267) indica que se incluyen "no por casualidad", ya que el Informe "constituye una lección de economía política al modo clásico del más puro liberalismo". Por su parte, GALVEZ, J., (*ob. cit.*, p. 94, nota 5), indica que "dichas citas no responden a meros propósitos eruditos de los redactores, lo que hubiera sido excusable a pesar de su carácter forzado. Con ellas se pretende, por el contrario, equiparar los Colegios Profesionales con una institución caduca, perfilándose aquéllos como elementos perturbadores del orden económico liberal". Y con un ataque en todo regla, DEL SAZ (*ob. cit.*, . 114) indica que la cita de Jovellanos "ilustra suficientemente" "la ideología radicalmente individualista" en que se inspira tanto el Informe como el Proyecto de Ley que le siguió. La misma filosofía —añade esta autora— que "inspiró la Revolución Francesa y la célebre Ley Le Chapelier en 1791, y la responsable no sólo de la desaparición de gremios y corporaciones profesionales del antiguo régimen, sino también de que se retrasase más de un siglo el reconocimiento del derecho de asociación que fue significativamente excluido de la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano, y sobre todo del derecho sindical, cuyo ejercicio en el siglo XIX criminalizó aquella ley por suponer un pacto colusorio entre los asalariados y frente a los patronos y por ello perjudicial a la libre competencia. Esta concepción, ciertamente trasnochada...". Y la misma autora, un poco más adelante, dice que "este liberalismo exarcebado que sirve de base al proyecto, lleva al Tribunal de Defensa de la Competencia a descalificar cualesquiera intentos de oposición, como se pone de manifiesto en la cita de Adam Smith que preside la última parte del Informe".

das, si bien indica que la reforma que propone "ayudará a clarificar la función de los Colegios y a diferenciarla de la de los sindicatos". Por otra, se limita, dice el propio Informe, a examinar los aspectos relacionados con la competencia, de forma que no se trata de un informe general sobre los Colegios Profesionales, por lo que toda la regulación que no afecta a la libre competencia "se acepta sin cuestionarla y sin proponer ninguna reforma".

El núcleo del Informe es una propuesta de modificación de algunos aspectos de la normativa vigente que impiden el juego de la libre competencia en la prestación de los servicios profesionales. Se trataría de "adecuar el régimen de prestación de servicios profesionales al que ya está sometida la mayoría de la actividades del país: el régimen de libre competencia propio de la economía de mercado". En definitiva, al art. 38 de la Constitución (187).

En el capítulo II del Informe, además de delimitar el objeto de estudio en los términos indicados más arriba y de describir el método seguido por el Tribunal para elaborar el informe, se describen los rasgos generales que comparten los servicios profesionales con otros servicios de la economía española y que "justifican la tarea que se ha propuesto el Gobierno y el Parlamento y a la que se ha llamado a este Tribunal a colaborar". Y es aquí donde verdaderamente se encuentra la justificación de la reforma cuando se puede leer: "... la industria y la agricultura han sufrido una liberalización muy intensa...La industria española puede superar el difícil reto de la apertura de las fronteras, pero no se le puede exigir a la vez que haga frente a los costes adicionales derivados de mantener cerrado y sin competencia el sector servicios. O se liberan los servicios, o la industria española corre el riesgo de ser cada vez menos competitiva (...). Esta desigual liberalización de los sectores de la economía española, junto con la evolución de la

---

(187) El artículo 38 de la Constitución es citado expresamente, salvo error por nuestra parte, tan sólo tres veces a lo largo de todo el Informe (dos en p. 21 y otra vez en p. 68), si bien indirectamente lo es constantemente. Por el contrario, sorprendentemente, el artículo 36 de la Constitución no es citado ni una sola vez a lo largo de todo el informe (salvo en el cuadro que aparece al final del cap. IV). Y decimos que ello es sorprendente, por el hecho de que no es admisible que un Informe sobre las profesiones colegiadas no tengan en cuenta la norma constitucional que se refiere tanto a los Colegios Profesionales como al ejercicio de las profesiones tituladas. Se podrá discutir si a las profesiones colegiadas le es o no aplicable la libertad de empresa, pero supone, siendo suaves en el calificativo, una falta de rigor que considerando aplicable a los profesionales liberales el art. 38, se silencie, a lo largo de 100 páginas, el art. 36: no se puede entender, en este sector, el artículo 38 sin el 36, y viceversa.

demanda interna ha podido influir en el desigual comportamiento de los precios durante los últimos cinco años. Así... el índice deflactor de la producción de servicios ha sido 148,2", muy por encima del resto de los sectores. La misma idea se repite cuando menos en otras tres ocasiones a lo largo del Informe (188).

En definitiva, las razones por las que se justifica la necesidad de la reforma son fundamentalmente económicas: aumento de la competencia de nuestra economía y contención de la inflación (189).

El cap. III. se dedica a describir y evaluar las restricciones de la competencia más generales y de mayor importancia existentes en el sector de las profesiones colegiadas, agrupándolas en tres grupos: barreras de entrada, limitaciones a la competencia no relacionadas directamente con los precios y limitaciones a la libre fijación de precios.

Con relación a las "barreras de entrada", señala el TDC que "no se trata de restricciones que limitan la actividad de los profesionales o la voluntad de las partes, sino de aquellas restricciones que pueden utilizarse para impedir la propia actividad", y cuya existencia presupone, a su vez, la existencia de una "reserva de actividad" que es, en opinión del TDC, el supuesto normal en España. Dentro de las barreras de entrada incluye el TDC la exigencia de titulación, la obligatoriedad de colegiación, requisitos adicionales al título para colegiarse y prohibición de crear más de un Colegio en el mismo territorio. Por lo que se refiere a las restricciones a la competencia no relacionadas directamente con los precios, el Informe pasa examen a las restricciones territoriales, restricciones a la publicidad, restricciones a la estructura del

---

(188) Así, en la p. 51 se lee: " Hay que tener en cuenta el doble efecto del coste de los servicios profesionales sobre la industria y el resto de los sectores no protegidos. Por un lado, tiene el efecto directo de los costes, puesto que son inputs que consume la industria. Por otra, se produce un segundo efecto indirecto, vía salarios, por los mayores precios al consumo, en el caso de servicios prestados a los consumidores. En este sector, como en el resto de los bienes y servicios no comercializables, no hay que esperar que sean los países de la CEE los que se interesen en que España se liberalice, sino que es España la que está interesada en su liberalización, para que su industria y su agricultura puedan competir con la de otros países de la CEE y del mundo". Y en el último párrafo del Informe, se dice: "En un país como España que ha visto sometida su industria a un "shock" de libertad de competencia verdaderamente importante, es trascendental acelerar cuanto antes la liberalización del sector servicios, y sólo si el sector servicios se liberaliza rápidamente se impedirá una desindustrialización del país".

(189) Así se desprende, además, de las declaraciones a la prensa del Ministro de Economía y Hacienda a finales del 1991 y principios del 1992 y que han sido recogidas por DEL SAZ, S., *ob. cit.*, pp. 102-3.



negocio y a otras restricciones que el TDC califica de menores y en donde incluye la llamada exigencia de "venia" y el llamado *numerus clausus*. Finalmente entre las restricciones relacionadas con los precios, se incluyen las restricciones a la libre fijación de los precios de los servicios profesionales (tarifas mínimas, fijas, orientativas, etc.), el cobro de honorarios a través de los Colegios, y la financiación de los Colegios a través de las llamadas "cuasi-tasas". Se destaca al final del capítulo el efecto multiplicador que la combinación de las distintas restricciones estudiadas producen.

El cap. IV se dedica a exponer las razones que justifican la reforma. Así se habla del desuso o incumplimiento de la LCP como sistema que ha permitido superar el desfase entre la legislación aplicable al sector y la legislación económica aplicable al resto de la economía, si bien algunos Colegios siguen utilizando los privilegios concedidos por dicha LCP; o la falta de sintonía entre la regulación de la prestación de los servicios profesionales y el nuevo sistema económico abierto y libre que —se dice— es ciertamente estridente; de la evolución seguida en otros países que han ido acomodando sus legislaciones a las recomendaciones de la OCDE; de la necesidad de liberalizar el sector servicios para lograr una mayor competitividad de nuestra economía, liberalización en la que no hay una excesiva presión por parte de la CEE. Pero, sin duda la razón de más peso es que las restricciones examinadas encuentran amparo legal, dice el TDC, en la LCP, con lo que el TDC no puede perseguir dicha conductas toda vez que la LDC declara en su art. 2.1 excluida de aplicación de la LDC las practicas monopolísticas que estén amparadas por una Ley o por disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una ley. Es, por ello, que la propuesta que hace es modificar la LCP con el fin de eliminar los obstáculos legales existentes para la persecución de las restricciones a la competencia.

En el cap. V y último, el TDC realiza su propuesta de reforma, que el propio Tribunal califica de moderada, efectiva y de rápida ejecución. La propuesta consiste en el mantenimiento del sistema de barreras de entrada al ejercicio de la profesión en vigor y en la supresión de las restricciones a la competencia tanto las relacionadas directamente con los precios como las que no lo están. Se propone así suprimir la mayoría de las restricciones a la publicidad, las restricciones a la actuación de los colegiados dentro de todo el territorio nacional y las restricciones a las estructuras del negocio, y, por supuesto, se propone la supresión de lo que para el TDC "es más perjudicial para la economía nacional: las normas que impiden la

libre fijación de los precios de los servicios profesionales”, así como el cobro obligatorio de honorarios a través de los Colegios y la reducción del “visado” de los trabajos profesionales a aspectos puramente técnicos. Se propone igualmente que sólo mediante delegación expresa, puedan los Colegios arbitrar procedimientos para sancionar las conductas reprochables deontológicamente, pero con participación de los usuarios. Finalmente, se intenta prever la situación después de la reforma, indicando una serie de razones por los que el sector deberá ser vigilado especialmente, y proponiendo como futura reforma la revisión de la reserva de actividad concedida a algunas profesiones colegiadas, si bien se indica que ello no tiene porque suponer la desaparición de los respectivos Colegios: se trataría de extender, dice, el ejemplo de algunos profesionales colegiados (economistas), que tienen Colegio pero que no tienen reserva de actividad.

Finalmente, el Apéndice, al que el propio TDC dice que puede calificarse de “singular”, señala lo que considera especiales dificultades de la liberalización en el sector profesional, expone los beneficios que, en su opinión, puede traer la libre competencia en la libre prestación de servicios, y, sobre todo, se dedica a preparar la respuesta a los argumentos, superables en su opinión, que se van a utilizar para oponerse a la reforma.

## 1.2. Los antecedentes posteriores al Informe del TDC

El TDC no se limitó a emitir el Informe solicitado, en virtud del art. 26.2 de la LDC, por el Ministerio de Economía y Hacienda, sino que elabora, además, una propuesta articulada de modificación de la LCP de 1974. Con base al Informe y a la propuesta articulada del TDC, el Ministerio de Economía y Hacienda elabora un Anteproyecto de Ley que, con pequeñas modificaciones fruto de las alegaciones de los Colegios Profesionales consultados (190), es aprobado en octubre de 1992 por el Consejo de Ministros y enviado a las Cortes para la correspon-

---

(190) DEL SAZ, S., *ob. cit.*, p. 109. Prácticamente, en el Proyecto de Ley se recogen en sus propios términos la propuesta del TDC, tal vez con la excepción de la referida a los Códigos Deontológicos, con relación a los cuales el Informe del TDC mantiene, como ya hemos visto en el apartado anterior, que, con la participación de los usuarios, y siempre que se haga a través de una delegación expresa, los Colegios puedan sancionar las conductas reprochables deontológicamente.

diente tramitación parlamentaria (191). Como es conocido por todos, el citado Proyecto caducó como consecuencia de la disolución de las Cámaras provocada por la convocatoria anticipada de elecciones generales en la primavera de 1993.

El nuevo gobierno del PSOE salido de las elecciones de 1993 ya no tiene la mayoría absoluta en las Cortes, gobernando con el apoyo parlamentario del Grupo Parlamentario de CIU. Hasta enero-marzo de 1995 no se va a conocer un nuevo texto que retomara la materia contenida en el Proyecto de 1992. En efecto, a principios de 1995 el Gobierno vuelve a plantearse la cuestión elaborando un "Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 2/1974, de 13 de febrero, reguladora de los Colegios Profesionales, para adecuar el ejercicio de las profesiones colegiadas a la legislación en materia de competencia" (en adelante, Anteproyecto de 1995). Este Anteproyecto, con algunos cambios, coincidía sustancialmente con el de 1992 y desde las instancias colegiales recibió las mismas críticas que las realizadas a aquel.

La debilidad política y parlamentaria del Gobierno debieron desaconsejar la presentación del Anteproyecto a las Cortes. No obstante, una versión reducida y con nuevos cambios se va a presentar a las Cortes en octubre de 1995 en el proyecto de la llamada Ley de acompañamiento de la Ley de Presupuestos para 1996, esto es en el Proyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (192). Sin embargo, la retirada del apoyo parlamentario por parte de los nacionalistas catalanes para sacar adelante los Presupuestos del Estado, hicieron que el Gobierno tuviera que prorrogar los Presupuestos de 1995 y aprobar simplemente un Decreto-ley con las medidas imprescindibles para el nuevo ejercicio presupuestario y en el que lógicamente no se incluyó la materia que nos ocupa.

Realizadas a principios de 1996 nuevas elecciones generales, el nuevo Gobierno del Partido Popular, también en minoría y gobernando con el apoyo de los nacionalistas catalanes, vascos y canarios, lanza en el *BOE*, de 8 de junio, a los pocos días de tomar posesión, un

---

(191) Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 2/1974, de 13 de febrero, reguladora de los Colegios Profesionales, para adecuar el ejercicio de las profesiones colegiadas a la legislación en materia de competencia, *BOCG*, Congreso, serie A, núm. 114-I, de 27 noviembre. En adelante, Proyecto 1992.

(192) *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, 13 de octubre de 1995, núm 137-I, pp. 43 y 44. En adelante, Proyecto LMFAYOS, octubre 1995.

batería de Reales Decretos-Leyes, que obedecían “a una finalidad común de reactivación de la economía, a través fundamentalmente de la política liberalizadora, eliminando los obstáculos que una actividad administrativa interventora o seudointerventora dificultaban el libre juego de la actividad individual en amplios sectores”. Uno de estos sectores es el de las profesiones liberales y sus Colegios, siendo abordada su reforma por el Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, que lleva por título “De medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales” (193-194). El Real Decreto-ley va a ser convalidado por las Cortes, y, por tanto, totalmente aplicable desde su publicación. Las Cortes van a obligar, sin embargo, al Gobierno a que se tramitara como Proyecto de Ley.

Sin adelantar el contenido de este Real Decreto-ley del que daremos cuenta más adelante, si que es conveniente destacar que su exposición de motivos, que se va a mantener inalterable en la Ley 7/97, señala que:

“En lo que respecta a Colegios Profesionales, se modifican determinados aspectos de la regulación de la actividad de los profesionales que limitan la competencia, introduciendo rigideces difícilmente justificables en una economía desarrollada. En primer lugar, con carácter general, se reconoce la sujeción del ejercicio de las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia. En segundo lugar, se establece que el indispensable requisito de colegiación deberá únicamente realizarse en el Colegio territorial correspondiente al domicilio del profesional. Finalmente, se elimina la potestad de los Colegios Profesionales para fijar honorarios mínimos, si bien podrán establecer baremos de honorarios orientativos”.

Merece la pena destacar que el citado Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, ha estado vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 7/1997, y supuso la primera modificación de la LCP de 1974 desde que en 1978

---

(193) *BOE* de 8 junio de 1996, núm 139, p. 18971; corrección de errores en *BOE* de 18 de junio de 1986. En adelante, RD-L 5/96

(194) Los otros Reales Decretos-leyes a que nos referimos en el texto, fueron: Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones; Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica; Real Decreto 8/1996, de 7 de junio, de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas.

esta ley fue reformada en sus aspectos políticos, que no económicos, para adaptarla al nuevo régimen democrático instaurado en España con la Constitución de dicho año.

Por lo demás, el texto del Real Decreto-ley, de acuerdo con lo acordado por las Cortes en su sesión de 20 de junio de 1996, sirvió de Proyecto de Ley de la que va a ser la Ley 7/1977 (195), de cuya tramitación parlamentaria y de su contenido daremos cumplida cuenta más adelante.

### 1.3. La oposición a la reforma

En la reacción a la reforma conviene diferenciar con nitidez tres fases. Una primera fase que es la correspondiente al Informe del TDC y al Proyecto de 1992 y que podríamos calificar de cerrada oposición, fundamentalmente por las organizaciones colegiales, una segunda fase, al Anteproyecto de 1995, en que la reacción la podríamos calificar de más mitigada, y una tercera fase, que es la reacción al RD-ley 5/96 y a la Ley 7/1977, fase que se caracteriza frente a las anteriores por no existir reacciones expresas, ni positivas ni negativas.

Por lo que se refiere al Informe del TDC y al Proyecto de 1992, la reacción de las instancias que se pronunciaron fue en general negativa (196).

La oposición cerrada de los Colegios Profesionales, agrupados en la Unión Profesional, fue prácticamente unánime, tal vez con la excepción del Colegio de Economistas, apoyando dicha oposición en una serie de Informes o Dictámenes jurídicos solicitados a destacados administrativistas (197).

(195) BOCG, Serie A, núm. 4, de 29 de junio de 1996.

(196) Señala GALVEZ J., *ob. cit.*, p. 96, que "en términos generales, los juicios exteriorizados por la prensa resultaron desfavorables al Informe y al Proyecto de Ley". Como ejemplo de las diferencias —indica este autor, *ob. cit.*, p. 96— "basta recordar las posiciones mantenidas indirectamente por el periódico *El País*, en 10 y 15 de julio de 1992 y el editorial de *ABC* de 10 de julio de 1992, en el que puede leerse: "El Gobierno del PSOE ha fracasado en su intento de ganar las elecciones en los Colegios Profesionales y controlarlos. A la vista de esta situación ha decidido destruirlos. Cualquier análisis de las nuevas propuestas del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) debe partir de esta base... En el concreto asunto que ahora nos ocupa, donde los Colegios Profesionales pueden ver comprometida económicamente su estabilidad, el Gobierno parece haber encontrado el camino alternativo a su fracaso repetido cada vez que ha intentado controlar estos Colegios por vía electoral...".

Como se ha señalado (198), tanto en los aspectos conceptuales como las soluciones prácticas del Proyecto fueron objeto de rechazo por parte de las organizaciones colegiales. Así, conceptualmente se rechaza la asimilación sin más de las profesiones con la libertad de empresa, defendiéndose el “ejercicio de las profesiones tituladas como modalidad peculiar del derecho al trabajo”, admitiéndose si acaso una aplicación limitada de la legislación empresarial a la materia profesional (199). La oposición al Proyecto de Ley se puede sintetizar en las siguientes consideraciones (200):

“1. La reforma en proyecto distorsiona el régimen jurídico de los Colegios Profesionales y del ejercicio de las profesiones tituladas, conforme al artículo 36 Const. Ello se deriva del mismo carácter sectorial de la reforma y de la sujeción directa y plena

---

(197) MUÑOZ MACHADO “Dictamen emitido a petición de los Colegios y Consejos Superiores de Arquitectos Técnicos, Ingenieros e Ingenieros Técnicos de España sobre el Anteproyecto de Ley elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda para la modificación de la Ley de Colegios Profesionales”, Madrid, agosto de 1992; PAREJO ALFONSO, “Nota-informe sobre el borrador del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Colegios Profesionales de 1974, preparado por el Tribunal de Defensa de la Competencia y propuesto por éste al Gobierno de la nación, elaborada con fecha 27 de julio de 1992 por el Departamento de Derecho Administrativo (Profesor Parejo Alfonso) de la Universidad Carlos III de Madrid”. También, según DEL SAZ, *ob. cit.*, p. 113, el profesor ARIÑO ORTIZ elaboró otro informe titulado: “Informe sobre el Anteproyecto de Ley de reforma de los Colegios Profesionales”. Por el contrario, SANCHEZ SAUDINOS, “Una reflexión acerca del impacto de la Unión Europea sobre el régimen de ejercicio de las profesiones tituladas en España: el informe sobre el libre ejercicio de las profesiones del Tribunal de Defensa de la Competencia”, Comunicación al XIII Congreso de la Asociación Española de Teoría del Estado y Derecho Constitucional, publicado en RFDUC, núm. 18, 1994, mantiene —dice Gálvez, *ob. cit.*, p. 95 nota 6 de quien sacamos la cita— una posición matizada favorable al informe, cuando escribe (p. 361) que aun cuando participamos plenamente de la convicción de que las actividades profesionales tienen una serie de características que las singularizan y distingue de cualquier otra actividad económica, industrial o comercial, creemos que es posible aseverar que la falta de sintonía existente entre el régimen económico previsto para el ejercicio de las profesiones colegiadas y el resto del mercado no se debe tanto a las peculiaridades de aquél como a su falta de acompañamiento a las reformas que en lo económico se han acometido en España en los últimos quince años para transformar una economía proteccionista.

(198) LOPEZ RAMON, F., “Libre competencia...”, *ob. cit.*, p. 269.

(199) LOPEZ RAMON, *ob. cit.*, p. 269.

(200) Véase el documento aparecido en la prensa, Declaración de la Unión Profesional sobre el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Colegios Profesionales, aprobada por unanimidad en la asamblea celebrada el 19 enero de 1993.

que impone para estas instituciones respecto de la legislación propia de la actividad mercantil.

2. La facultad normativa propia de los Colegios Profesionales para la ordenación del ejercicio de las profesiones en el plano deontológico, implica un margen de autonomía no compatible con el sometimiento de los colegios a la fiscalización directa por los órganos administrativos de la defensa de la competencia.

3. No está justificada la supresión de toda facultad de los Colegios para sancionar la competencia desleal entre sus miembros, sin perjuicio de la función jurisdiccional que corresponde a los órganos de la Administración de Justicia.

4. La simple supresión de toda competencia tarifaria no es alternativa correcta a los posibles abusos que pudieran producirse en el ejercicio de esta tradicional facultad. Las regulaciones de honorarios con carácter orientativo no son contrarias a la libertad de pactos y producen positivos efectos de información y referencia para el usuario”.

La reacción parlamentaria por parte de la oposición al Proyecto de 1992 tampoco fue especialmente cálida. En la significativa (201) intervención del Diputado del Grupo Catalán Miguel Roca, se puede leer lo siguiente:

“El grave error de este proyecto de ley es que jurídica y técnicamente no se sostiene. Es simplemente un proyecto de ley que parte de un error inicial, que es querer creer y convencer que los profesionales son simplemente otros operadores económicos más, y esto no es así ni en la práctica, ni en el Derecho ni en nuestra Constitución, ni en el sentido común, ni en Europa (...). Al margen de la constitucionalidad, todo es inconstitucional (...). El punto de partida de este proyecto no puede ser otro que el del artículo 36 de la Constitución, que regula no únicamente (...) los Colegios Profesionales, sino el ejercicio de las actividades colegiadas (...)”.

Las reacciones al Anteproyecto de enero-marzo de 1995 y al Proyecto de LMFAYOS de octubre de 1995 fueron, por parte de los Consejos Generales y Colegios Profesionales, del mismo tenor que

---

(201) Significativa por la importancia que va a tener posteriormente este Grupo parlamentario en la elaboración de la Ley 7/97.

las formuladas a sus precedentes (202), si bien se ha señalado (203) que el debate iniciado por el Informe del TDC de 1992 implicó “incluso un cambio de postura corporativa, que ya no puede menos que reconocer la necesidad de reformar el régimen de los Colegios Profesionales, incluidos aspectos orgánicos y representativos”.

Por el contrario, la reacción al Real Decreto-ley de 1996 y a la Ley 7/1997, se caracteriza precisamente por la falta de reacción. Las razones pueden ser diversas. Evidentemente, manifestar nuestra opinión al respecto implica un juicio de valor, pero, en todo caso, creemos que puede obedecer al hecho de que el Gobierno publica el Real Decreto-ley de 1996 al mes escaso de su toma de posesión; al propio instrumento utilizado, el Decreto-ley, que impide la reacción previa, que suele ser la más fuerte con el fin de fijar posiciones de partida que permitan después negociar; a que una vez convalidado el Real Decreto-ley, el Gobierno es obligado a tramitarlo como Proyecto de Ley, con lo que las presiones corporativas, que como veremos existieron, se llevan a cabo directamente con el Gobierno y los Grupos parlamentarios, y ello, lógicamente, exige una cierta discreción; a que estas presiones alcanzan un cierto éxito; a una posible mejor “sintonía” del Gobierno actual con las “clases profesionales” o con los dirigentes colegiales; o simplemente a que la situación del Gobierno actual no es la misma situación de “debilidad política” —aunque parlamentariamente es prácticamente idéntica— que la del anterior Gobierno, etc. Sea como sea, las organizaciones colegiales, una vez plasmada legislativamente la reforma, han guardado un significativo silencio; a pesar de que, con la excepción de cambios muy particularizados en dos concretas profesiones (médicos y procuradores), la reforma realizada, como vamos a ver, no difiere sustancialmente de algunos de los intentos de reforma anteriores.

---

(202) GALVEZ, J., *ob. cit.*, p. 97.

(203) LOPEZ RAMON, F., “Libre competencia...”, *ob. cit.*, p. 275.



## 2. El contenido de la reforma

### 2.1. Declaración general de aplicabilidad de las leyes generales del Derecho de la competencia al ejercicio de las profesiones liberales

2.1.1. El Proyecto de 1992, directamente inspirado, como sabemos, en la propuesta del TDC, pretendía lisa y llanamente (204) la aplicación a las profesiones de los postulados de la libre competencia. Con esta finalidad se proponía la introducción de un nuevo párrafo 2.º en art. 2.1 de la LCP, en el que se establecía que “*el ejercicio privado de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y con sujeción a la Ley sobre Defensa de la Competencia, a la Ley sobre Competencia Desleal y a la Ley General de Publicidad*”.

Como nos dice López Ramón (205) toda la filosofía del Proyecto se resume en esta norma. Esta era “la piedra angular de la reforma”, tal y como nos recuerda Del Saz (206) que decía la Memoria del Proyecto. En el mismo Informe del TDC se indicaba que con la introducción de esta disposición “bastaría... para cumplir los objetivos de liberar el sector de servicios profesionales” (207).

---

(204) Son palabras de LOPEZ RAMON, F., *ob. cit.* p. 274

(205) *Ob. cit.*, p. 268

(206) *Ob. cit.*, p. 110. Esta autora indica (*ob. loc. cit.*, nota 4) que la inclusión de la expresión “ejercicio privado de las profesiones colegiadas” que no figuraba en el anteproyecto inicial del Ministerio de Economía, parece excluir a los profesionales funcionarios (por ejemplo, los médicos) que ejercen su profesión al servicio de la Administración y a los “profesionales oficiales”, como notarios y registradores, que —añade— han quedado inexplicablemente, como bien se desprende del informe del TDC, excluidos de la reforma”. Es cierto que en el Informe, lo hemos visto, se limita la reforma a los profesionales en ejercicio independiente de la profesión, excluyendo a los profesionales asalariados, a los que se podría equiparar los profesionales que ejercen su profesión en régimen funcional. Y también es cierto que en él se excluye a Notarios, Registradores y Corredores de Comercio a los que se califica de “profesionales colegiados funcionarios”, calificación que es incorrecta, ya que existen otros muchos profesionales colegiados que pueden ejercer en régimen funcional (los mismos médicos). Otra cosa es que con la expresión “ejercicio privado de la profesión” se consiguiera ambas exclusiones, lo que desde luego no creemos.

(207) Lo cual, evidentemente, es una exageración, toda vez que el simple juego del criterio interpretativo norma general-norma especial, seguiría impidiendo salvar lo dispuesto en el art. 2.1 de la LDC. Bastaría que, en un aspecto concreto —por ejemplo honorarios—, estuviera prevista por una norma con rango de ley una restricción de la competencia para que la prohibición del art. 1 de la LDC no pudiera aplicarse. Cosa distinta sería la combinación de la norma introducida con una Disposición Derogatoria tan potente como la prevista en el Proyecto: “Quedan derogados los preceptos contenidos en normas generales o especiales de igual o inferior rango que se opongan o resul-

Con independencia de la necesidad de una declaración general como la contenida en este proyectado nuevo párrafo del art. 2.1 de la LCP (ya que en nuestra opinión lo que se establece no añade absolutamente nada a lo que ya era Derecho vigente en nuestro ordenamiento jurídico, salvo evidentemente, y no es poco, decirlo expresamente para eliminar cualquier duda “interesada” que pudiera existir), lo cierto es que a la norma transcrita se reconducen, como veremos, todas o casi todas las demás modificaciones o reformas que se incluyen en el inluían en el Proyecto de 1992.

La declaración de este proyectado nuevo párrafo del art. 2.1 tiene una consecuencia especialmente trascendente que conviene poner de manifiesto de forma inmediata, ya que afecta a uno de los fines y funciones tradicionales y más importantes de los Colegios y que caracteriza jurídica y sociológicamente a la figura del profesional liberal: la ordenación de la actividad profesional (la autorregulación). En efecto, es cierto que, ni el art. 3.1, ni la letra i) del art. 5 de la LCP, normas en que se fundamenta básicamente la facultad de ordenación de los Colegios (208), son modificados formalmente por la proyectada reforma de 1992. Y decimos formalmente, porque sustancialmente sí lo son. El reconocimiento de la sujeción del ejercicio de las profesiones a la LDC, a la LCD y a la LGP suponía en última instancia, que, en el ejercicio de esta facultad de “ordenación”, no podrán establecerse regulaciones contrarias a las citadas leyes, con lo que, se ha dicho (209), los Colegios “pierden la facultad de ordenación de todo lo relativo con aspectos económicos, incluida la publicidad”. Entendiendo lo que se quiere decir, tal vez sería más correcto técnicamente decirlo en sentido positivo: la ordenación colegial del ejercicio o actividad profesional —que, por tanto, no se pierde— deberá respetar los mandatos de dichas leyes.

---

ten incompatibles con lo establecido en la presente ley, incluidos los Estatutos generales o particulares, los Reglamentos de régimen interior y otras normas de los Colegios”.

(208) En el primero de ellos se establece como uno de los “fines esenciales de estas corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones”. En el segundo se indica que “corresponde a los Colegios Profesionales (...) ordenar en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesionales y por el respeto debido a los derechos de los particulares”.

(209) DEL SAZ, *ob. cit.*, p. 110, aunque matiza que esta pérdida de la facultad de ordenación es sólo en lo relacionado con aspectos económicos. Sin embargo, esta matización no existe en el Proyecto de 1992, que es el que ella está comentando en ese lugar.

En el mismo orden de ideas, el Proyecto de 1992 introducía un nuevo párrafo 4.º en el art. 2 en el que se establecía que *“los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios, incluidos los que versen sobre normas deontológicas, observarán los límites del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, sin perjuicio de que los Colegios pudieran solicitar la autorización singular prevista en su artículo 3”*.

Adviértase que la norma va dirigida, en este caso, de forma expresa, a los Colegios. Da la sensación, como si el proyectado párrafo 2º del art. 2.1 se quisiera dirigir exclusivamente a los profesionales, y este nuevo apartado 4 del mismo artículo 2 a los Colegios. Lo segundo es cierto, lo primero no. En efecto, una vez más, se trata de una norma por sí misma innecesaria, ya que si se aplica la LDC a los profesionales, la consecuencia lógica jurídica no es otra que la aplicación a los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas o conscientemente paralelas llevadas a cabo por los profesionales de la prohibición del art. 1 de la LDC cuando se da el supuesto de hecho de esta norma, y por supuesto a los acuerdos, decisiones y recomendaciones de las asociaciones de los profesionales, siendo esta la calificación que merecen los Colegios a efectos del Derecho de la competencia.

La norma, por tanto, no tiene otra explicación y otro valor, lo que no es poco dada la situación, que decir expresamente algo que es consecuencia lógico-jurídica de la aplicación al ejercicio profesional de las leyes de la competencia. Sólo desde este punto vista, es decir de aclaradas posibles dudas sobre la aplicación a los Colegios de la LDC (por el carácter de Corporación de Derecho Público de los Colegios, con las dudas subsiguientes sobre si son o no Administración pública, calificación o no de sus acuerdos como actos administrativos, etc), puede la norma no considerarse superflua.

Por otra parte, la nueva norma podría plantear una posible interpretación *a sensu contrario* en el sentido de que si la norma dice que los acuerdos, decisiones o recomendaciones de los Colegios deben respetar los límites del art. 1 de la LDC, ello significaría que dichos acuerdos no quedan sometidos a los límites del art. 6 de la LDC. No lo creemos así. Como hemos indicado, la aplicación a los Colegios de las leyes sobre la competencia deriva de la aplicación de dichas leyes al ejercicio privado de las profesiones, y, consiguientemente, a las asociaciones de profesionales (y, por tanto, a los Colegios). Consecuentemente, se les aplicará, tanto a los profesionales como a sus Colegios, tanto el art. 1 como el art. 6 de la LDC.

Por lo demás, parece evidente que la posibilidad reconocida en este nuevo apartado 4 del art. 2 de que los Colegios acudan al sistema de autorizaciones singulares del art. 3 de la LDC, ni elimina la posibilidad de que por profesionales determinados o asociaciones que agrupen profesionales distintas de los Colegios se soliciten autorizaciones singulares, ni excluye la posibilidad, en su caso, de exenciones por categorías previstas en el propio artículo 3 en relación con el artículo 5 de la LDC.

2.1.2. Alguna incidencia debió tener la oposición colegial al Proyecto de 1992, porque cuando en marzo de 1995 se conoce el nuevo Anteproyecto que elaboraba el Gobierno salido de las elecciones de 1993, se modifica aquel primer Proyecto de 1992 en el punto que hace referencia a la declaración de aplicabilidad de la libre competencia y a la sujeción a las leyes sobre la competencia. En la redacción que ahora se propone para el nuevo segundo párrafo del art. 2.1 (210) de la LCP se pueden apreciar dos cambios: 1) se elimina la alusión al ejercicio "privado" que hacía el proyecto de 1992; y 2) se introduce la matización de que la sujeción a la LDC, a la LCD y a la LGP se hará "sin perjuicio de la legislación general aplicable".

La primera modificación, con relación al Proyecto de 1992, es de orden relativamente menor (211), pero la segunda tiene una mayor trascendencia, puesto que si la referencia a la legislación general puede entenderse hecha a la legislación general que regula las profesiones o a la legislación general sectorial, que al regular ciertas actividades (por ejemplo, construcción) contemple aspectos concretos de determinadas profesiones (como, arquitectos), nos encontraríamos con que la aplicación de la legislación sobre competencia se limitaría a aquellos aspectos no contemplados de manera específica por aque-

---

(210) "El ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y, sin perjuicio de la legislación general aplicable, estará sujeto a la Ley sobre Defensa de la Competencia, a la Ley sobre Competencia Desleal y a la Ley General de Publicidad".

(211) En el caso de que fuera correcta la interpretación que hacía DEL SAZ (véase nota 206) de la expresión "ejercicio privado de las profesiones colegiadas" que aparecía en el Proyecto 1992, su eliminación ahora plantea el tema de la aplicación de la reforma a notarios, corredores y registradores, lo que, además, está en relación con la interpretación *a sensu contrario* que puede darse a la Disp. Derogatoria tal como va a quedar en su redacción definitiva en la Ley 7/97: si se declaran vigentes unas determinadas normas con relación a estos profesionales, quiere decir que la reforma, como en general la LCP, les es aplicable, sin perjuicio evidentemente de las leyes especiales que les sean aplicables.

lla legislación general. El alcance de la reforma y las consecuencias de la Disposición Derogatoria (212) quedarían, por tanto, tremendamente limitados.

Existe una tercera diferencia del Anteproyecto de marzo de 1995 con relación al Proyecto de 1992. Este se limitaba a declarar aplicable la LGP. Ahora, después de declarar esta aplicabilidad, se establecían determinadas matizaciones que, en todo caso, deberían respetarse, y que serán tratadas más adelante (véase apartado 2.2.).

Por lo demás, se mantiene con idéntica redacción a la del Proyecto de 1982 la previsión de sometimiento de los acuerdos, decisiones, etc. de los Colegios Profesionales a los límites del art. 1 de la LDC, así como la posibilidad de acudir al sistema de autorización singular de su artículo 3, por lo que nos remitimos a los comentarios que al respecto hemos realizado *supra*.

2.1.3. En el Proyecto de Ley de MFAyOS de octubre de 1995, por una parte se va a mantener (213) la redacción del Anteproyecto de marzo 1995, en cuanto a la limitación del alcance de la reforma que acabamos de señalar. Se va a especificar, por otra parte, que la sujeción a la LDC y LCD, lo es sólo a los efectos de la observancia del régimen de la libre competencia, lo que, en sí mismo, es una obviedad. Y, además, se introduce un alteración de signo mayor consistente en la supresión de la referencia a la Ley General de Publicidad, supresión que trataremos de manera específica en el apartado dedicado (*infra*) a la publicidad. Esto es, no sólo la sujeción del ejercicio de la profesiones colegiadas a las leyes sobre competencia deja a salvo la legislación general aplicable, sino que, además, entre aquellas leyes no aparece la Ley General de Publicidad, con las importantes consecuencias interpretativas que, como acabamos de indicar, veremos *infra*.

También en este Proyecto de octubre de 1995, se va a producir una modificación de la reforma proyectada en 1992 con relación al sometimiento de los acuerdos de los Colegios a los límites del art. 1 de la LDC. Por una parte, se elimina la alusión a los acuerdos que versen sobre normas deontológicas, y, por otra, se limita dicho sometimiento a "los acuerdos, decisiones y recomendaciones con trascendencia económica". La redacción que en este momento se da al apartado 4 del art. 3

(212) Véase el tenor de la Disposición Derogatoria en nota 207.

(213) "El ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y, sin perjuicio de la legislación general aplicable, estará sujeto, en cuanto a la observancia del citado régimen, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal".

de la LCP va a permanecer definitivamente en la Ley 7/1997, planteándose así si estos acuerdos con trascendencia económica, coinciden o son más amplios que los que se refieren a “la oferta de servicios” y a la “fijación de la remuneración” de que habla el nuevo apartado segundo del art. 2.1 de la LCP.

2.1.4. También importantes, y en el mismo sentido que las proyectadas en los antecedentes de 1995 de limitar el alcance de la reforma proyectada por el Proyecto, fueron las modificaciones que, con relación a este Proyecto de 1992, introdujo el Gobierno salido de las urnas en las elecciones de 1996, a través del Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, que, como sabemos ha estado vigente hasta la Ley 7/97.

En el citado RD-ley la redacción que se propone para el 2.º párrafo del art. 2.1 es la siguiente:

*“el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y, sin perjuicio de la legislación general y específica aplicable en la ordenación sustantiva propia de cada profesión, 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 de Competencia Desleal”.*

En definitiva, el Real Decreto-ley de 1996 establece: 1) que las profesiones colegiadas se ejercerán en régimen de libre competencia; 2) que la sujeción de dicho ejercicio a la LDC y a la LCD se limita exclusivamente a las materias relacionadas con la oferta de los servicios y con la fijación de su remuneración (limitación que no se encontraba ni en el proyecto de 1992, ni en el anteproyecto y proyecto de 1995); 3) que la sujeción a dichas leyes y sólo en dichas materias tendrá lugar sin perjuicio no sólo de la legislación general (matización que ya se habían introducido en el anteproyecto y proyecto de 1995), sino, además, de la legislación específica aplicable “en la ordenación sustantiva propia de cada profesión”; y 4) por supuesto, sigue el RD-ley de 1996, igual que el Proyecto de octubre de 1995, sin establecer la sujeción a la LCP, con las consecuencias interpretativas que en su momento veremos.

Por supuesto que, además de que el precepto tenía una redacción enrevesada que posiblemente no hubiera tenido otra consecuencia que continuos conflictos ante los Tribunales cuyo núcleo litigioso hubiera sido la determinación de la legislación aplicable, las consecuencias de una posible interpretación del precepto podría

suponer dejar el sistema jurídico-profesional intacto en todo aquello que no afectara a las concretas modificaciones que se introducían en el RD-Ley. Así, por lo demás, se desprende de uno de los primeros comentarios a dicho RD-ley (214), aunque también era posible la interpretación en el sentido de la redacción que va a adoptar de forma, por el momento, definitiva la norma en la Ley 7/1977 y que pasamos a examinar.

2.1.5. En efecto, en la Ley 7/1997, de 14 de abril, se vuelve a alterar la redacción que se va a dar definitivamente al nuevo párrafo segundo del art. 2.1 de la LCP, estableciéndose ahora que:

*“... el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal. Los demás aspectos del ejercicio profesional continuarán rigiéndose por la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión aplicable”.*

La citada redacción es consecuencia de una enmienda que con este contenido introduce del Partido Popular (el Partido que sostiene al Gobierno) en la tramitación parlamentaria como Ley del RD-ley, concretamente en su paso por el trámite de Comisión en el Senado (215). La finalidad de la nueva redacción se explica con toda claridad en la justificación de dicha enmienda (216), al indicar que la nueva redac-

---

(214) GALVEZ, J., *ob. cit.*, p. 111, en donde al explicar el significado de que la sujeción del ejercicio de las profesiones colegiadas a la LDC y a la LCD se estableciera “sin perjuicio de la legislación general y específica aplicable en la ordenación sustantiva propia de cada profesión”, indicaba que las “excepciones que derivan de la legislación general son las referentes a exigencia de titulación, obligatoriedad de la colegiación, sistema de venias, ordenaciones de las actividades profesiones en función de principios éticos y de dignidad profesional, etc.”. “Excepciones consagradas por vía de legislación específica —continuaba diciendo el mismo autor— son las relativas a publicidad, estructuración jurídica del profesional, *numerus clausus* de profesionales ejercientes (supuesto de las profesiones oficiales, como las ejercidas por los notarios, registradores o corredores colegiados de comercio), cobro de honorarios intervinientes por los Colegios, sistema de visados, etc.”. Y concluía: “Se trata de posibles restricciones a la competencia determinadas por disposición normativa de adecuado rango y que no son incompatibles con el régimen de libre competencia impuesto a los profesionales colegiados por el Real Decreto-ley 5/1996. Cabe la posibilidad de aumentar o reducir estas excepciones mediante la oportuna disposición normativa”.

(215) BOCG Senado, 10 de febrero de 1977, Serie II. Proyectos de Ley, núm. 11 (d), p. 33

(216) BOCG Senado, 6 de febrero de 1977, Serie II, Proyectos de Ley, núm.11 (c), p. 14.

ción es una mejora técnica que “trata de eliminar cualquier duda sobre el ámbito de aplicación de la reforma, dejando técnicamente claro que, en el ejercicio de las profesiones colegiadas, la oferta de servicios y la fijación de su remuneración están siempre sujetas a la Ley sobre Defensa de la Competencia y que, en consecuencia, la legislación específica (que) existe para cada profesión sólo es aplicable a los demás aspectos del ejercicio profesional”. La enmienda fue admitida en fase de Comisión en el Senado, y reafirmada tanto en el Pleno del Senado como en el trámite final en el Pleno de Congreso, rechazándose tanto en uno como en otro Pleno la posición del Grupo Parlamentario de CiU) de volver a la redacción original que, como sabemos, coincidía con la del RD-ley de 1996. La defensa de esta posición por CIU en el Pleno del Senado y del Congreso (217) pone, por lo demás, de manifiesto que la interpretación que se hacía de la norma contenida en dicho RD-ley era aquélla a la aludíamos más arriba y que de alguna forma limitaba de forma extrema la reforma.

---

(217) En efecto, en la intervención del Sr. Beguer i Olivares en el Pleno del Senado (*Diario de Sesiones del Senado*, núm. 30, de 12 de febrero de 1997, p. 1217), se puede leer que “(...) por enmienda... del Partido Popular (...) [en la Comisión del Senado] se modificó el texto original [el aprobado en el Congreso y que era el mismo del RD-ley de 1996], de modo que en el nuevo texto la legislación de cada profesión sólo es aplicable en determinados aspectos del ejercicio, estando sujetas las profesiones a la Ley de Defensa de la Competencia. /Entendemos que el texto del Congreso de los Diputados era más concreto y que existen unas leyes sustantivas propias de cada profesión, y si bien estarán sujetas, en cuanto a oferta de servicios y remuneración, a la Ley de Defensa de la Competencia y a la Ley de Competencia Desleal, debieran invertirse los términos y mantener el texto original por prevalecer las leyes específicas de cada profesión”.

La contestación del Grupo Popular, en boca del Sr. Calvo Foch (*Diario de Sesiones del Senado*, núm. 30, de 12 de febrero de 1997) insiste en que la nueva redacción “no puede desagradar a nadie. (...), solamente supone una mejora técnica. Viene a redactar de una mejor forma lo que es la pretensión del proyecto”.

CIU va a insistir en el Pleno del Congreso: podíamos entender el sometimiento a la LDC “en algunas funciones y materias específicas que desarrollan los Colegios Profesionales [pero] nos ha inquietado el ámbito en que se ha revisado y la forma en que queda redactado, porque damos un sometimiento total y absoluto de la oferta profesional a la Ley de Defensa de la Competencia y eso no debe ser tan exhaustivo, eso tiene matices, señorías. No es que discrepemos del hecho en sí de someter en algunos supuestos la actividad profesional a la Ley de Defensa de la Competencia, que lo admitimos, pero en la forma en que queda redactada, con su exhaustividad, sometiendo toda la norma a la preferencia de la defensa de la competencia, creemos que debería ser revisado”. El Grupo Popular, por su parte, vuelve a insistir, contando en ello con el apoyo del Grupo Socialista, lo adecuado de la nueva redacción que de al segundo párrafo que se introduce en el art. 2.1 de la LCP (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 61, de 20 de febrero de 1977, pp. 2982-2983)



## 2.2. Reforma en materia de publicidad

2.2.1. La única alusión que hacía el Proyecto de 1992 al tema de la publicidad es la que hemos visto (apartado 2.1.1.) que se realizaba a la LGP en el nuevo párrafo 2º que dicho Proyecto pretendía introducir en el artículo 2.1 de la LCP. Unica alusión, pero suficiente para obtener el fin perseguido y puesto de manifiesto por el TDC: aplicar a los profesionales la misma legislación en esta materia que a cualquier otro operador del mercado. “Deben suprimirse—decía el TDC en su Informe— aquellas restricciones a la publicidad que no estén contempladas por la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Publicidad. Una vez que han entrado en vigor ambas leyes, los profesionales están, como el resto de los operadores del mercado, bien defendidos por dichas leyes contra toda publicidad desleal (...)” (218).

Insistimos en la falta de necesidad de una declaración del tipo que se formula, salvo, como ya hemos indicado, para dejar expresamente resuelta la cuestión. Y es que en el caso de la LGP, la propia ley establece su aplicación a los profesionales en sus arts. 1 y 2 (219).

En el Proyecto de 1992 ni tan siquiera se contemplaba, aunque no lo impedía, la posibilidad de utilizar la propia legislación general sobre publicidad para prever alguna particularidad con relación a los servicios profesionales o para algunos de ellos. Adviértase que la propia LGP contempla esas posibles particularidades (art. 1 —normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias— art. 3.e —normativa sobre publicidad de determinados servicios—, art. 8 —normas especiales o sometimiento a régimen de autorización administrativa previa para servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o cuando la protección de los valores y derechos constitucional-

---

(218) “La ley —añade el Informe del TDC refiriéndose a la LGP— persigue todos los actos de confusión, toda la publicidad engañosa, la publicidad que denigre a un tercero, la que en determinados casos compare su actividad con la de otro profesional, la que se aproveche de las ventajas de reputación profesional adquirida por otro en el mercado, la que divulgue secretos, etc.”.

(219) En efecto, después de indicar la ley, en su art. 1. que “la publicidad se regirá por lo dispuesto en esta ley y en las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias”, el art. 2 define la publicidad como “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”. El amplio elenco de personas susceptibles de realizar publicidad no deja dudas sobre la inclusión de los profesionales liberales o no.

mente reconocidos lo requieran—). Para el Proyecto de 1992, da la sensación que no se requiere ninguna legislación adicional. Así se decía en el Informe del TDC: “No hay ningún acto de competencia desleal que no quede cubierto por dichas leyes y que requiera legislación adicional”. Tal vez es que el TDC y el sucesivo Proyecto de reforma estaba pensando en clave de defensa de los profesionales, cuando realmente el tema de la publicidad profesional es fundamentalmente, o mejor dicho debe ser, un tema de protección de los usuarios de dichos servicios.

2.2.2. Como hemos indicado más arriba la forma de considerar la cuestión de la publicidad cambia en el Anteproyecto de marzo de 1995. En efecto, si el Proyecto de 1992 se limitaba, como acabamos de ver, a declarar aplicable, sin matización alguna, la LGP, ahora el Anteproyecto de marzo de 1995 mantiene esta declaración, pero, por una parte, con la matización general que ya conocemos de dejar a salvo la legislación general aplicable, y, por otra, añadiendo, además, en el proyectado art. 2.1 de la LCP un conjunto de particularidades a que debería someterse la publicidad profesional:

*“a) Los contenidos de dicha publicidad podrán referirse a los datos profesionales, identificación, especialidad e incluso honorarios, pero no estarán permitidas las frases, expresiones o eslóganes sin contenido informativo y destinados únicamente a ensalzar la calidad o cantidad de los servicios prestados por los profesionales.*

*b) La publicidad no podrá tener en ningún caso carácter comparativo.*

*c) Los Colegios están legitimados para ejercitar las acciones a que se refieren los artículos 25 y 30 de la Ley General de Publicidad. A tal efecto, los estatutos generales podrán establecer la obligación de los colegiados de poner en conocimiento del Colegio, con un mes de antelación a su difusión, la publicidad que pretenden hacer”.*

2.2.3. En el Proyecto de Ley de MFAYOS de octubre de 1995 se va a producir una alteración de signo mayor en esta materia: se suprime toda referencia al tema de la publicidad de los profesionales. Esto es, no sólo la sujeción del ejercicio de la profesiones colegiadas a las leyes sobre competencia deja a salvo la legislación general aplicable, sino que, además, entre aquellas leyes a las que debe sujetarse el ejercicio de las profesiones no aparece ya la LGP, dejándose de hacer referencia alguna al tema de la publicidad.

La consecuencia de esta situación no podía ser otra que, partiendo de los antecedentes que sí recogían expresamente la aplicación de la LGP, interpretar, si el proyecto salía adelante, que el legislador entendía que el ejercicio de las profesiones colegiadas no quedaba sujeto a la LGP. Y así, efectivamente se interpretó cuando comentando el Proyecto a que estamos haciendo referencia se dice que hay que “destacar... la supresión de la mención del anterior Proyecto a la Ley de Publicidad, por lo que en este aspecto los Colegios Profesionales seguirán manteniendo su potestad de ordenación y sanción” (220). Sí, pero no. En nuestra opinión la supresión de la referencia al tema de la publicidad, lo único que produce es dejar las cosas tal y como estaban con anterioridad, y, por tanto y como máximo, con los problemas interpretativos sobre la aplicabilidad o no de la LGP y sobre si las regulaciones restrictivas de la publicidad contenidas en el ordenamiento jurídico profesional tienen el rango normativo suficiente derivado de la exigencia constitucional de reserva de ley en la materia.

2.2.4. La falta de tratamiento del importante y delicado tema de la publicidad profesional se va a mantener en el Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, y también va a ser ésta la solución que se adopte finalmente en la ley 7/1977, a pesar de que en algún momento de la tramitación parlamentario el tema de la publicidad estuvo incorporado al texto de la ley (221).

La supresión en el texto definitivo de la Ley se justificó por parte del Grupo Popular, en los siguiente términos:

“... no es conveniente introducir en este momento el tema de la publicidad regida exclusivamente desde la Ley General de Publicidad. Bien es cierto que, en aras de la competencia, es conveniente que los profesionales puedan darse a conocer en sus propias características y bondades, pero no exclusivamente a través de la Ley General de Publicidad, que nos llevaría a un comportamiento de los profesionales no deseable. Se hablaba de la publicidad en la televisión y yo no quería ver a

(220) DEL SAZ, *ob. cit.*, p. 121.

(221) En efecto, en el texto aprobado por el Senado (BOCG. Senado, Serie II. Proyectos de Ley, núm. 11 e), 20 de febrero 1997, p. 41), se introducía en el art. 2.1 de la LCP un tercer párrafo en el que se establecía que “la publicidad de los profesionales colegiados se regirá por lo dispuesto en la Ley General de Publicidad. Los Colegios están legitimados para ejercitar las acciones de cese y rectificación de la publicidad ilícita a que se refiere el artículo 25 de la Ley General de Publicidad”.

los profesionales españoles, desde el prestigio, desde la seriedad de sus profesiones, en tubos de neón, en anuncios breves por palabras en periódicos o revistas o en la misma televisión. Por lo tanto, pensamos que no es el momento de introducir (...) 'la referencia a la publicidad' y consideramos que debe ser regulada formalmente en esa nueva norma que hemos de afrontar" (222).

Como puede apreciarse el riesgo de interpretación denunciada más arriba es claro: la supresión de la referencia a la LGP implica que la misma no es aplicable. Ya hemos criticado más arriba esta posible interpretación y la sostenemos ahora: la LGP es aplicable a los profesionales, sin perjuicio de que sean aplicables, en virtud de lo dispuesto por la propia LGP, las regulaciones particulares que para cada profesión puedan existir, siempre, claro está, que dichas regulaciones tengan el rango normativo o la habilitación legal suficiente exigido por las reservas de ley a que está sometida la regulación del ejercicio de las profesiones tituladas, reservas de ley que evidentemente no han sido suprimidas.

### 2.3. La reforma en materia de Competencia Desleal

2.3.1. Idénticas consideraciones a las realizadas en los apartados anteriores sobre la no necesidad de un declaración general de apli-

---

(222) *Diario de Sesiones del Congreso*, núm. 61, 20 de febrero de 1997, p. 2983. Previamente también había intervenido en contra de la forma en que el texto del Senado recogía el tema de la publicidad el Grupo de CIU, diciendo que "lo que más nos inquieta es la propuesta que se incorpora en materia de publicidad a desarrollar por los profesionales. No nos parece acertada la propuesta que nos hace el Senado, toda vez que regular la actividad publicitaria de los Colegios Profesionales o de la actividad profesional debe tener, señorías, excepciones, cautelas y de tener algunas limitaciones y no se han podido regular por el Senado estas limitaciones. Deberíamos regular la autorización, permitiéndola en algún momento en el futuro, pero sometiendo esta autorización a supuestos cautelares que la propuesta del Senado no contempla. Por tanto, una habilitación tan abierta a autorizar sin límites cualquier publicidad de las actividades de los profesionales, no nos parece acertada. /Imaginen ustedes que un médico se anunciara en televisión diciendo que sus intervenciones pueden ser mucho más curativas que las de otro profesional. Esta dinámica debe ser revisada y tenida en cuenta por el legislador, regulando supuestos, regulando cautelas, estableciendo unos límites y señalando unas circunstancias que aquí no se contemplan. Por esta razón, nosotros comprendemos la iniciativa del Senado, pero no podemos adherirnos a que todo ello se contemple en la norma tal y como se nos propone".

capacidad a los profesionales de las leyes sobre competencia, se deben realizar ahora con relación a la declaración de aplicabilidad de la LCD. Ahora, además, con el apoyo suplementario y decisivo de una declaración expresa de la Exposición de Motivos de la propia LCD. En efecto esta, en su art. 3, dedicado a determinar el ámbito subjetivo de la ley, indica que “la ley será de aplicación a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado”. Si alguna duda pudiera plantear la inclusión de los profesionales en este último inciso, la Exposición de Motivos de la ley la despeja: “...no es necesario que los sujetos —agente y paciente— del acto sean empresarios (la ley también resulta aplicable a los otros sectores del mercado: artesanía, agricultura, profesionales liberales, etc.)”.

Además de la declaración general de aplicabilidad de la LCD contenida en el proyectado nuevo segundo párrafo del art. 2.1, el Proyecto de 1992 realizaba una segunda modificación de la LCP relativa a la competencia desleal. En efecto, el Proyecto de reforma de 1992 modificaba la letra K) del art. 5, norma en la que se atribuía a los Colegios Profesionales, en su ámbito territorial, la función de “procurar la armonía y colaboración entre los colegiados, impidiendo la competencia desleal entre los mismos”. Ahora, en la nueva redacción que se propone, se les sigue atribuyendo dicha función exactamente en los mismos términos literales, pero añadiendo un matiz con especial trascendencia práctica. Dicha función han de llevarla a cabo los Colegios “a través del ejercicio de las acciones que las leyes establecen”.

La matización es importante, puesto que parece suponer una drástica reducción de las facultades disciplinarias por parte de los Colegios (223), ya que hay que entender que las acciones a que se refería la nueva redacción proyectada de este apartado K del art. 5 son las previstas en la LCD, esto es las contempladas de su art. 18 (declarativa de deslealtad del acto, de cesación, de remoción, y rectificación) (224), y que se ejercen ante la jurisdicción ordinaria, la derivada del art. 7 de la LDC (falseamiento de la libre competencia por actos desleales) ante el Servicio de Defensa de la Competencia, con recurso ante el TDC, y, en su caso, ante la Audiencia Nacional, siempre, en este caso, por la vía contencioso-administrativa, posibles acciones penales, con el consi-

---

(223) En este sentido DEL SAZ, *ob. cit.*, p. 111.

(224) No así, las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios ni la de enriquecimiento injusto, por falta de legitimación activa a tenor del art. 19.2 de la misma ley.

guiente efecto de prejudicialidad de este proceso con relación al administrativo ante el Servicio y Tribunal de Defensa de la competencia, y las acciones de cesación o, en su caso, de rectificación contempladas en la Ley General de Publicidad, cuando el ilícito concurrencial desleal se ha realizado por este medio, acciones estas última compatibles con el ejercicio de acciones civiles, penales y administrativas o de otro orden que puedan corresponder. En definitiva, los actos de competencia desleal entre los colegiados parece que no podrían ser perseguidos a través de la facultad disciplinaria de los Colegios reconocida en el artículo i) de la LCP.

2.3.2. En el Anteproyecto de Ley de 1995 el tratamiento de la competencia desleal es idéntico al que recibe en el Proyecto de 1992, con la salvedad ya conocida de que la sujeción del ejercicio de las profesiones colegiadas a la LDC y a LCD se establece "sin perjuicio de la legislación general aplicable", con las consecuencias que ya hemos examinado más arriba.

Por el contrario, en el Proyecto de Ley de MFAYOS de octubre de 1995, si bien se mantiene la declaración de aplicabilidad de la LCD en los mismos términos, desaparece la modificación de la letra k) del art. 5 de la LCP por la que se matizaba que la función de los Colegios de procurar la armonía y colaboración entre los colegiados, impidiendo la competencia desleal entre los mismos se debía llevar a cabo a través del ejercicio de las acciones que las leyes establecen.

Lo mismo que en el proyecto de 1995, va a suceder en el RD-ley de 1996 y en la Ley 7/1977, con la única variación de los cambios en la fórmula de la declaración general de aplicabilidad de la LDC y LCD que ya conocemos.

La supresión desde el proyecto de octubre de 1995 de la modificación de la letra k) del art. 5 de la LCP previsto en el proyecto de reforma de 1992, atiende desde luego a las posiciones mantenidas por las organizaciones colegiales que como sabemos mantuvieron en aquel momento que "no esta[ba] justificada la supresión de toda facultad de los Colegios para sancionar la competencia desleal entre sus miembros, sin perjuicio de la función jurisdiccional que corresponde a los órganos de la Administración de justicia" (225). Pero la supresión de dicha modificación deja abierto el problema de la compatibilidad entre la competencia disciplinaria de los Colegios y la de los Tribunales ordinarios, en materia de competencia desleal.

---

(225) Véase apartado VII.1.3.

Gálvez, comentando el RD-ley de 1996, mantiene que, aun cuando no se precise, con relación a la infracción de normas deontológicas que se encuentren tipificadas en el la LCD, los Colegios quedan apartados de su conocimiento, e incluso señala que los Estatutos colegiales no puedan contemplar como falta disciplinaria los hechos contemplados en la LCD, debiéndose también considerar en tales casos suprimidas las sanciones de pérdida de la condición de colegiado y la suspensión en el ejercicio profesional (226).

No compartimos la opinión que acabamos de exponer. En primer lugar, y en todo caso, las afirmaciones de Gálvez habría que limitarlas exclusivamente a las cuestiones relativas a la oferta de servicios y a la remuneración de los profesionales. Y, en segundo lugar, creemos que al no modificarse ni la letra i) ni la k) del art. 5 de la LCP, se deja abierto el problema de la posibilidad de acudir, incluso para aquellas cuestiones, a una doble vía para reprimir los comportamientos desleales: la corporativa y la judicial, con la consecuencia ya contemplada hace tiempo por Alfaro Aguila-Real (227) de que pueda darse una "doble jurisprudencia sobre competencia desleal en el ámbito de las profesiones colegiales, dado que los actos de los colegios son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa" (art. 8.1. LCP).

---

(226) Conviene reproducir los argumentos del autor, *ob. cit.*, p. 112: "La nueva determinación legal, a cuyo tenor se aplicarán a los profesionales colegiados tanto la Ley de Defensa de la Competencia como la Ley de Competencia Desleal, origina determinados efectos competenciales. De una parte, los infractores de aquellas normas quedarán sujetos al Servicio de Defensa de la Competencia, al Tribunal de Defensa de la Competencia o a la jurisdicción ordinaria, según el caso; de otra, los Colegios Profesionales experimentan una correlativa pérdida de competencias sancionadoras en cuestiones relacionadas con la deontología y ética profesional. / Aunque el Real Decreto-ley 5/1996 no lo precise y los hechos tipificados en esas dos leyes sigan constituyendo infracción de normas deontológicas, quedan apartados los Colegios Profesionales de su conocimiento. Ello es así porque la competencia no es susceptible de ser compartida y un mismo hecho no puede ser doblemente sancionado. / En consecuencia, los Colegios Profesionales seguirán ejerciendo la potestad sancionadora por incumplimiento de normas deontológicas, siempre que dicho incumplimiento no implique infracción de las normas sobre competencia que sean aplicables a los profesionales, en cuyo supuesto no podrán conocer ni sancionar los Colegios, por virtud del principio *non bis in idem*. Este mismo principio impide que los Estatutos colegiales tipifiquen como falta disciplinaria los hechos sujetos al conocimiento de los órganos previstos en las dos leyes consideradas, de manera que un mismo hecho pudiera originar doble sanción. Finalmente, puesto que las leyes de referencia no establecen como sanción la pérdida de la condición de colegiado ni la supresión en el ejercicio profesional, han de considerarse suprimidas estas dos típicas sanciones en tales casos".

(227) *La competencia desleal por...*, *ob. cit.*, p. 727.

## 2.4. La reforma en materia de intrusismo

El Informe del TDC no se refería directamente a este tema. Sólo muy indirectamente se podría decir que aludía a él cuando hacía referencia a los temas de “reserva de actividad”. El Proyecto de 1992, sin embargo, pretendía modificar la LCP en dos puntos en relación con esta materia.

En efecto, por una parte, introducía un nuevo apartado, el 5, en el art. 2 LCP en el que se establecía que *“los Colegios tienen legitimación para instar ante los órganos competentes la persecución del intrusismo, conducta que, salvo habilitación legal, no podrá ser sancionada por los propios Colegios”*. Y, por otra, se modificaba la redacción del apartado 1) del art. 5, que decía que correspondía a los Colegios Profesionales *“adoptar las medidas conducentes a evitar el intrusismo profesional”*, por la siguiente: *“corresponde a los Colegios Profesionales “ejercitar las acciones que las leyes establecen para la represión del intrusismo”*.

No se trataba de una modificación de gran importancia, toda vez que, como señala Del Saz (228), la LCP sólo reconoce a las Colegios una potestad disciplinaria sobre sus propios colegiados, por lo que no podían sancionar a personas o profesionales extraños al mismo, aunque sí podían ser objeto de sanción disciplinaria los profesionales que estando adscritos al Colegio invadían el campo reservado a otra profesión titulada. La reforma proyectada suponía, por tanto, también un recorte, si bien pequeño en este caso, de las facultades disciplinarias.

Por otro lado, la legitimación activa para accionar ante los Tribunales, y, consecuentemente, para instar ante otros órganos competentes (la administración) en supuestos de intrusismo, se venía reconociendo, sin excesivos problemas, dado el tenor de la letra g) del art. 5 de la LCP (*“legitimación para ser parte en cuantos litigios afecten a los intereses profesionales y ejercitar el derecho de petición”*).

Tal vez la mayor novedad de la reforma pretendida en este punto en 1992 fue el reconocimiento de la posibilidad de que los propios Colegios pudieran sancionar las conductas de intrusismo, si bien para ello el nuevo apartado 5 del art. 2 exigía que el Colegio dispusiera de habilitación legal para ello, lo que, evidentemente, no quiere decir una habilitación por cualquier tipo de norma, sino que, en razón de la

---

(228) *Ob. cit.*, p.111.



materia y de la exigencia de reserva de ley del art. 36 de la Constitución, la habilitación hubiera tenido que contenerse en una norma con rango de ley.

En el Anteproyecto de 1995 la reforma se mantiene en idénticos términos que en 1992, pero ni en el Proyecto de LMFAYOS, ni en el RD-ley de 1996, ni en la Ley 7/97 se va a tocar el tema del intrusismo, por lo que va a permanecer la redacción original de la letra l) del art. 5 de la LCP.

Conviene, sin embargo, hacer dos consideraciones sobre esta cuestión. En primer lugar, advertir de la importancia de la regulación de dicha cuestión, toda vez que es el cierre del sistema profesional en todo ordenamiento jurídico, siendo la máxima y, a la vez, última reacción del Derecho para proteger los mal llamados "monopolios profesionales" o "reservas de actividad": sólo los que están en posesión del correspondiente título y/o, en su caso, colegiados pueden desarrollar la correspondiente profesión.

Y, en segundo lugar, indicar que en nuestro país la tipificación penal del intrusismo ha variado por dos veces en los últimos diez años. Primero en la reforma del Código Penal de 1989 (229) y muy recientemente, en noviembre de 1995, con el nuevo Código Penal (230). No deben estar muy claras las cosas en esta materia cuando en tan corto plazo de tiempo la regulación del intrusismo ha cambiado de signo de forma bastante radical (231).

---

(229) LO 3/1989, de 21 de junio.

(230) LO 10/1995, de 23 de noviembre (BOE del 24). Su entrada en vigor se produce el 25 de mayo de 1996 (Disp. Final Séptima)

(231) En efecto, hasta 1989, nos encontrábamos con la tipificación del delito de intrusismo en el art. 321 del CP y con las faltas del 572. En el 321.1 se condenaba a quien "ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial, o reconocido por disposición legal o Convenio internacional", añadiéndose en el segundo párrafo que "si el culpable se atribuyere públicamente la cualidad de profesional, se le impondrá además la pena (...)". Por su parte, el 572 contemplaban dos faltas. En el 572.1 a quien "no estando comprendido en el artículo 321 ejerciere actos propios de una profesión reglamentada por disposición legal, sin poseer la habilitación o capacitación oficial requerida". Mientras que la falta del 572.2 castigaba al "titulado o habilitado que ejerciere su profesión sin haberse inscrito en el respectivo Colegio, corporación o asociación oficial, siempre que sea exigido reglamentariamente este requisito".

En 1989, se modifica el Código Penal, manteniéndose el art. 321, salvo un aumento en la cuantía de la multa, y modificando el 572 en el sentido de descriminalizar la conducta del 572.1 que pasa a tener, en virtud de la Disposición Adicional quinta de la Ley de Reforma, carácter simplemente de infracción administrativa. Se mantiene la falta para los titulados no inscritos en el respectivo Colegio.

Paradójicamente, a los Colegios que tanto se han opuesto a la aplicación al ejercicio de las profesiones liberales de las leyes de la competencia, posiblemente no les quede otra solución, ante la falta de previsión tanto penal como administrativa, que intentar ante los Tribunales civiles la aplicación del art. 15 de la LCD (violación de normas) para reprimir a aquellos sujetos que teniendo la titulación correspondiente pretendan ejercer, ejerzan, sin inscribirse en el correspondiente Colegio, actos propios de una profesión sin atribuirse la cualidad de profesional amparada por aquel título.

## 2.5. La reforma en materia del ejercicio asociado de la profesión

La reforma en esta materia partía de la acertada calificación como “gravísimas” que se realizaba en el Informe del TDC, de las restricciones existentes a la posibilidad de los profesionales de asociarse para el ejercicio de la profesión, restricciones que el Informe llamaba restricciones a la estructura de los negocios. Las consecuencias de estas restricciones —se lee en el informe del TDC— “son gravísimas no sólo de cara al consumidor español, sino de cara a la posibilidad de supervivencia de una actividad profesional de calidad ejercida por parte de nacionales españoles”. Es necesario —continuaba diciendo el TDC— “permitir que, aquellos profesionales que quieran, puedan dar a su actividad una escala suficiente que les permita competir con sus colegas extranjeros. Y ello no sólo para competir fuera de España sino dentro de nuestras fronteras ya que estas limitaciones no podrían aplicarse a los despachos colectivos de países comunitarios”. Las limitaciones vigentes —decía el TDC en otro lugar del Informe— son manifiestamente dañinas para los propios intereses de los colegiados, en un entorno de economía e integración europeas.

En consonancia con ello, el Proyecto de 1992 establecía la posibilidad de los profesionales de *“asociarse libremente para el ejercicio de su actividad, acogiéndose a cualesquiera de las formas previstas en el ordenamiento jurídico, siempre que se respeten los límites de la Ley sobre Defensa de*

---

Ahora, a partir de mayo de 1996, el nuevo Código Penal, elimina las faltas de intrusismo y considera delito tanto las conductas equivalentes a las previstas en el 321 como la conducta prevista en el 572.1 anterior a la reforma de 1989 y que como acabamos de decir, había sido descriminalizada en dicha reforma. Desaparece, sin embargo, del Código Penal, sin ninguna previsión sobre su conversión en infracción administrativa, la falta prevista en el 572 y relativa al titulado que ejerciere sin inscribirse en el correspondiente Colegio.

la Competencia", matiz este último innecesario, por reiterativo, pero que, tal vez, por la estructura de determinados mercados profesionales —estamos pensando en algunos mercados donde la oferta de servicios profesionales puede ser escasísima— era necesario precisar expresamente.

Es de interés llamar la atención sobre el hecho de que el Proyecto se alejaba del anteproyecto inicial que, según Del Saz (232), exigía que las sociedades de profesionales establecieran, de modo claro y preciso en sus Estatutos, a quién había de imputarse la responsabilidad profesional. Indica la misma autora que "esta exigencia fue rechazada de plano por los Colegios Profesionales que entendieron, no sin razón, que esta precisión, lejos de garantizar la responsabilidad de los profesionales en los despachos colectivos, permitía por el contrario separar la responsabilidad del ejercicio profesional al poderse designar como responsable a un profesional que no hubiera realizado ese servicio concreto". Al respecto, conviene simplemente precisar que es posible que la redacción concreta del Anteproyecto pudiera dar lugar a dicha interpretación, amén de que es técnicamente incorrecto dejar a la voluntad de los propios socios una cuestión, como la responsabilidad de la sociedad y de los socios, que claramente exige una toma de postura por el legislador. Pero también es cierto que uno de los argumentos clásicos o tradicionales para oponerse a las sociedades profesionales o de profesionales ha sido precisamente que, el estricto *intuitu personae* que las prestaciones profesionales exigen, imponen una responsabilidad personal de los concretos profesionales que lleven a cabo el encargo profesional, responsabilidad incompatible —se dice, y se dice incorrectamente— con la que derivaría del ejercicio societario de la actividad profesional. Lo cierto es que la finalidad del anteproyecto inicial, como pone de manifiesto el informe del TDC, parece que era evitar que, cuando los profesionales se acogieran a las formas societarias de responsabilidad limitada, los socios profesionales no respondieran personalmente por los daños y perjuicios que pudieran originar en su actividad profesional en la sociedad; es decir, parece que se trataba de imponer el modelo de las sociedades de auditoría contemplado en el art. 11.2. de la Ley de Auditoría de 1988 o el sistema de responsabilidad de los profesionales en las sociedades profesionales de responsabilidad limitada francesas. Lo que sí parece increíble es que el artículo quedará sin

---

(232) Ob.cit., p.112

alusión alguna al tema de la responsabilidad, posibilitando así que, en caso de salir adelante el Proyecto, nos hubiéramos podido convertir en el primer país del mundo con sociedades profesionales o de profesionales de responsabilidad limitada en la que los socios profesionales no respondían personalmente de su actividad profesional, sin que al mismo tiempo se exigiera la contratación de los correspondientes seguros de responsabilidad civil por dichas sociedades y/o por los profesionales que en ellos trabajan.

El Anteproyecto de marzo de 1995 se va a corregir algunos de los peligros que preocupaban a los Colegios en tema de responsabilidad profesional en materia de sociedades profesionales o de profesionales. Además, se aborda, aunque sea parcialmente, otro tema de interés en esta materia como es el deontológico. En efecto, la nueva redacción que ahora se proponía era que *“los profesionales podrán asociarse para el ejercicio en común de sus profesiones bajo cualquiera de las formas lícitas en Derecho, sin perjuicio de la responsabilidad personal de cada profesional y del cumplimiento por el mismo de sus obligaciones colegiales”*.

La alusión al tema de las sociedades (de) profesionales para el ejercicio de la profesión va a desaparecer totalmente en el Proyecto de LMFAYOS de octubre de 1995, y tampoco va a volver a aparecer en el RD-ley de 1996 ni en la Ley 7/1977, permaneciendo la cuestión en la misma penosa situación que antes de la reforma.

Lo dicho sobre la cuestión de la responsabilidad en las sociedades (de) profesionales es tan sólo un botón de muestra de que la simplicidad con que pretendía resolver el tema de las sociedades profesionales o de profesionales el Proyecto de 1992 era, si se nos permite el calificativo, peligrosa. El tema era y sigue siendo complejo y con consecuencias importantes para el sistema profesional de cualquier país: distinción y, en su caso, admisión o no de sociedades de medios, de sociedades de intermediación, de sociedades profesionales, de sociedades de profesionales, etc.; sociedades multiprofesionales o monoprofesionales; posibilidad o no, y en caso afirmativo, si de forma exclusiva o tan sólo parcial, de participación de no profesionales en dichas sociedades; gestión y administración de la sociedad; disolución de la sociedad; nombre de la sociedad; aplicación de normas deontológicas, son sólo algunas de las cuestiones que es necesario abordar en tema de ejercicio asociado de las profesiones.

Pero si era peligroso abordarlo en los términos que se pretendía en 1992 e, incluso, en marzo de 1995, todavía nos parece más peligroso para el futuro de las profesiones liberales, o mejor dicho de

algunas de ellas, no abordarlo. Las leyes francesas de 1966 y de 1990 o la Ley alemana de 25 de julio de 1994 sobre esta materia, ponen de manifiesto dos cosas. La primera que al tema no se le puede dar el tratamiento que le había dado el Proyecto de 1992. La segunda, la urgencia de regular la cuestión, so pena de que, con relación a determinados servicios profesionales, estemos perdiendo la posibilidad de contar con estructuras profesionales adecuadas, necesarias y exigidas imperiosamente por unos mercados cada vez más abiertos en los que otros países han tomado hace ya tiempo la delantera.

Sin perjuicio, claro está, de que en la situación de "tolerancia", de "ambigüedad", de semi-clandestinidad en que se mueve nuestro país en este tema, los más "atrevidos" utilicen todos los "cauces" legales para acceder a estas estructuras, lo que posiblemente no se les pueda reprochar, pero que desde luego supone una fuerte distorsión del mercado (233). O sin perjuicio, claro está, de que tenga que ser la jurisprudencia la que tenga que ir abriendo camino en este tema con decisiones como la de la STS de 3 de octubre de 1995 (234), cuya doctrina, si se extiende a otras profesiones (la sentencia hace referencia a los Agentes de Propiedad Inmobiliaria), significa que no pueden ser consideradas nulas, *ex art.* 34 del TRLSA, las sociedades (en el caso, una SRL) que se hubieran constituido para el ejercicio de la profesión infringiendo normas reglamentarias y administrativas (como lo son los Reglamentos y Estatutos que regulan muchas profesiones) que limiten las posibilidades de elegir cualquier tipo de sociedad. Entre otras razones porque tales limitaciones, dice el Tribunal Supremo, entran en pugna con la libertad de empresa reconocida en el marco de la economía de mercado por el artículo 38 CE, en tanto en cuanto esta libertad no sólo tiene contenido económico, sino también jurídico pues permite a los ciudadanos la elección del modelo jurídico de

---

(233) Un ejemplo aclarará lo que queremos decir. El Estatuto General de la Abogacía regula los Despachos Colectivos, siendo ésta, que sepamos, la única forma prevista de ejercicio asociado de la profesión. Pues bien, en dicho Estatuto se establece que el número de socios no debe ser superior a veinte, debiéndose de inscribir como tal Despacho Colectivo en el Colegio. Pues bien, hoy existen en nuestro país muchos despachos con más de veinte socios y desde luego en el Colegio no están inscritos. Desde luego, los Colegios de Abogados no han tomado ninguna medida contra quienes han incumplido esta norma. ¿Qué le sucede al abogado que quiere cumplir, como es su obligación, con lo dispuesto en dicho Estatuto General?. La respuesta es clara: pierde posibilidades en el "mercado" de la abogacía.

(234) R.A. 6982.

empresa individual o social, y dentro de estas categorías, el tipo de sociedad de las admitidas, que se adopta para el desarrollo de la actividad económica. Se podrá estar o no de acuerdo con la sentencia reseñada, se podrá o no considerar excesiva, se podrá entender que la misma es aplicable o no a otras profesiones, pero desde luego es de esperar otras sentencias en el mismo sentido mientras el legislador siga sin actuar en este tema.

## 2.6 La reforma en materia de honorarios

2.6.1. Se trata, sin duda, del núcleo y objetivo fundamental de la reforma proyectada por el TDC en 1992. Así, se deduce de su Informe, en cuyo primer párrafo se puede leer que la propuesta de modificación, amén de otras modificaciones, trata de acabar con lo que es más perjudicial para la economía nacional: las normas que impiden la libre fijación de los precios de los servicios profesionales (235).

El TDC proponía la supresión de las facultades de los Colegios en relación con la determinación de los honorarios en todas su variedades: fijos, mínimos, en porcentaje, e incluso los simplemente orientativos. Para el TDC la fijación de tarifas orientativas es lo que en términos del Derecho de la competencia se entiende por “prácticas conscientemente paralelas”. “No se llega —dice— a establecer un cártel, pero los partícipes se comportan todos de la misma forma, porque pueden conocer cuál va a ser el comportamiento de sus competidores”.

2.6.1.1. La concreción normativa de esta propuesta del Informe se realiza en el Proyecto de Ley de 1992 a través de la combinación de tres modificaciones de la LCP.

Las dos primeras que ya conocemos son la declaración general (contenida en el nuevo párrafo 2.º del art. 2.1) de aplicabilidad de la LDC y su parcial concreción (nuevo apartado 4 del art. 2) en el sometimiento de los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios a los límites del art. 1 de la citada LDC (236). La tercera, la supresión de la letra ñ) del art. 5 de la LCP, que establecía, como sabemos, la

---

(235) p. 6 del Informe. Y en la p. 36 también se puede leer que, no todas, pero si buena parte de las profesiones tiene tarifas mínimas, fijas u orientativas, por lo que “es crucial que, si se quiere introducir competencia en la prestación de servicios profesionales, la reforma se centre en este punto.

(236) Véase *supra* 2.1.

facultad de los Colegios de “regular los honorarios mínimos de las profesiones, cuando aquéllos no se devenguen en forma de aranceles, tarifas o tasas”.

Por sí solas, como indica Gálvez (237), cada una de estas reformas no hubiera producido el efecto de eliminar el régimen de honorarios vigente. Las normas del nuevo párrafo 2.º del art. 2.1 y el también nuevo apartado 4 del mismo art. 2 nada hubieran significado a efectos del régimen de honorarios si se hubiera mantenido la facultad de los Colegios de regular los honorarios mínimos contenida en la letra ñ) del art. 5. La aplicación de la regla interpretativa de la ley general-ley especial, en relación con el art. 2.1 de la LDC hubiera mantenido la situación actual en esta tema que conocemos por diferentes resoluciones del TDC: la fijación de honorarios resulta de la aplicación de una disposición reglamentaria (los correspondientes Estatutos) dictada en aplicación de una ley (letra ñ) del art. 5 de la LCP). Por su parte, la simple supresión de la facultad contenida en la letra ñ) del art. 5, sin establecer expresamente la aplicación a los profesionales del Derecho de defensa de la competencia, a pesar de las dificultades de admitir tal interpretación después de la supresión expresa de tal facultad, podría no haber significado la eliminación de la posibilidad de fijación de honorarios mínimos por parte de los Colegios, que se hubiera intentado fundamentar en otras facultades reconocidas en el propio art. 5 (por ejemplo, la facultad de “ordenación” de la letra i) de dicho artículo) o, simplemente, en que los acuerdos de Colegios en tal sentido no estaban prohibidos por el art. 1 de la LDC, simplemente porque dicha norma no era aplicable a los profesionales.

2.6.1.2. Adviértase, sin embargo, que el propio TDC reconoce que la libertad de precios permite y es esencial para conseguir los beneficios de la competencia sólo cuando se dan las condiciones adecuadas, que se concretan en un número suficiente de oferentes y un conocimiento suficiente (esto es, información) de las alternativas por parte de los consumidores.

Es con esta finalidad con la que se proponen dos medidas: una que ya conocemos, la eliminación de las restricciones a la libertad de publicidad; la otra consiste en establecer la obligación de los profesionales de trabajar previo presupuesto. En lo que se refiere a precios —dice el Informe— “nada defiende mejor al consumidor

---

(237) *Ob. cit.*, p.118.

que el conocimiento *a priori* del coste del servicio. La obligatoriedad de entregar un presupuesto antes de contratar el servicio (...) es mucho más favorable al consumidor que las llamadas tarifas orientativas, porque, con el conocimiento de esos precios, el consumidor puede elegir a un profesional teniendo en cuenta la relación precio-reputación".

Normativamente, la obligación de que los encargos profesionales se realicen previo presupuesto se concreta en una nueva redacción del art. 6.3 j) que originariamente señalaba que los Estatutos generales regularán "el régimen de cobro de honorarios". Ahora, la redacción que se propone en la Proyecto del 92, es que dichos Estatutos Generales regulen el "*régimen de la nota-encargo o presupuesto que los colegiados deberán presentar, o, en su caso, exigir a los clientes*".

2.6.1.3. El Proyecto de Reforma del 92 se completa en esta materia con otras dos modificaciones de la LCP. La primera hace referencia a la supresión de la facultad de los Colegios de encargarse con carácter obligatorio del cobro de los honorarios profesionales que se les reconocía en el art. 5. p) de la LCP al establecer entre sus funciones la de "encargarse del cobro de las percepciones, remuneraciones u honorarios profesionales, con carácter general o a petición de los interesados, en los casos en que el Colegio tenga creados los servicios adecuados y en las condiciones que se determinen en los Estatutos de cada Colegio". Se trata, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, de una típica práctica de los cárteles más cerrados para controlar fuertemente a sus miembros (238), eliminándose de este modo las dificultades con que se encuentran de ordinario los cárteles para evitar que sus miembros sucumban a la tentación de rebajar los precios fijados.

La reforma se refiere exclusivamente al cobro obligatorio de los honorarios profesionales, dejando inalterada la facultad de los Colegios para llevar a cabo este cobro cuando así lo soliciten voluntariamente los "interesados". Adviértase que la reforma se concreta normativamente en la simple supresión de la expresión "con carácter general o" de la letra p) del art. 5 de la LCP. Los Colegios

---

(238) Así se indica en el Informe del TDC, p. 37, que señala, además que el cobro a través del Colegio tenía lugar en España singularmente en los Colegios de Arquitectos e Ingenieros, habiendo sido muy recientemente (recuérdese que estamos hablando de 1992) impuesto por algún Colegio de Médicos con el fin de forzar la aplicación a las compañías de seguros de los honorarios mínimos fijados por el Colegio. Según el TDC (p. 38) este tipo de práctica "es única en el mundo y que coloca a España en una situación ciertamente exótica".



podrán, por tanto, ofrecer a sus colegiados el servicio de cobro de sus honorarios, actividad, conviene aclararlo, en la que el Colegio actuará como un particular más oferente de servicios (si bien en muchas ocasiones se encontrará en una situación de fuerte implantación en el mercado cuando no suceda que sea el único oferente de tales servicios) y sometido, consecuentemente, al Derecho de la competencia.

La segunda modificación relacionada con las facultades de los Colegios en materia de honorarios hace también referencia a la supresión de la facultad de su cobro obligatorio por parte de los Colegios. Como si la reforma que acabamos de exponer en el párrafo anterior no fuera suficiente para acabar con dicha situación en toda clase de supuestos, el Proyecto de reforma de 1992, además de suprimir dicha facultad con carácter general en los términos que acabamos de examinar, la concreta en aquellos supuestos en que el cobro obligatorio de los honorarios se combina con el llamado "visado" o control de los trabajos realizados por los colegiados. Por ello, si bien se mantiene, como veremos, la posibilidad de este control o visado por los Colegios, se especifica, añadiendo un párrafo a la letra q) del art. 5 de la LCP que *"el visado no comprenderá los honorarios ni las demás condiciones contractuales cuya determinación se deja al libre acuerdo de las partes.*

2.6.1.4. Pero con la eliminación de prácticamente todas las facultades de los Colegios en relación con los honorarios profesionales, no se conseguía por sí solo el objetivo confesado de alcanzar la libertad de precios en el sector profesional. Quedaba, en efecto, intacta la situación habitual para muchas profesiones de que no fueran los Colegios, que se limitaban en algunos de los casos tan sólo a realizar la propuesta, sino la Administración la que estableciera listas de honorarios obligatorios, a las que se denominaba (y como veremos, en su momento, la cuestión de la denominación no es baladí), según los casos, aranceles o tarifas. Evidentemente, la simple supresión de las facultades de los Colegios en esta cuestión no era suficiente. Sin embargo, el TDC no se enfrenta en su informe directamente con las facultades de la Administración, del Gobierno, en esta materia de honorarios. Sólo lo hace indirectamente, cuando después de realizar sus propuestas en este tema, indica que "en el caso de que por alguna razón se quisiera mantener durante algún tiempo algún tipo de tarifas, lo que por supuesto no recomendamos al Gobierno, nuestro Consejo es que tales tarifas, como el resto de los precios autorizados en España, tengan el carácter de máximas y sean aprobadas todos los años por el Gobierno previo exa-

men por la Junta Superior de Precios" (239). La propuesta no es recogida en el Anteproyecto inicial, pero sí que lo es en el Proyecto. Evidentemente, ello podría significar, interpretando la norma a *sensu contrario*, que se eliminaba la posibilidad de que el Gobierno fijara tarifas mínimas, fijas, basadas en porcentajes, etc. Si se fijaban tarifas, éstas debían ser máximas.

Se establecía otra modificación relacionada con el tema tratado en el párrafo anterior. Se suprimía, en efecto, la referencia al "régimen de honorarios cuando se rijan por tarifas o aranceles" que realizaba el art. 2. 2 de la LCP para indicar una de las cuestiones objeto de proyectos de ley o de disposiciones de cualquier rango, que debían someterse al informe preceptivo de los Consejos Generales o de los Colegios de ámbito nacional.

La combinación de las dos últimas modificaciones dejaba abierta la polémica sobre la situación en que quedaban los honorarios de los profesionales cuando los mismos se determinan a través de tarifas y aranceles aprobados por el Gobierno.

2.6.2. En el Anteproyecto de marzo 1995 se va a mantener la reforma en los mismos términos que en 1992, pero con algún cambio significativo en torno a las facultades del Gobierno con relación a los honorarios profesionales.

En efecto, se mantiene en los términos que ya conocemos tanto la declaración general de aplicabilidad de la LDC como el sometimiento de los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios a los límites del art. 1 de la LDC. Y se suprime también la letra ñ) del art. 5 de la LCP, es decir, se suprime toda facultad de los Colegios para fijar honorarios.

Se eliminan del mismo modo las restricciones a la publicidad, pero con las matizaciones que ya conocemos, y estableciéndose expresamente que el contenido de la publicidad profesional puede referirse a los honorarios. Y se mantiene igualmente en los mismos términos que en 1992, la posibilidad que los Estatutos generales regulen la llamada nota-encargo o presupuesto.

---

(239) Pp. 62-63. Un poco más adelante, en la propia p. 63, se justifica el carácter liberalizador de llevar los precios autorizados a la Junta Superior de Precios y al Consejo de Ministros: "El hecho de que periódicamente el Gobierno tenga que aprobar tales precios provoca interrogaciones, primero, sobre los fundamentos de su cálculo, y después, sobre la necesidad de su aprobación administrativa, con lo que, finalmente, acaban siendo liberalizados". Conviene advertir que la Junta Superior de Precios ha sido suprimida por el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.

Se excluye también como en 1992 la obligatoriedad del cobro de honorarios a través de los colegios, y se precisa, igual que entonces, que el visado no incluye los honorarios ni las demás condiciones contractuales.

Los cambios se producen, como decíamos, en torno a las facultades del Gobierno sobre honorarios. En el Proyecto de 1992, como sabemos, se permitía la fijación anual de tarifas de honorarios con el carácter de máximos y previo examen por la Junta Superior de Precios. Ahora en el proyecto de 1995 se contempla la facultad del Gobierno de "establecer un baremo de honorarios con carácter orientativo, a fin de facilitar el cumplimiento de las normas procesales en materia de costas judiciales o para asegurar el interés público en los casos en que el ejercicio privado de la profesión se preste como consecuencia de un contrato, convenio, concierto u otro régimen de colaboración con la administración del Estado".

Esto es, ya no se trata de tarifas de honorarios máximos, sino de "honorarios con carácter orientativo" y, además, limitados a dos finalidades muy concretas: costas judiciales y prestaciones de servicios a la Administración.

Tampoco, ahora, quedaba claro que sucedía con las tarifas u honorarios fijados por el Gobierno, pues si bien se suprimía la referencia que había a ellas en la letra ñ) del art. 5 de la LCP, y la potestad que acabamos de ver reconocida al Gobierno para fijar honorarios orientativos con concretas finalidades se podía interpretar a *sensu contrario* en el sentido de que no podía hacer otra cosa, sin embargo no se modificaba el art. 2.2 de la LCP manteniendo la mención al régimen de aranceles, retribuciones u honorarios" como una de las disposiciones generales sometidas a informe corporativo (240).

2.6.3. En el Proyecto de LMFAYOS de octubre de 1995 se van a seguir produciendo cambios en la materia que estamos tratando.

En efecto, se mantiene en los términos que ya conocemos tanto la declaración general de aplicabilidad de la LDC como el sometimiento de los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios a los límites del art. 1 de la LDC. Y se suprime también la letra ñ) del art. 5 de la LCP, es decir se suprime toda facultad de los Colegios para fijar honorarios.

Se elimina, sin embargo, de la reforma como también sabemos toda referencia al tema de la publicidad. Y tampoco se va a hacer referencia alguna a la llamada nota-encargo o presupuesto. Recuérdese

---

(240) Véase LOPEZ RAMON, F., *Libre competencia...*, ob. cit., p. 285

que ambas materias eran consideradas por el TDC condiciones para dar al mercado la información necesaria para que la libertad de precios pudiera conseguir los beneficios de la libre competencia.

En el mismo sentido, el Proyecto de octubre de 1995 tampoco modifica la LCP en materia de cobro de honorarios ni se toca el tema del visado, por lo que, de salir adelante la reforma en estos términos, se hubiera podido mantener el cobro obligatorio a través de los Colegios, que, además se hubiera podido realizar, en su caso, con ocasión del "visado" de los trabajos profesionales.

Por lo que se refiere a las facultades del Gobierno para fijar tarifas u honorarios, se mantiene, con una pequeña variación, la redacción del Anteproyecto de marzo de 1995, eliminándose, como una de las finalidades de los honorarios de carácter orientativo el cumplimiento de las normas procesales en materia de costas procesales (241).

Por lo demás, en este tema, se mantienen las mismas dudas que en marzo de 1995 con relación a las facultades del Gobierno en relación con la fijación de aranceles, honorarios, tarifas.

2.6.4. El RD-ley de 1996 va a suponer un cambio brusco en la orientación de la reforma en materia de honorarios.

En efecto, el RD-ley de 1996 declara, en los términos que ya conocemos, la sujeción del ejercicio de las profesiones colegiadas en materia de fijación de la remuneración a la LDC, sometiendo los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios, con trascendencia económica, a los límites del art. 1 de de dicha ley.

De todos es conocidos que la fijación de precios es posiblemente la más clásica práctica restrictiva de la competencia perseguida por las normas antitrust. Aquellas declaraciones significaban que los Colegios no pueden fijar los honorarios de sus colegiados. Sin embargo, el RD-ley no elimina esta facultad de los Colegios, tal y como hemos visto que se hacía en todos los intentos de reforma anteriores, sino que se limita a modificar la redacción de la letra ñ) del art. 5 de la LCP para establecer ahora como facultad de los Colegios la de "*establecer baremos de honorarios, que tendrán carácter meramente orientativo*". En definitiva, de eliminar totalmente la facultad de fijar honorarios, mínimos, máxi-

---

(241) La redacción concreta que ahora se proponía era: "El Gobierno, previo informe de la Junta Superior de Precios y del Consejo Nacional o del Consejo de Colegios correspondiente, podrá establecer un baremo de honorarios con carácter orientativo, a fin de asegurar el interés público en los casos en que el ejercicio privado de la profesión se preste como consecuencia de un contrato, convenio, concierto u otro régimen de colaboración con la Administración del Estado".

mos, orientativos, en definitiva de cualquier tipo, se pasa, ahora, a establecer una excepción legal a la norma que establece el sometimiento de todos los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica a los límites del artículo 1 de la LDC. Los Colegios pueden fijar baremos de honorarios, siempre que tengan el carácter de orientativos, sin necesidad de solicitar la autorización a que se refiere el art. 3 de la citada LDC.

Con el RD-ley de 1996 se pasa de una situación en que los Colegios tenían la facultad de fijar honorarios mínimos a poder establecerlos sólo con carácter orientativo, pero, al mismo tiempo, se establece una importante excepción a la aplicación de las normas de defensa de la competencia a los profesionales liberales y a sus colegios, amparándose legalmente una conducta prohibida que originará lo que se conoce como una práctica conscientemente paralela.

Desaparece en el RD-ley de 1996 también toda referencia al tema de publicidad, a la nota-encargo o presupuesto, al régimen de cobro de honorarios y al visado, por lo que la situación en estos temas no va a variar. Y desaparecen igualmente las referencias existentes en proyectos anteriores a las facultades del Gobierno para fijar tarifas máximas o, con determinadas finalidades, tarifas orientativas. No se aclara tampoco en qué situación queda la posibilidad de fijar por parte de la Administración los honorarios a través de tarifas, tasas o aranceles.

2.6.5. Llegamos así a la Ley 7/97 que en este punto va a introducir algunos cambios con relación al RD-ley del 96, que, por una parte, suponen la introducción de una nueva excepción a la sujeción a la LDC, particularizada en la profesión médica; y, por otra, suponen una vuelta a algunas de las reformas previstas en 1992 y que a lo largo del proceso habrían desaparecido.

2.6.5.1. En efecto, la Ley 7/97 mantiene en los términos que ya conocemos tanto la declaración general de sujeción del ejercicio de las profesiones a la LDC y a la LCD (nuevo párrafo 2º del art. 2.1 LCP), como el sometimiento de los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica a los límites del art. 1 de la LDC (nuevo apartado 4 del art. 2 LCP).

Es en este último punto donde se produce una primera modificación con relación no sólo al RD-ley de 1996 sino también a todos los proyectos de reforma anteriores. En efecto, la Ley 7/97 introduce un segundo párrafo en el nuevo apartado 4, de tal forma que después de establecer en el primer párrafo el sometimiento de los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia econó-

mica al art. 1 de la LCD, sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el artículo 3 de dicha ley, se establece que:

*“se exceptúan y, por tanto, no requerirán de la referida autorización singular, los convenios que voluntariamente puedan establecer, en representación de su colegiados, los Colegios profesionales de Médicos, con los representantes de las entidades de seguro libre de asistencia sanitaria, para la determinación de los honorarios aplicables a la prestación de determinados servicios”.*

El origen de este nuevo párrafo se encuentra en una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán (CiU) presentada en el trámite parlamentario de la ley en el Congreso (242). La enmienda tenía, sin embargo, carácter general refiriendo la no necesidad de la autorización del art. 3 de la LDC no sólo a los Colegios de Médicos, sino a “todos los convenios que, voluntariamente, puedan establecer, en representación de sus colegiados, los Colegios Profesionales con los representantes de sectores económicos para la determinación de los honorarios aplicables a la prestación de determinados servicios”.

Se justificaba la enmienda diciendo que se trataba de “evitar interpretaciones no deseadas que coartarían la libertad de los Colegios Profesionales para establecer convenios de carácter voluntario con los representantes de sectores económicos”.

A pesar del carácter general de la enmienda, en la defensa que de ella se hace en la correspondiente Comisión del Congreso (243) queda claro que su objetivo era amparar, fortalecer, la actuación de los Colegios Profesionales de Médicos ante las compañías aseguradoras, como consecuencia de la pérdida de su facultad de imponer honorarios mínimos. Así queda de manifiesto cuando el propio grupo enmendante presenta una enmienda transaccional en el mismo trámite parlamentario circunscribiendo la enmienda al ámbito estricto de la actividad profesional del Colegio de Médicos.

En la discusión de la enmienda, la misma es rechazada por dos veces por el grupo parlamentario del Gobierno, el Grupo Popular

---

(242) *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, 20 septiembre de 1996, núm 4-3, pp. 15-16.

(243) Véase intervención del Diputado Homs i Ferret de CiU en el *Diario de Sesiones*. Congreso de los Diputados, Comisión de Infraestructuras, 18 de septiembre de 1996, núm. 128, p. 3523-3524 y 3529.

(244), al considerarla innecesaria ya que —se dice— la ley mantiene la capacidad de los Colegios de negociar y representar a los colegiados y, además, el art. 3 de la LDC, al prever las autorizaciones singulares y por categorías, da cabida al tipo de convenios, acuerdos y recomendaciones a que se refiere la enmienda. Sin embargo, llegado el momento de la votación, la enmienda transaccional presentada por CiU es aprobada y parece que con el voto favorable del Grupo Popular.

Sin embargo, en el trámite en la correspondiente Comisión del Senado se aprueba (245) una enmienda del Grupo Popular que solicitaba la supresión del párrafo introducido en el Congreso, enmienda simplemente justificada como mejora técnica (246) y defendida insistiendo en la innecesariedad de la excepción. La supresión se confirma en el Pleno del Senado, en el que CiU defiende la introducción de nuevo de la excepción (247) y el Grupo Popular su supresión insistiendo en que se trata de una mejora de técnica legislativa y en la innecesariedad de la excepción (248). En el último trámite parlamentario,

---

(244) Véase intervención del Diputado Fernández-Miranda y Lozana en del *Diario de Sesiones*. Congreso de los Diputados. Comisión de Infraestructuras, 18 de septiembre de 1996, núm 128, pp. 3527 y 3529-35230.

(245) BOCG. Senado, Serie II, núm. 11 (d) de 10 de febrero de 1997, p. 33.

(246) BOCG. Senado, Serie II, núm. 11 (c) de 6 de febrero de 1997, p. 14. El PNV también había presentado una enmienda de supresión que se justificaba diciendo que “no existe justificación para excepcionar del Régimen General de autorización singularizada las relaciones de servicios de los médicos con las entidades de seguro libre de asistencia sanitaria” (BOCG. Senado, Serie II, núm. 11 (c) de 6 de febrero de 1997, p. 12). También el Grupo Socialista había presentado una enmienda de supresión justificándola en la necesidad de evitar una “discriminación perniciosa entre los Colegios de Médicos y los de otras profesiones” (BOCG. Senado, Serie II, núm. 11 (c) de 6 de febrero de 1997, p. 22).

(247) *Diario de Sesiones del Senado*, Pleno, núm. 30, 12 de febrero de 1997, p. 1220, donde se puede leer la intervención del Senador de CiU diciendo que “resulta lamentable que no se entienda que los Colegios de Médicos —incluso podría extenderse a otras profesiones sanitarias, como odontólogos y farmacéuticos— con contratos de prestación de servicio con organismos, muchas veces oficiales, mutuas, entidades aseguradoras, tiene una peculiaridad que debería permitir obviar la autorización singular del artículo tercero de la Ley de Defensa de la Competencia. Confiamos que, en su caso, se acepte volver al texto del Congreso de los Diputados (...) porque nos parecía más claro, más explícito y, en el caso de los Colegios de Médicos, aceptando una singularidad que entendemos debiera comprenderse con facilidad”

(248) *Diario de Sesiones del Senado*. Pleno, núm. 30, 12 de febrero de 1997, p. 1220, en donde se puede leer la intervención del Senador del Grupo Popular diciendo que “nos parecía poco correcto, por lo menos en técnica legislativa, hacer una excepción nominal para una sola profesión y, además, porque en realidad se trata de una cautela de ley que consideramos innecesaria, puesto que lo que se niega formalmente en la ley no está negado”.

la discusión en el Congreso de las enmiendas introducidas por el Senado, CiU vuelve a defender la inclusión de la excepción de los Colegios Profesionales de Médicos (249), encontrando ahora el apoyo por el Grupo Popular (250), siendo definitivamente aprobado el nuevo párrafo como texto de la ley.

La modificación exige unos breves consideraciones. En primer lugar, poner de manifiesto que si se trataba de que los acuerdos entre los Colegios de Médicos y los representantes de las compañías aseguradoras no necesitasen autorización, desde luego la introducción expresa de esta excepción era necesaria, muy al contrario de lo que mantuvo el Grupo Popular hasta el último momento. Una cosa es que, sin establecer expresamente la excepción, dichos acuerdos hubieran podido ser singularmente autorizados por el TDC o exceptuados como categoría por el Gobierno, y otra muy distinta es que por ley se hagan innecesarias una cosa y la otra.

En segundo lugar, y como se puso de manifiesto en la discusión parlamentaria, las mismas razones que para excepcionar los acuerdos entre Colegios de Médicos y aseguradoras, existen con relación a otras profesiones sanitarias, como, por ejemplo, odontólogos o farmacéuticos, e, incluso, con relación a otras profesiones no sanitarias. Pensemos, por ejemplo, en las relaciones de las aseguradoras con procuradores o con abogados: ¿cuál es la razón para que a unos Colegios se les permita negociar sin que los acuerdos deban pasar por el TDC y a otros, se les permita negociar, sí, pero se obligue a que los acuerdos que se alcancen deban pasar por el citado Tribunal?

Una tercera consideración tiene por objeto poner de manifiesto la duda que suscita la redacción de la excepción, puesto que no queda claro si los acuerdos que no deben pasar por el TDC son tan sólo aquellos a los que lleguen los Colegios de Médicos. ¿Quiere decir ello que el Consejo General o los Consejos Autonómicos no pueden negociar, o que si lo hacen, los acuerdos deben pasar por el TDC? La LCP atribuye

---

(249) *Diario de Sesiones Congreso de los Diputados*. Pleno, 20 de febrero de 1997, núm. 61, p. 2979.

(250) *Diario de Sesiones Congreso de los Diputados*. Pleno, 20 de febrero de 1997, núm. 61, p. 2983: "Pensamos que la excepción que la ley establece par la relación de los Colegios Profesionales de Médicos con las compañías de seguros médicos debe ser mantenida, de acuerdo con aquel dicho popular de que lo que abunda no daña, según tal cual salió del Congreso de los Diputados, porque efectivamente redunde en lo que ya es claro, en lo que para el Grupo Parlamentario Popular era claro, en lo que para el Gobierno en su texto del real Decreto-ley era claro. Lo que puede ser autorizado en el artículo 3º hagámoslo explícito a través de este segundo párrafo que creemos que se debe mantener".



a los Consejos Generales, en su art. 9.1 a), las mismas competencias que a los Colegios, en cuanto dichas facultades tengan ámbito o repercusión nacional (¿habrá que entender también ámbito autonómico respecto de los Consejos Autonómicos?). Pero dicha disposición de la LCP se refiere a las facultades atribuidas en el art. 5º de la propia ley y, entre ellas, no se encuentra aquella de que estamos hablando. Además, recuérdese que el nuevo segundo párrafo del apartado 4 del art. 2 LCP es una excepción y, consiguientemente, exige una interpretación restrictiva.

En estrecha conexión con la anterior consideración, es conveniente poner de manifiesto que tampoco queda excesivamente claro a que profesionales pueden afectar los convenios o acuerdos a que se refiere la excepción. Ciertamente que la redacción habla de colegiados, sin distinción alguna; cierto que habla de honorarios aplicables a la prestación de determinados servicios. Ello puede significar que dichos acuerdos pueden afectar a todos los médicos con independencia del régimen jurídico en que presten sus servicios: arrendamiento de servicios, contrato de trabajo, etc. Y si ello es así, evidentemente se suscita la clásica cuestión de las relaciones entre Colegios y Sindicatos. Con razón en la propia discusión parlamentaria se habla de negociación colectiva (251). Por lo demás, incluso en el ámbito del ejercicio libre de la profesión, existen organizaciones profesionales, empresariales o sindicales cuya función en relación con la negociación de los honorarios puede quedar en entredicho.

También suscita alguna duda la redacción de la disposición comentada en relación sobre quiénes deben ser los interlocutores de los Colegios: ¿pueden ser las compañías aseguradoras aisladamente o, tal y como está redactada la norma, hay que entender que hay que negociar con estructuras asociativas de las entidades aseguradoras? En nuestra opinión, la primera opción parece que es factible, lo que evidentemente podría plantear toda una serie de problemas atinentes al Derecho de la competencia que, en virtud de la norma que estamos comentando, podrían quedar fuera del control de los órganos encargados en nuestro país de la defensa de la competencia. Como ejemplo, basta pensar en acuerdos con compañías aseguradoras o con representantes de distintas asociaciones de aseguradoras en las que se determinen para las mismas prestaciones y honorarios diferentes. En

---

(251) Véase intervención del Diputado Homs i Ferret de CiU en el *Diario de Sesiones*. Congreso de los Diputados. Comisión de Infraestructuras, 18 de septiembre de 1996, núm. 128, p. 3529.

este orden de ideas, conviene también señalar que la disposición comentada, como excepción que es, debe interpretarse restrictivamente, lo que significa que sólo afecta a los acuerdos "para la determinación de los honorarios aplicables a la prestación de determinados servicios", y, en ningún caso, quedan exceptuados del control otros acuerdos o aspectos distintos a aquellos y que puedan tener repercusiones económicas. Piénsese en condiciones de acceso a los servicios hospitalarios, cuestiones sobre horarios, topes máximos y mínimos de enfermos por médico, etc. En estos casos, aun cuando dichos aspectos se acordarán con ocasión de los pactos sobre honorarios, podrán y deberán, o bien ser objeto de control por el TDC, a efectos de la correspondiente autorización singular, o bien ser objeto de la correspondiente exención por categorías.

Pero la mayor duda que nos suscita la excepción que comentamos es la de la eficacia de la disposición. La disposición habla de voluntariedad para referirse a las relaciones entre los Colegios y las aseguradoras, pero no con relación al seguimiento de dichos acuerdos por los colegiados. Lo lógico sería que si se les permite llegar a acuerdos que no deben pasar por el TDC, los Colegios dispusieran de poder suficiente para imponer a sus colegiados los honorarios acordados. Creemos, sin embargo, que adoptado el acuerdo o convenio a que se refiere la excepción, los Colegios de Médicos, después de la reforma, no tienen facultades suficientes para imponer dichos honorarios a sus colegiados, entre otras razones, porque, como vamos a ver, sólo están facultados para establecer baremos de honorarios orientativos.

2.6.5.2. En efecto, con relación a los honorarios, la Ley 7/1997 confirma el criterio del RD-ley de 1996 de permitir a los Colegios su fijación siempre que tengan el carácter de orientativos, rompiendo de esta manera con los proyectos anteriores —como ya sabemos por lo comentarios realizados al tratar de este punto en relación con el citado RD-ley y a los que nos remitimos.

Sin embargo, la ley 7/97 se va a separar del RD-ley de 1996, introduciendo modificaciones en la LCP que se recuperan de aquellos proyectos.

Así, si bien se sigue sin hacer referencia alguna al tema de la publicidad y, por tanto, tampoco al tema de la publicidad de los honorarios, a Ley 7/97 retoma la modificación de la LCP contenida en el Proyecto de 1992 y en el Anteproyecto de marzo de 1995, y que había sido abandonado tanto en el Proyecto de LMFAYOS octubre 1995 y del RD-ley de 1996, relativa tanto a la prohibición del cobro obligatorio de los honora-

rios, como a la introducción del la llamada nota-encargo o presupuesto, como a la prohibición de que el "visado" comprenda los honorarios.

La reforma en estos puntos se llevan a cabo a través de las siguientes modificaciones de la LCP. Se modifica la letra p) del art. 5 de la LCP que pasa a decir que corresponde a los Colegios Profesionales la función de:

"... encargarse del cobro de las percepciones, remuneraciones u honorarios profesionales cuando el colegiado lo solicite libre y expresamente, en los casos en que el Colegio tenga creados los servicios adecuados y en las condiciones que se determinen en los Estatutos de cada Colegio".

Como se puede observar por las palabras en cursiva, el cambio con relación a la redacción original supone tan sólo la eliminación de aquello que permitía el cobro obligatorio de honorarios a través del Colegio. Mientras que con relación tanto al Proyecto de 1992 como al Anteproyecto de marzo de 1995, el cambio supone una mayor insistencia en el carácter voluntario para los colegiados de utilizar para estos menesteres los servicios colegiales, exigiéndose, además, ahora que la solicitud por parte del colegiado sea expresa.

Se modifica, igualmente, la letra j) del art. 6 de la LCP, cuya redacción original establecía que en los Estatutos Generales se regulará el "régimen de cobro de honorarios", estableciéndose ahora que en dichos Estatutos se regulará:

"j) Condiciones del cobro de honorarios a través del Colegio, para el caso en que el colegiado así lo solicite, y el régimen del presupuesto o de la nota-encargo que los colegiados deberán presentar o, en su caso, exigir a los clientes".

Advertir tan sólo que la combinación de las letras p) del art. 5 y j) del art. 6 LCP implican que los Estatutos de los Colegios deberán respetar (art. 6.4 LCP) a la hora de establecer las condiciones de cobro de los honorarios lo que se establezca en los Estatutos Generales. Por lo demás, el punto referido a la nota encargo o presupuesto se mantiene la misma redacción que en el Proyecto de 1992 y Anteproyecto marzo 1995 con la única modificación de invertir el orden de las palabras "presupuesto" y "nota-encargo", lo que es consecuente con el resto del precepto: el presupuesto lo presentan los colegiados; la nota-encargo, los clientes.

Finalmente, se modifica la letra q) del art. 5 de la Ley en el sentido de que "el visado no comprenderá los honorarios", lo que como sabemos ya se encontraba en el Proyecto de 1992 y en el Anteproyecto de marzo de 1995, habiéndose eliminado tanto del Proyecto de LMFAYOS como del RD-Ley 1996 (252).

En el último trámite parlamentario en el Congreso, los grupos popular, socialista y el de CIU apoyaron expresamente las citadas enmiendas introducidas en el Senado, convirtiéndose en el texto definitivo de la ley.

2.6.5.3. Finalmente, y con relación al tema de honorarios profesionales, conviene hacer una especial mención a la Disposición Derogatoria única de la Ley 7/97. Su tramitación parlamentaria y el resultado final no pueden sino repugnar a quien tenga una mínima sensibilidad democrática.

Como hemos visto, a lo largo del proceso de reforma, o bien se había previsto la posibilidad de que el Gobierno, en determinadas condiciones, pudiera dictar tarifas máximas (Proyecto 1992), tarifas orientativas para determinadas finalidades (costas judiciales y prestación de servicios a la Administración en el Proyecto de marzo 1995; sólo prestación de servicios a la Administración en el Proyecto de LMFAYOS octubre 1995), o bien se guardaba silencio al respecto (RD-Ley 1996). Ello como hemos visto planteaba la cuestión relativa a los honorarios, tarifas, tasas o aranceles profesionales aprobados no por los Colegios, sino por el propio Gobierno, si bien en bastantes ocasiones a instancias

---

(252) La introducción de las modificaciones a la letra p) y q) del art. 5 se produce durante el trámite parlamentario en la Comisión del Senado, como consecuencia de las enmiendas del Grupo Popular (*BOCG Senado.*, Serie II, 6 de febrero de 1997, núm 11(c), p. 15), del Grupo Socialista (*BOCG Senado.*, Serie II, 6 de febrero de 1997, núm 11(c), p. 23-24) y del Grupo de CIU (Sólo en materia de visado. Véase *BOCG Senado.*, Serie II, 6 de febrero de 1997, núm 11(c), p. 16), aunque la redacción definitiva que se adoptó fue, lógicamente, la del grupo mayoritario, la del Grupo Popular. Mientras que la modificación de modificación de la letra j) del art. 6.3 tiene su origen en una enmienda del Grupo Socialista (*BOCG Senado.*, Serie II, 6 de febrero de 1997, núm 11(c), p. 24 y que se justifica lacónicamente diciendo que "el régimen de cobro de honorarios debe estar sometido exclusivamente a la libertad de contratación de las partes"), que no se admite en la Comisión del Senado, pero sí por su Pleno, justificándose la modificación de la letra j del art. 6.3. de la LCP "con el fin de que los Estatutos Generales pierdan la competencia para regular el régimen de cobro de honorarios y la mantengan, en cambio, para determinar tanto las condiciones de dicho cobro a través del Colegio cuando el colegiado así lo haya solicitado, como el régimen del presupuesto o de la nota-encargo que los colegiados deberán presentar o, en su caso, exigir a los clientes" (*BOCG. Congreso de los Diputados*, Serie A, 3 de marzo de 1997, núm. 4-7(Enmiendas del Senado mediante mensaje motivado al Proyecto de Ley...), p. 38.)

de los propios Colegios, a través de una norma general, usualmente un Real Decreto.

Pues bien, ahora en la Ley 7/1977, por una parte, al modificar la redacción de la letra ñ) del art. 5 de la LCP se elimina la referencia que contenía en su redacción original a los honorarios “devengados en forma de aranceles, tarifas o tasas”. Por otra, mantiene, puesto que no es objeto de modificación, la alusión al régimen “de honorarios cuando se rijan por tarifas o aranceles” contenido en el art. 2.2. LCP como objeto de de leyes o disposiciones de cualquier rango que deben someterse al informe corporativo correspondiente. Y, por otro lado, en la Disposición Derogatoria Unica, después de declarar, en su primer párrafo, derogadas todas “las normas legales o disposiciones administrativas” que se opongan a la ley, se establece:

“En concreto (...) quedan derogados los preceptos contenidos en normas generales o especiales de igual o inferior rango que se opongan o resulten incompatibles con lo establecido en la presente ley, *incluidas las que establecen tarifas (...)*. Quedan, *no obstante, vigentes las normas que, con amparo en una ley, regulan los aranceles* de los Notarios, Corredores de Comercio y Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

Queda, igualmente, derogado el Real Decreto 2512/1977, de 17 de junio (253), salvo en sus aspectos no económicos y en particular en lo establecido en los siguientes puntos (...).”

El origen de esta Disposición Derogatoria se encuentra en el trámite parlamentario en el Senado que introdujo primero en Comisión, a través de una enmienda del Grupo Popular, el segundo párrafo, y después, en el Pleno, y por una enmienda de CiU que había sido rechazada en Comisión y que fue objeto de nueva redacción, el tercer párrafo de la Disposición Derogatoria. Pero con la significativa diferencia de que en el segundo párrafo a la palabra “tarifas” se añadía la palabra “aranceles”. La justificación de la enmienda introducida era meridianamente clara:

“El Real Decreto-ley 5/1996 que ahora se tramita como Proyecto de Ley derogó todas aquellas normas que se oponían al mismo y, en consecuencia, quedaban derogadas aquellas que establecían tarifas de honorarios o aranceles que, por no contar

(253) Se trata del RD que aprueba las tarifas de honorarios de los Arquitectos.

con un amparo legal, resultaban contrarias a la ley sobre Defensa de la competencia. En efecto, el Real Decreto-ley no sólo prohíbe la fijación de honorarios por los Colegios, sino que somete el ejercicio de las profesiones colegiadas a la ley sobre Defensa de la competencia y ésta incluye en su ámbito aquellas normas de la Administración contrarias a la competencia que no tienen amparo en una ley.

Sin embargo, al objeto de evitar cualquier interpretación abusiva del ámbito de derogación del Proyecto de Ley, se propone una derogación más explícita de las normas que establecen tarifas de honorarios o aranceles (en aquello que resultan contrarias al Proyecto de ley), explicitando, al mismo tiempo, la vigencia de las normas que establecen aranceles con amparo en una Ley. Este último es el caso de los aranceles de los Notarios, Corredores de Comercio y Registradores” (254).

Es en el Congreso de los Diputados, al examinar las enmiendas introducidas por el Senado, cuando se elimina la palabra “aranceles” y ello como consecuencia de que, en el último momento, cuando se estaba procediendo a las votaciones, el Grupo Parlamentario CiU solicita una votación separada para la palabra “aranceles”, justificándolo en los siguientes términos:

“Entendemos que (...) sobra la palabra “aranceles” y deberíamos suprimirla, puesto que tendría unas interpretaciones excesivas, afectando a otros Colegios que no son los que se pretenden” (255).

Sometida a votación, el resultado es la eliminación de la citada palabra con 253 votos a favor de eliminarla, 58 en contra y tres abstenciones. Es posible, aunque esperemos que no sea así, que esta forma de proceder sea normal en la actividad parlamentaria, pero desde luego, y como hemos dicho, no parece muy correcto que, en el último momento, cuando se está votando, se cambie una palabra de un texto legal que puede tener importantes consecuencias inter-

---

(254) *BOCG*. Senado, Serie II, núm. 11(c), pp. 15 y 16.

(255) *Diario de Sesiones Congreso de los Diputados*, núm. 61, de 20 de febrero de 1997, p. 2985. Esta es la única explicación, ya que durante la discusión en el Pleno no se hacía la más mínima alusión a este tema.

pretativas. Y como botón de muestras de lo que decimos, basta leer la reacción, por otra parte "lógica", del Consejo General de Procuradores:

"(...). La decisiva modificación de esta Disposición Derogatoria hecha por el Congreso ha consistido en SUPRIMIR de su texto la palabra ARANCELES , lo cual supone que se deroguen los preceptos que establecen las "Tarifas", pero no se derogan los "Aranceles".

Y ello se efectúa después de una votación separada y referida exclusivamente a este concepto retributivo, ya que si se hubieran derogado las normas generales o especiales referidas "tarifas y/o aranceles", ello hubiera afectado "a otros Colegios que no son los que se pretenden", conforme afirmó el Diputado Sr. Homs al solicitar la mencionada votación separada. Ciertamente que el hecho de declarar "vigentes las normas que, con amparo de una ley, regulan los Aranceles de los Notarios, Corredores de Comercio y Registradores de la Propiedad y Mercantiles" supone una precisión que puede considerarse sobreabundante, ya que al no derogarse ningún arancel hay que considerar que en dicha expresión genérica se comprenden también los de los Notarios, Corredores y Registradores por lo que no era necesaria su mención específica.

Pero hay que tener en cuenta que la expresada puntualización se origina por la peculiaridad de las profesiones aludidas que no son las típicamente reguladas por la Ley de Colegios Profesionales, normalmente integradas por profesionales libres, sino que en las mismas concurre la nota destacada de que sus componentes son funcionarios (256) y están reguladas por leyes distintas.

El Diputado Sr. Fernández-Miranda lo puso acertadamente de relieve al decir que "hay otras leyes que se ocupan específicamente de estas profesiones, por tanto, al tener el mismo rango ni siquiera haría falta hacer la matización de que quedan vigentes".

---

(256) Funcionarios *sui generis*, ya que en ellos concurren, cuando menos en los Notarios y Corredores de Comercio y con relación a una parte, desde luego la más importante, de su actividad, de manera inseparable las cualidades de profesionales liberales y funcionarios. Por los publicistas se suele hablar de "ejercicio privado de funciones públicas".

Pero es claro que la precisión realizada no resulta obstáculo para entender que al suprimirse la expresión Aranceles en la Disposición Derogatoria, quedan totalmente vigentes y operativos, con carácter general, todos los aranceles existentes y, entre ellos, los de los Procuradores de los Tribunales" (257).

Pero es necesario hacer alguna precisión a la "interesada", temprana, pero al mismo tiempo, hay que reconocerlo, fuertemente fundamentada interpretación de la Disposición Derogatoria por parte del Consejo General de los Procuradores.

En primer lugar, la intervención del Diputado de CiU, Sr. Homs, no queda claro que se refiera a los aranceles de los Procuradores, pudiéndose referir perfectamente a esas otras profesiones que después se mencionan: Notarios, Corredores y Registradores.

En segundo lugar, la redacción inicial hablaba de "tarifas o aranceles", con lo que la supresión de "aranceles" puede interpretarse en el sentido de que con el término "tarifa" se hace referencia a todos los supuestos de fijación de precios o honorarios por disposición legal, salvo, claro está, a los aranceles expresamente exceptuados.

En tercer lugar, que el hecho de que expresamente se declaren vigentes unos determinados aranceles y no los de los Procuradores juega fuertemente en contra de la interpretación pretendida por el Consejo General de los Procuradores. Y la intervención del Diputado del Grupo Popular, Sr. Fernández-Miranda nada tiene que ver con el asunto discutido, ya que se produce cuando todavía no se había eliminado la expresión "aranceles" tratando de explicar la introducción del citado inciso por el Senado (258).

En tercer lugar, no incide el Consejo General de los Procuradores, lo que es "lógico" desde una óptica de defensa de intereses particula-

---

(257) Informe de 28 de febrero de 1977 del Consejo General de los Ilustres Colegios de Procuradores de los Tribunales de España sobre la Ley de Medidas Liberalizadoras en materia de Colegios Profesionales. Adviértase que el informe es de ocho días después de la discusión de la ley en el Congreso y de casi dos meses antes de que se publicara en el BOE (15 de abril).

(258) Además, el argumento en sí del citado Diputado es, en nuestra opinión, incorrecto: de no introducir la declaración de vigencia de los aranceles de Notarios, Corredores y Registradores, los mismos, tal vez, se podrían entender derogados pues aunque estén amparados por una ley, y por tanto, por una norma del mismo rango, la Disposición Derogatoria dice que quedan derogadas todas las "normas generales o especiales de igual o superior rango que...".



res, pero no desde una óptica "intelectual", en algo que supone una diferencia sustancial, y que está expresamente reflejado en la Disposición Derogatoria, entre los aranceles de Notarios, Corredores y Registradores y los aranceles de los Procuradores. Los primeros continúan vigentes (259), de acuerdo con la Disposición Derogatoria examinada, en tanto que se encuentren regulados por una "norma con amparo de una ley", lo que no sucede, creemos, con el Real Decreto que aprueba los aranceles de los Procuradores, con lo que, además, se podría poner en duda si tiene el rango normativo exigido constitucionalmente por el art. 36 CE. Y desde luego, conviene decirlo, la Disposición Derogatoria que estamos examinando no se lo da.

Y, en cuarto lugar, es muy posible que el Real Decreto que aprueba los aranceles de los Procuradores deba considerarse derogado por la Disposición Derogatoria del RD-ley de 1966, sobre todo si nos acogemos a la interpretación que de dicha disposición hizo el Partido Popular al presentar en el Senado la enmienda que introducía el segundo párrafo en la Disposición Derogatoria que estamos comentando.

Por lo demás, no estaría de más que el Consejo General de los Procuradores estudiara con suma atención las Decisiones del Consejo de la CE de 30 de junio de 1993, caso CNSD de 30 de junio de 1995, caso COAPI, pues podría suceder que ante alguna denuncia, la Comisión y/o el TJCE entendiera que dicha fijación de precios, pues en definitiva esto es lo que es y no creemos que dichos organismos "entiendan" la "diferencia" entre honorarios, remuneraciones, tarifas o aranceles, puede afectar sensiblemente al mercado intercomunitario, dada la situación evidente de predominio de los Procuradores españoles con relación al ejercicio de sus pretensiones por los no nacionales comunitarios ante los Tribunales españoles.

Finalmente, una última precisión, ahora sobre el párrafo tercero de la Disposición Derogatoria, que, como sabemos, se introduce en el Pleno del Senado y tiene su origen en una enmienda de CiU transaccionada por el Grupo Popular (260). Pues bien, durante la tramita-

---

(259) Merece la pena indicar que, en el Pleno del Congreso que examinó las enmiendas introducidas por el Senado, el Grupo Socialista consideró que no era positivo declarar vigentes los aranceles de estos profesionales (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, núms. 4-7, de 3 de marzo de 1977, p. 2982).

(260) La enmienda de CiU decía: "Quedan derogadas .../... presente ley. No obstante, el real Decreto 2512/1977, de 19 de junio, mantendrá su vigencia en cuanto se refiere a la enumeración de los cometidos propios de la competencia profesional de los Arquitectos, al desarrollo y contenido documental de los mismos y a los restantes

ción parlamentaria quedó claro que el objetivo principal de dicho párrafo no era solamente dejar claro aquellos aspectos no económicos del Real Decreto que quedaban vigentes, sino también dotar del amparo legal suficiente que no tenían hasta entonces a las atribuciones profesionales de los Arquitectos contenidas en dicho Real Decreto (261).

## 2.7. La reforma en materia de colegiación

En materia de colegiación, a lo largo del proceso de reforma se contempla una serie de aspectos cuyo fondo debe examinarse por separado. Por una parte, la eliminación de las restricciones territoriales existentes para el ejercicio de la profesión, estableciéndose lo que se ha llamado la colegiación única. Por otra, y en relación con esta colegiación única, la obligación de comunicación al Colegio de destino de las actuaciones ocasionales realizadas en el territorio de un Colegio distinto al de adscripción. También en relación con la colegiación única, la excepción que se establece a la misma para determi-

---

aspectos no económicos de su ejercicio. Como fórmula de cálculo de honorarios, dicho Real Decreto sólo será de aplicación a partir de la entrada en vigor de esta ley en los contratos de consultoría y asistencia técnica de la Administración General del Estado y sus Organismos y Entidades instrumentales" (BOCG. Senado, Serie II, núm. 11(c), p. 16). Dicha enmienda que se justificaba diciendo que se trataba de "clarificar jurídicamente los aspectos que continúan siendo de aplicación en este ámbito" fue rechazada en la Comisión de la Cámara alta, siendo objeto en dicho Pleno del Senado de una enmienda transaccional por parte del Grupo Popular que se convierte en la redacción definitiva de la ley.

(261) En efecto, ante las críticas producidas en el sentido (véase en BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 4-7, de 3 de marzo de 1977, p. 2980, la intervención del Diputado de CiU) de que en la misma situación que los arquitectos se encontraban los aparejadores e ingenieros técnicos, se explicó (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, núms. 4-7, de 3 de marzo de 1977, p. 2984, la intervención del representante del Grupo Popular) que dicho párrafo de la Disposición Derogatoria no implicaba "ningún tipo de agravio comparativo hacia ninguna otra profesión", porque de lo que se trata es, por una parte, de que quede claro que no se derogan aquellos aspectos del Real Decreto relativos a las tarifas de los arquitectos que contemplan cuestiones no económicas, sino temas relativos a atribuciones profesionales; y, por otra, de "salvar con rango de ley algo que la profesión de los arquitectos no tiene en este momento con rango de ley, exclusivamente la profesión de arquitecto, que son sus atribuciones profesionales". Y no se discrimina a los arquitectos e ingenieros técnicos —se sigue diciendo— porque estos tienen una ley de atribuciones profesionales —la Ley 12/1986— y, además, porque sus Reales Decretos de tarifas, ahora derogados con esta ley, se ocupan específicamente de tarifas y no de otras cuestiones.

nados profesionales, y que, conviene adelantarlo, está pensada para unos determinados profesionales: los Procuradores. Y, finalmente, la eliminación de posibles cargas financieras que condicionen la colegiación.

### 2.7.1. La colegiación única

Como hemos indicado, otro de los frentes donde el Proyecto de Reforma de 1992 pretendía incidir de una manera especial era el de las variadas restricciones territoriales existentes en el ejercicio de las profesiones liberales: prohibición de ejercer en un territorio distinto a aquel en el que se está colegiado; posibilidad de prestar servicios ocasionales en otro territorio colegial, pero prohibición de establecerse habitualmente; inexistencia de prohibición pero exigencia de pago de la cuota correspondiente de incorporación a cada uno de los Colegios donde se pretende ejercer la profesión; restricciones territoriales dentro del propio ámbito territorial del Colegio, etc. Estas restricciones fraccionan el mercado, limitando el número de competidores en cada territorio. Para el TDC, estas restricciones son cada vez más importante en un mundo de día en día con mejores transportes y comunicaciones que facilitan trabajar en distintos sitios.

La propuesta del TDC (262) era la eliminación total de estas restricciones territoriales, estableciendo lo que se ha venido llamando colegiación única, posibilitando, al mismo tiempo, la introducción por la vía estatutaria de la obligación de los profesionales de comunicar a los Colegios de destino las actuaciones que se vayan a realizar fuera del Colegio de adscripción, esto es de uno mecanismo parecido parcialmente al exigido por la Unión Europea con relación a algunas profesiones para la ejercicio de la libre prestación de servicios.

Dejando para el próximo apartado este último aspecto, la propuesta se concreta en un cambio de redacción del art. 3.2. de la LCP que, como es de todos conocido, era el precepto clave del sistema de colegiación obligatoria y en el que se establecía que "será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas la incorporación al Colegio en cuyo ámbito territorial se pretenda ejercer la

---

(262) En opinión del TDC (véase Informe, p. 57) la reforma en este punto no encontraría demasiadas resistencias ya que los propios profesionales consideran, dice, que no es defendible tal limitación en un espacio tan reducido como el español.

profesión". La redacción que proponía el Proyecto de reforma de 1992 era que:

*"Para el ejercicio de las profesiones Colegiadas en todo el territorio nacional bastará con estar inscrito en un sólo Colegio, cualquiera que sea su ámbito territorial..."*

En marzo de 1995, el Gobierno reitera el Anteproyecto de 1992. En él, no obstante, se aprecian algunas diferencias con este último en el punto que estamos tratando. En el artículo. 3.2 ahora se establece que:

*"Para el ejercicio de las profesiones colegiadas en todo territorio nacional será requisito indispensable y suficiente estar inscrito en un solo Colegio, cualquiera que sea su ámbito territorial. La incorporación obligatoria se efectuará en el Colegio de la demarcación donde se ejerza la profesión de forma principal".*

En el Proyecto de Ley de MFAyOS, de octubre de 1995, que, como veremos, es el que introduce la excepción a la colegiación única para algunos profesionales (léase Procuradores), también se van a realizar algunas modificaciones en el punto que nos ocupa y en relación con los textos de 1992 y de marzo de 1995. La redacción que se propone para el artículo. 3.2 LCP es la siguiente:

*"Es requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas hallarse incorporado al Colegio correspondiente. Cuando una profesión se organice por Colegios Territoriales, bastará la incorporación a uno sólo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio del Estado".*

El RD-ley de 1996 y la Ley 7/97 van a mantener exactamente la misma redacción que el Proyecto de octubre 1995.

Varias consideraciones es necesario realizar a esta proceso. En primer lugar, que, como se puede observar, la redacción del Proyecto de 1992 en este punto no eliminaba, aunque no lo formule directamente como en la redacción originaria de la LCP, el principio de colegiación obligatoria, lo que, por otra parte, dejaba sin solucionar la cuestión de las profesiones colegiadas en las que la colegiación no es obligatoria en flagrante contradicción con el art. 2.3. de la LCP. Las nuevas redacciones posteriores, incluida la definitiva, van a formular directamente el

principio de colegiación obligatoria (se habla de requisito indispensable), pero tampoco van a solucionar el problema de la existencia de profesiones colegiadas con colegiación voluntaria, salvo que se pretenda a partir de ahora, para tales profesiones y tal y como establece la norma, imponer la colegiación obligatoria o suprimir sus Colegios "voluntarios".

Una segunda consideración se refiere al hecho de que la versión original del art. 2.3, en sí misma, no impedía el ejercicio de la profesión en un Colegio distinto a aquel en el que se estaba inscrito. Lo que exigía era estar inscrito en el Colegio en cuyo ámbito se pretenda ejercer. Es más, interpretados conjuntamente los núms. 1 (263) y 2 del art. 3, se podría pensar que se establecía un derecho de admisión en todo Colegio que se pretenda ejercer. Es decir, de la redacción originaria de la LCP, la única restricción que se podía deducir era la exigencia de estar colegiado en todos y cada uno de los Colegios donde se quisiera ejercer la profesión. Son, por tanto, los Estatutos Generales los que bien directamente (con base posiblemente en el art. 6.3 de la LCP que permite regular la adquisición de la condición de colegiado), bien indirectamente (por ejemplo, estableciendo la obligación de residencia o domicilio allí donde se ejerza), los que establecen las otras restricciones territoriales de las que estamos hablando, lo cual, es obvio, no esta(ba) en mucha sintonía con la reserva de ley establecida en el art. 36 de nuestra Constitución; sobre todo, si dichos Estatutos son de fecha posterior a ella.

La Reforma de 1992 va directamente dirigida a estas restricciones establecidas, fundamentalmente, en los Estatutos Generales: es suficiente estar inscrito en un Colegio para poder ejercer en todo el territorio nacional. Sin embargo, con la redacción propuesta en 1992 se planteaba la tercera y más importante consideración que conviene a realizar al respecto. La redacción anterior del art. 2.3 de la LCP imponía la colegiación allí donde se pretendiera ejercer la profesión. La redacción propuesta en 1992 dejaba absoluta libertad al profesional para incorporarse al Colegio donde tenga por conveniente, sin unir colegiación con efectivo ejercicio de la profesión, planteándose, por tanto, la posibilidad de colegiarse allí donde no se ejerza ni se pretenda ejercer, lo que evidentemente parece absurdo en sí mismo. A partir del Anteproyecto de marzo de 1995 se soluciona este problema

---

(263) El art. 3.1 dice que "quien ostente la titulación requerida y reúna las condiciones señaladas estatutariamente tendrá derecho a ser admitido en el Colegio Profesional que corresponda".

exigiendo la colegiación para ejercer en todo el territorio del Estado, primero, en el domicilio principal (redacción marzo de 1995), y después y definitivamente en el domicilio único o principal (redacciones posteriores y Ley 7/97).

Adviértase que con esta última redacción se cierra también el paso a algunas de las prácticas, a las que hemos aludido en otro lugar, que entorpecían en el ámbito comunitario la implantación de las libertades de establecimiento y prestación de servicios: nos referimos a la exigencia de “gabinete o clínica única” (264). De la nueva redacción del art. 3.2 se deduce no sólo el principio de colegiación única, sino también el derecho a tener varios domicilios profesionales. Por lo demás, entendemos que en caso de existencia de varios domicilios profesionales entre los que no se pueda distinguir cuál es el principal, debe quedar, si la cuestión no es desarrollada reglamentaria, a la voluntad del profesional en lugar de a la colegiación.

Téngase en cuenta, además, que desde el Proyecto de octubre de 1995 desaparece expresamente de la norma comentada el carácter de “suficiencia” de la colegiación. Se declara la colegiación indispensable, pero no se dice si es suficiente, si basta con ella o no. Coincide la eliminación de estas características de la colegiación con la desaparición de otra de las reformas proyectadas que trataremos más adelante y que era la relativa al no condicionamiento de la colegiación a determinadas cargas financieras.

Finalmente, merece la pena recordar que de la discusión parlamentaria se deduce con cierta claridad que las condiciones económicas a que se refiere el precepto son a cargo del colegiado, que las mismas, en la mente del legislador, están en relación con los servicios que el Colegio de destino ofrezca al profesional o con los gastos que le origine (265), y que en dicha discusión se habla de regular esta cuestión en la normativa de desarrollo. En cualquier caso, debe quedar claro, que el principio general es la colegiación única y que a través del establecimiento de estas condiciones económicas que “pueden” establecerse — no es, por tanto, obligatorio que se establezcan— no puede impedirse indirectamente el ejercicio profesional en todo el territorio del Estado, estableciendo de hecho un sistema de colegiación múltiple.

2.7.1.2. La segunda medida en que se concreta normativamente la reforma se refiere precisamente al ejercicio de la profesión en un Cole-

---

(264) Véase apartado IV.

(265) Tal vez, por ello la norma habla de establecimiento de estas condiciones en “cada supuesto”.

gio distinto a aquel en que se está colegiado, estableciéndose, como ya hemos indicado, un sistema de comunicación al Colegio distinto de las actuaciones profesionales que se realicen fuera del Colegio de adscripción.

Así, en 1992, se proponía la introducción de un nuevo apartado 3 en el art. 3 de la LCP con el siguiente tenor:

*“Cuando los Colegios se organicen por demarcaciones territoriales de ámbito inferior al nacional, se podrá establecer que en sus Estatutos figure la obligación de que los profesionales inscritos en Colegios de otra demarcación comuniquen a éstos las actuaciones que realicen en la misma, a efectos de quedar sujetos a las correspondientes competencias de ordenación y control”.*

A lo largo del proceso de reforma esta redacción va a sufrir alguna variación. Así, en el Anteproyecto de marzo de 1995 la redacción que se propone es la siguiente:

*“Cuando una profesión se organice por Colegios de distinto ámbito territorial, los Estatutos generales podrán establecer la obligación de los profesionales que ejerzan ocasionalmente en un territorio diferente al de colegiación de comunicar, a través del Colegio al que pertenezcan, a los Colegios distintos al de su inscripción, las actuaciones que vayan a realizar en sus demarcaciones, a fin de quedar sujetos a las competencias de ordenación, visado, control deontológico y potestad disciplinaria.*

*Cuando el ejercicio en territorio distinto al de colegiación vaya a ser habitual, bastará con comunicar esta circunstancia, a través del Colegio de pertenencia, al Colegio en cuya demarcación se vaya a ejercer, quedando el colegiado sujeto a las competencias de este último en materia de ordenación, visado, control deontológico y potestad disciplinaria. Los Estatutos generales podrán disponer la obligación del colegiado de reiterar, cada cierto tiempo, esta comunicación”.*

Por su parte, en el Proyecto de LMAFyOS de octubre de 1995, la redacción vuelve a cambiar eliminándose el segundo párrafo y añadiéndose un inciso en el primero que salvaba el caso de los Procuradores (266). El RD-ley de 1996 va a introducir dos pequeñas pero impor-

---

(266) La redacción era, en efecto, la siguiente: “Cuando una profesión se organice por Colegios de distinto ámbito territorial, los Estatutos Generales podrán establecer la

tantes modificaciones en la redacción del nuevo apartado 3 del art. 3 de la LCP al establecerse que:

*“Cuando una profesión se organice por Colegios de distinto ámbito territorial, los Estatutos Generales o, en su caso, los Autonómicos podrán establecer la obligación de los profesionales, que ejerzan ocasionalmente en un territorio diferente al de colegiación, de comunicar, a través del Colegio al que pertenezcan, a los Colegios distintos al de su inscripción, las actuaciones que vayan a realizar en sus demarcaciones, a fin de quedar sujetos, con las condiciones económicas que en cada supuesto puedan establecerse, a las competencias de ordenación, visado, control deontológico y potestad disciplinaria”.*

Esta redacción va permanecer sin variaciones en la Ley 7/197, a pesar de algunos intentos de modificación a lo largo de los trámites parlamentarios (267).

---

obligación de los profesionales que ejerzan ocasionalmente en un territorio diferente al de colegiación de comunicar, a través del Colegio al que pertenezcan, a los Colegios distintos al de su inscripción las actuaciones que vayan a realizar en sus demarcaciones, a fin de quedar sujetos a las competencias de ordenación, visado, control deontológico y potestad disciplinaria, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior sobre los Procuradores de los Tribunales” (269).

(267) En efecto, el Senado modificó la redacción del precepto tal y como le había llegado del Congreso que, a su vez, era la del RD-ley de 1996, dándole la siguiente: “Cuando (...) demarcaciones, a fin de quedar sujetos a las competencias de ordenación, visado, control deontológico y potestad disciplinaria, sin perjuicio de las compensaciones económicas que entre los Colegios de origen y destino puedan fijarse”. En el mensaje motivado al Congreso, el Senado señalaba que se trataba de evitar que la colegiación única quede anulada en la práctica por el establecimiento de condiciones económicas que equivalgan al propio coste de la colegiación, pero al mismo tiempo permite que los Colegios realicen compensaciones económicas entre ellos por los efectos que pudieran causarles dicha colegiación única (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, de 3 de marzo de 1977, núm. 4-7). En el Pleno del Congreso que examinó las enmiendas introducidas por el Senado, se volvió a la redacción del Congreso, alegándose por el representante de CIU que “es mejor abrir esa posibilidad de establecer condiciones económicas que, en cualquier caso, podrán estar pautadas normativamente en su fase de desarrollo, que no abrir una autorización cruzada de los colegios profesionales para que se compensen entre ellos... porque nos llevaría a unos conflictos realmente no deseados”. Y por el representante del Grupo Popular que deben ser directamente los profesionales los que soporten estas posibles compensaciones, “si efectivamente reciben algún tipo de servicio y ocasionan algún tipo de gasto en el Colegio de destino”, y no esa compensación entre Colegios que por regla general ocasionarían unos desembolsos por parte de los Colegios pequeños a los grandes que son precisamente los que tienen mayores posibilidades económicas (*Diario de Sesiones Congreso de los Diputados*, de 20 de febrero de 1997, núm. 61, pp. 2980 y 2984, respectivamente).



El proceso de reforma suscita algunas cuestiones. Se refiere la primera a que el Proyecto de 1992 preveía la posibilidad de que se estableciera que en los Estatutos de los Colegios figurara la obligación de comunicación a que se refiere, pero no decía quién ni dónde se debía establecer que los Estatutos figurará tal obligación: ¿en la Ley de creación del Colegio? ¿Una norma reglamentaria? ¿Directamente los propios Estatutos? Por otra parte, tampoco decía claramente en qué Estatutos debía figurar tal obligación de comunicación: ¿en el Estatuto General de los números 2 y 3 del art. 6 de la LCP o en los Estatutos particulares de cada Colegio el núm. 4 del mismo precepto? De la redacción, parecía deducirse esta segunda opción, lo que hubiera posibilitado soluciones diversas en una misma profesión según cada Colegio. El Anteproyecto de marzo de 1995 resuelve ambas cuestiones determinando que serán directamente los Estatutos Generales los que pueden establecer la citada obligación. El RD-ley de 1996 y la Ley 7/97 posibilitan que dicha obligación se imponga en los Estatutos Generales o, en su caso, en los Autonómicos, lo que puede originar, tal como sucedía en el Proyecto de 1992, soluciones diversas en una misma profesión.

Conviene, igualmente, señalar que en la Ley 7/97, y al contrario que en algunos de sus antecedentes (268), sólo se se preveé la obligación de comunicación de actuaciones para el caso de ejercicio ocasional, guardándose absoluto silencio respecto del ejercicio habitual en el territorio distinto de un Colegio distinto del de adscripción, lo que parece, por sí mismo, una incongruencia.

Y tampoco está demás indicar que, por una parte, la comunicación se impone al profesional que ejerza en otro Colegio distinto al de inscripción y que dicha comunicación debe realizarse, lo que no sucedía en el Proyecto de 1992, aunque si en los sucesivos, a través del Colegio de adscripción.

Finalmente, es necesario detenerse en cuatro aspectos de mayor relieve en relación con esta posible obligación de comunicación: a)

---

(268) Recuérdese que la propuesta de 1992 no distinguía al imponer la obligación de comunicar las actuaciones entre el supuesto de ejercicio habitual y ocasional en el territorio de otro Colegio, mientras que el Anteproyecto de marzo del 95 sí lo hace para establecer, respecto al ejercicio habitual, la necesidad de comunicar al Colegio de destino, no las actuaciones concretas, sino la circunstancia del ejercicio habitual, comunicación que, en todo caso, sólo se debería reiterar cada cierto tiempo si así se estableciera en los Estatutos generales. A partir del Proyecto de octubre de 1995, incluida la redacción definitiva en la Ley 7/97, la obligación de comunicación se refiere exclusivamente al ejercicio ocasional.

la obligación de comunicación cuando se establezca será a “efectos de quedar sujetos a las correspondientes competencias de ordenación y control”, lo que quiere decir que en dicho caso parece que el profesional quedará sometido a la ordenación y control por parte del Colegio de destino, lo que no dejará de plantear problemas en caso de falta de coincidencia entre la ordenación de este Colegio y el de origen o adscripción. b) Cuando no se establezca la obligación de comunicación con carácter general para todo el Estado por parte de los Estatutos Generales ni por los autonómicos, nos encontraremos con una cierta laguna, ya que difícilmente el Colegio de destino podrá ejercer funciones de control ni imponer su ordenación sobre alguien, el profesional colegiado en otro Colegio, que no es miembro de la Corporación, con lo que parece que en este caso será el Colegio de adscripción el que ejercerá las funciones de control, aun cuando el ejercicio profesional se haya ejercido o se esté ejerciendo fuera de su ámbito territorial. c) La norma no establece las consecuencias del incumplimiento de la obligación de comunicación, siendo realmente difícil que dicho incumplimiento pueda considerarse un impedimento para el ejercicio profesional fuera del territorio del Colegio de adscripción, y siendo, a la vez, difícil, sin que una norma lo establezca expresamente, que el Colegio en cuyo territorio se ejerce pueda imponer sanciones a quien no es colegiado suyo (269). d) Y, finalmente, y lo que es más grave, tal y como está redactada la norma, podría interpretarse que la norma obliga a comunicar las actuaciones concretas, esto es, asunto y cliente concretos, lo que, en nuestra opinión no nos parece correcto, pudiéndose considerar un atentado, en algunas profesiones, al más sagrado de los deberes profesionales y en que se basa precisamente el núcleo de la relación jurídica profesional-cliente; ¿cómo va a comunicar un médico que a va a atender a tal persona de tal enfermedad?, ¿o cómo va a comunicar un abogado al Colegio que va a

---

(269) No estamos, sin embargo, de acuerdo con GALVEZ. J., *ob. cit.*, p. 118, cuando indica que cuando se ejerce fuera del Colegio de adscripción la potestad disciplinaria corresponde a este Colegio y no al de destino, por el hecho de que el profesional no es miembro de dicho Colegio de destino. La norma precisamente lo que establece es la obligación de comunicar las actuaciones al Colegio de destino para quedar sujeto a dicho Colegio a los efectos que dice la propia normas entre ellos, a los efectos de la potestad disciplinaria. Lo que nosotros decimos, es que cuando no existe obligación de comunicación o ésta se cumple, la norma no resuelve el problema, siendo problemático que en dichos casos, sólo en dichos casos, el Colegio de destino puede ejercer aquella potestad sobre quién no es su colegiado.

prestar servicios a tal persona para, por ejemplo, comenzar un proceso de separación matrimonial o a una empresa para formular una solicitud de quiebra? Parece claro que el contenido de la comunicación deberá ser interpretado de una forma muy restrictiva, debiéndose limitar prácticamente al hecho de que se va a actuar y nada más, de la misma manera que para ejercer el control sobre los propios miembros de la corporación, no hace falta que comuniquen sus concretas actuaciones. Ni para unos ni para otros es necesario nada más.

2.7.1.3. Hasta el Proyecto de LMFyOS de octubre de 1995, las propuestas de reforma contemplaban la colegiación única, sin establecer ninguna excepción. Sin embargo, en dicho proyecto y después en la Ley de 7/1997 se introduce una excepción que tiene nombre y apellidos: los Procuradores de los Tribunales. En efecto, ya en el Proyecto de octubre de 1995 y como segundo párrafo del artículo 3. 2 de la LCP, esto es, después de establecer la colegiación única, se introduce la siguiente excepción:

*“No obstante, los Procuradores de los Tribunales deberán residir en el territorio o demarcación judicial en la que hayan de actuar, debiendo en todo caso mantener despacho abierto en la misma localidad donde tuviera su sede el Juzgado o Partido Judicial en cuya circunscripción ejerzan la profesión, sin que puedan pertenecer a más de un Colegio Profesional”.*

Sin embargo, el RD-L de 1996 opta por la solución del Proyecto de 1992 y anteproyecto de marzo de 1995, y no establece la citada excepción. Es durante el proceso parlamentario cuando se va a introducir y a establecerse definitivamente en la Ley 7/97. En efecto, en su paso por el Congreso de los Diputados, el Grupo Parlamentario de CIU presenta una enmienda en la que se aceptaba la redacción que el Proyecto de Ley daba al artículo 3.2. de la LCP de 1974, pero añadiendo un nuevo párrafo que dijera lo siguiente:

*“Cuando los Colegios estén organizados territorialmente atendiendo a la adscripción legal del lugar de prestación de sus servicios, para poder ejercer en otro habrá de causarse baja en el anterior”.*

La justificación de la enmienda era literalmente “prever esta excepción cuando se produce una adscripción legal a un determinado territorio”. Y en el momento de la discusión del Proyecto de Ley en la

Comisión del Congreso, el Grupo Catalán, a través del Sr. Homs i Ferrer, defiende dicha enmienda, diciendo que:

*“Respecto de la enmienda número 15, nuestro grupo (...) propone la modificación del artículo 5 en su apartado 3, que podría incorporar una excepción cuando se produce una adscripción legal a un determinado territorio. Hay un determinado colectivo profesional que es el destinatario de esta enmienda, que es el Colegio Profesional de Procuradores, que, por aspectos legales, por su marco específico, por su singularidad, requiere de esa precisión excepcional”.*

Hemos utilizado la letra cursiva para destacar cómo la enmienda del Grupo Catalán, que por su contenido puede considerarse antecedente del texto del artículo que nos ocupa de la Ley de 1997, tiene su justificación expresa en un determinado grupo de personas: los Procuradores de los Tribunales.

El Grupo Popular al referirse a la enmienda del Grupo Catalán que acabamos de ver, presenta una transaccional que consiste en redactar el segundo párrafo del artículo 3.2. en estos términos:

*“Cuando los Colegios estén organizados territorialmente, atendiendo a la exigencia necesaria del deber de residencia para la prestación de los servicios, la colegiación habilitará solamente para ejercer en el ámbito territorial que corresponda”.*

Y se justificaba tal transaccional con estas palabras:

*“Con ello venimos a respetar, quizá en un afán de reiterarlo, lo que ya dice la propia reforma. No podemos olvidar el punto 1 del Proyecto de Ley, en su segundo párrafo (...): Esto quiere decir que la *lex artis* de ciertas profesiones, aquello que le da razón de ser en sí misma, viene respetada y preservada en el propio proyecto de ley, que la colegiación única válida en todo el territorio nacional no obliga a ejercer en toda España. Da la posibilidad para que otras profesiones, como decía antes, cuyas características propias lo permiten, lo hagan sin necesidad de reiterar en una provincia u otra, en una Comunidad Autónoma o en en otra, el hecho puramente burocrático de la colegiación.*

*La ley introduce, además, la cautela de que el profesional que vaya a ejercer fuera de su lugar de ejercicio habitual, donde*

se debe colegiar formalmente, ha de avisar en este punto de origen y ha de avisar en el punto de destino, en otro Colegio, cuando va a ejercer profesionalmente allí. Si hablamos a modo de ejemplo de los Procuradores de los Tribunales, sus propias características les obligan a ejercer donde residen, en función de que deben estar presentes todos los días hábiles en los Juzgados y Tribunales de su partido judicial, para el manejo de la documentación. Si sus normas internas, su *lex artis*, se lo impiden, ni el Colegio de origen ni el colectivo que vaya a recibir a este colegiado podrá autorizar el ejercicio profesional.

Pensamos que añadiendo este nuevo párrafo acabamos de redondear, de clarificar, ese planteamiento...”.

El Grupo Popular propone, por tanto, en este momento como transaccional a la enmienda del Grupo Catalán, un texto que más tarde se convertiría en texto de la ley (270). La enmienda es aprobada por la Comisión del Congreso.

El texto aprobado por el Congreso es objeto en el Senado de una serie de enmiendas. En concreto, nos interesa destacar (271) la enmienda núm. 28 del Grupo Parlamentario Popular que proponía la supresión del segundo párrafo del artículo 3.2 de la LCP, introducido al Proyecto de Ley por el Congreso. Esta propuesta se justificaba en que:

“Las únicas profesiones organizadas en Colegios territoriales obligadas por norma legal a ejercer en un determinado lugar son

---

(270) En Grupo Catalán aceptó inmediatamente “en sus términos” la transaccional añadiendo que “sin duda, resuelve un aspecto puntual de lo que nuestro grupo tenía interés en abordar en este debate...”.

(271) También se presentó a este punto, aunque fue posteriormente retirada en el debate del Pleno, la enmienda núm. 23 de Don Vicente Liliano Ferrer Roselló (del GPMX) que propone modificar el segundo párrafo del artículo 3.2. de la LCP, que se había introducido en el Congreso. La redacción que se proponía, es la siguiente: “Cuando el ejercicio profesional esté organizado territorialmente atendiendo a la exigencia necesaria del deber de residencia para la prestación de sus servicios, la colegiación habilitará solamente para ejercer en el ámbito territorial que corresponda. Dicho ámbito territorial será determinado por el Estado o las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus respectivas competencias, previo preceptivo informe de los Consejos u organismos colegiales competentes de ámbito estatal o autonómico según los casos”. Se justificaba la enmienda en los siguientes términos: “La necesidad de definir sobre el sujeto encargado de éstos, los ámbitos territoriales de actuación profesional, además del hecho de que puede confundirse el sujeto de la enmienda, el ejercicio profesional, con su organización colegial”.

los notarios y los corredores de comercio, que sólo ejercen en su territorio de destino. Este amparo legal, precisamente, hace innecesaria cualquier modificación en el Proyecto de Ley original para señalar su situación excepcional en cuanto a la colegiación única" (272).

En el Dictamen de la Comisión del Senado, se mantiene en el punto que nos ocupa el texto remitido por el Congreso, esto es, no acepta ninguna de las tres enmiendas presentadas, que se mantienen, como votos particulares, para su discusión en el Pleno del Senado.

En dicho Pleno, por lo que se refiere a la enmienda 28 del Grupo Popular, éste presenta una transaccional, que sometida a votación se convierte en el texto que saldrá del Senado. El Grupo Popular al defender su voto particular sustentado en la enmienda 28, así como la transaccional, indica que:

"Dentro de este tercer gran bloque de novedades (...) se encuentra la colegiación obligatoria y única, que abre la posibilidad a los profesionales colegiados de actuar en todo el ámbito del Estado, lo cual conllevará, sin duda, un mayor esfuerzo de coordinación entre los Colegios. Sin duda, esto supone también otro reto para los propios Colegios, y aquí entro en la defensa de nuestro voto particular.

Pretendemos en este punto del proyecto introducir una modificación respecto del texto remitido por el Congreso y aprobado en Comisión: el párrafo 2 del punto tres del artículo 5 del proyecto —o como preferiría el Senador Galán, el párrafo 2 del artículo 3, punto 2 de la Ley 2/1974— en su tenor literal podría interpretarse de tal forma que fuera un obstáculo a la pretendida colegiación única. De ahí nuestra primera enmienda de supresión, la número 28. Pero en aras del diálogo y del acuerdo, al que me he referido al comienzo de mi intervención, optamos —y, reitero, con el apoyo de todos los grupos— por no incorporar dicha enmienda al Dictamen y así, al salir rechazada, poder presentar el voto particular que ahora mismo defiendo.

---

(272) También la enmienda núm. 45 del Grupo Socialista proponía no establecer ninguna excepción a la colegiación única. Y se justificaba la enmienda en "liberalizar el ejercicio de la profesión en todo el territorio y eliminar la modificación restrictiva introducida en el trámite del Congreso". Durante la discusión en el debate del Pleno del Senado su representante no incide en el punto que nos ocupa.

El objetivo que todos perseguíamos —de acuerdo o no, pero se facilitó su tramitación— era recoger la situación de los procuradores. *Esta profesión no puede ceñirse al marco de la colegiación única, porque su Colegio está organizado territorialmente y, tal y como dice el proyecto, atendiendo a la exigencia necesaria del deber de residencia. Se puede decir y argumentar —y sería cierto— que otras profesiones comparten esta característica, pero su actual regulación hace innecesario recogerlo en este texto. Sin embargo, no es así en el caso de los procuradores, y por eso proponemos la enmienda que hemos presentado como voto particular, que salva la situación de este colectivo y, sobre todo, impide un uso inadecuado que se podría dar en el texto inicial remitido por el Congreso”.*

Por su parte, el Grupo Catalán en el Congreso, después de señalar que el Proyecto había empeorado a su paso por la Comisión del Senado, indica en relación al tema que nos ocupa que:

*“La verdad es que el mal todavía hubiese podido ser peor de haberse aprobado la enmienda núm. 28, del Grupo Popular, que hoy se resolverá a través de la enmienda transaccional que precisa que la colegiación habilita solamente para ejercer en el ámbito territorial que corresponde a cada Colegio. Concretamente, los Procuradores de los Tribunales, señorías, como ustedes saben, deben residir, por su propio cometido, en el lugar de colegiación. En consecuencia, quedará suficientemente explicitado en esta enmienda transaccional”.*

Producida la votación, la enmienda transaccional del Grupo Popular queda aprobada con 127 votos a favor y 82 en contra, con lo que el texto del artículo 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales de 1974 queda redactado en los siguientes términos:

*“2. Es requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas hallarse incorporado al Colegio correspondiente. Cuando una profesión se organice por Colegios Territoriales, bastará la incorporación a uno sólo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio nacional.*

*No obstante lo anterior, en el caso de los Procuradores de los Tribunales, la colegiación habilitará solamente para ejercer en el ámbito territorial que corresponda a cada Colegio”.*

En el mensaje motivado que el Senado envía al Congreso del Proyecto se puede leer:

“Con respecto al artículo 5.Tres ha sido aprobada una enmienda que modifica el texto remitido por el Congreso de los Diputados en relación con el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 3 de la Ley reguladora de los Colegios profesionales. El motivo que impulsa esta enmienda radica en considerar que, con la salvedad de los procuradores de los tribunales, que pasan a ser mencionados expresamente en el precepto, los otros profesionales organizados en Colegios Territoriales están obligados por norma legal a ejercer en un determinado lugar, están sujetos a dicha obligación en virtud de su legislación especial, sin necesidad de que aquélla sea reiterada en la Ley reguladora de los Colegios Profesionales”.

En el Pleno del Congreso se produce una serie de intervenciones de los Grupos parlamentarios sobre el punto que nos ocupa que va a suponer el cambio del texto propuesto por el Senado.

Una de las más significativas y que va a influir en el cambio de redacción del texto del Senado es la del Grupo Catalán (Sr. Homs y Ferret). En efecto, después de indicar que en materia de Colegios Profesionales hay cambios sustanciales y que a su grupo no le parecen acertadas en su mayoría, con algunas excepciones, las propuestas que hace el Senado, se puede leer:

“(…) entendemos que deberíamos volver a la literalidad del texto del Congreso de los Diputados. Era una redacción muy pensada, muy madurada, muy ajustada a la circunstancia específica que tiene la práctica profesional de los procuradores y pensamos que deberíamos volver a esa redacción. Comprendemos también la motivación del Senado. El Senado intenta particularizar de forma directa el ámbito de aplicación de esta excepción solamente al *Colegio de procuradores*, y la comprendemos, pero, a su vez, el Senado deja delimitada la territorialización de esa excepción no sólo al ámbito estricto en que practican sus funciones los procuradores, que se ajustan normalmente al ámbito territorial de los partidos judiciales, sino que lo deja excesivamente abierto al ámbito territorial de los Colegios, con lo cual volvemos ahí a no acertar exactamente en la redacción concreta que deberíamos dar a esta excepción y



creemos que es mucho más ajustada la que dimos en el Congreso de los Diputados”.

Por su parte, el Grupo Socialista se pronuncia en contra de la introducción de la excepción referida a los Procuradores, mientras que el Grupo Popular se va a pronunciar en el mismo sentido que el Grupo de CiU, esto es, en el sentido de volver al texto aprobado por el Congreso:

“... ya desde los trabajos realizados en Comisión en el Congreso de los Diputados buscábamos el ser capaces de entender, respetar y potenciar lo que de peculiar tienen muchas de las profesiones colegiadas. Hablamos de la necesidad de hacer peculiar, porque peculiar es su función por lo que supone su adscripción física inevitable, ineludible, deseable, no solamente por la pureza de la profesión, sino por el buen funcionamiento de la justicia, que los procuradores de los Tribunales estén exentos de la posibilidad de ejercicio universal a través de la colegiación única, pero llevándolo a lo que pensamos que es una técnica legislativa más correcta, que sería a través del párrafo que como transaccional también introdujimos en el trámite del Congreso. Este concepto de “atendiendo a la exigencia necesaria del deber de residencia para la prestación de los servicios”, creemos que es sumamente importante y, por tanto, consideramos —y así lo haremos— que no es conveniente su sustitución como nos propone el Senado”.

Sometida a votación la enmienda del Senado a la redacción salida del Congreso la misma se rechaza con 5 votos a favor, 307 en contra y dos abstenciones. Se aprueba consiguientemente el texto que en su momento había aprobado el Congreso, y que ahora se convierte en el texto definitivo de la ley.

En definitiva, en el transcurso del trámite parlamentario se atiende a las peticiones de la organización colegial de los procuradores. Y es que la reacción a la colegiación única proyectada en 1992 fue rápidamente contestada por la organización colegial de estos profesionales, alegando, frente al principio de libre competencia, la protección o garantía de un valor superior como es el “acceso a la justicia” de los particulares: conveniencia de mantener los principios de intermediación y el contacto personal y diario con el órgano judicial, como garantía de que las citaciones y emplazamientos lleguen a conocimiento de los

interesados, garantía que exige máxima dedicación del profesional a los distintos órganos jurisdiccionales y que se vería imposibilitada si se permitiera su actuación en un ámbito geográfico excesivamente amplio (273), conclusión esta última que podría justificarse en la época de la LOPJ de 1870, pero que hoy, muy cerca del siglo XXI, es más que discutible, sobre todo si el ámbito geográfico al que se pretende limitar el ejercicio profesional es el de la demarcación judicial de la residencia del profesional (procurador).

### 2.7.2. Cargas financieras que condicionan la colegiación

La segunda reforma en materia de colegiación del Proyecto de 1992 hacía precisamente referencia a esta cuestión. La reforma no tocaba la letra a) del número 3 del art. 6 de la LCP que establecía como materia a regular por los Estatutos Generales la adquisición, denegación y pérdida de la condición de colegiados y clases de los mismos, pero le añadía un segundo párrafo en que se especificaba que *“los Estatutos [se entiende que los Estatutos Generales] no podrán condicionar la colegiación a la prestación de fianzas, garantías u otras cargas análogas salvo que la Administración Competente los imponga como condición de acceso al ejercicio privado de la profesión colegiada”*.

Como recuerda Del Saz (274) de nuevo aquí el Proyecto de 1992 se aparta de la redacción inicial del Anteproyecto que prohibía expresamente el condicionamiento de la colegiación al ingreso en la correspondiente Mutualidad de Previsión Social. La razón de esta supresión, como señala la misma autora, se encuentra en que la redacción del Proyecto podía entenderse incluida la desaparición de la afiliación obligatoria a las Mutualidades Profesionales. Y, por otra parte, porque dicha desaparición ya aparecía contemplada en el Anteproyecto de la que sería Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP), lo que es cierto siempre que se especifique que lo que esta última ley ha establecido realmente, a pesar de declarar en su art. 64 el carácter voluntario de todas las Mutualidades, es un sistema de semiobligatoriedad para los profesionales colegiados que ejercen la profesión por cuenta propia: o se afi-

---

(273) Véase una exposición de estas razones en CID CEBRIAN, “La nueva Ley de Colegios Profesionales y su incidencia en los Procuradores”, *Actualidad Aranzadi*, 1992, núm. 82, p. 3.

(274) *Ob cit.*, p. 113.

lian a la Seguridad Social o se afilian a la Mutualidad que tenga establecida el Colegio.

Téngase en cuenta, por otra parte, que el precepto iba dirigido a eliminar las cargas financieras que condicionen la colegiación, como puede ser la práctica de obligar a suscribir un Seguro de Responsabilidad Civil, pero parece no afectar directamente a las fuentes de financiación de los Colegios que el Informe del TDC llama "cuasi-tasas": retenciones a los cobros de honorarios realizados obligatoriamente por los Colegios (que evidentemente desaparecen al desaparecer el cobro obligatorio), el bastanteo de poderes en el caso de los Abogados, etc.

Planteaba alguna duda si en la prohibición del nuevo párrafo propuesto se incluían las cuotas de ingreso o incorporación al Colegio. No parece que fuera ésta la finalidad del Proyecto, si se lee detenidamente el Informe del TDC que lo inspira, y sí se tiene en cuenta que a las cuotas se refiere otro apartado del mismo art. 6 (la letra f, del mismo núm. 3). Lo cierto es, sin embargo, que en su dicción literal las cuotas quedaban comprendidas en la norma proyectada, toda vez que no cabe desconocer que son una carga financiera y que condicionan la colegiación (275). Por lo demás, como hace notar López Ramón (276), suscitaba alguna perplejidad, habida cuenta de la reserva de ley del art. 36, la remisión que realiza el proyecto al posible establecimiento de tales requisitos por la "Administración competente".

En cualquier caso, todo lo referente a este punto desaparece de la reforma desde el Proyecto de LMFAy OS de octubre de 1985.

#### H) La reforma en materia del "visado"

Ya señalamos en su momento que el Proyecto de reforma de 1992, además de suprimir con carácter general la facultad de los Colegios del cobro obligatorio de los honorarios de sus colegiados, concretaba también la supresión de dicha facultad en aquellos supuestos en que el cobro obligatorio de los honorarios se combinaba con el llamado "visado" o control de los trabajos realizados por los colegiados. Por ello, si bien se mantenía la posibilidad de este control o visado por los

---

(275) Así lo entiende LOPEZ RAMON,F., *ob. cit.*, p. 280, quien además indica que el nuevo párrafo recogía una regla moldeada en la STS, de 3 de noviembre de 1988, que reaccionó con cierta vehemencia frente al intento del Colegio de Agentes de Aduanas de establecer una alta cuota de integración.

(276) *Ob. loc. ult. cit.*

Colegios, se especifica, añadiendo un nuevo párrafo a la letra q) del art. 5 de la LCP que “el visado no comprenderá los honorarios ni las demás condiciones contractuales cuya determinación se deja al libre acuerdo de las partes”.

Pero, además, se añade un inciso al único párrafo de la letra q) del art. 5 en su redacción original, resultando así que la facultad de visar los trabajos profesionales de los colegiados corresponderá a los Colegios, no sólo cuando así lo establezca expresamente en los Estatutos generales, que era lo que ya establecía la citada letra q), sino que además se exige que así se disponga también, en su caso, por la legislación correspondiente, esto es en la legislación sectorial. Con ello, se recoge expresamente lo que sucedía en la práctica con el llamado “visado urbanístico” exigidos por la Ley del Suelo.

En el Proyecto de enero-marzo de 1995 se mantiene la reforma en idénticos términos que en 1992. Por el contrario, en el Proyecto de Ley de MFAyOS desaparece toda alusión al tema del visado, lo que unido a que desaparece, como ya sabemos, toda alusión a la reforma del apartado p) del art. 5 de la LCP, es decir, al tema del cobro de los honorarios a través del Colegio, la posibilidad de que los Colegios establecieran el cobro obligatorio de los honorarios libremente pactado entre las partes o los fijados directamente por el Gobierno.

En el Real Decreto-ley de 1996 tampoco vamos a encontrar alusión alguna al tema del visado ni tampoco, como sabemos, al tema del cobro de los honorarios a través del Colegio, con lo que la problemática se mantiene.

Por el contrario, en la ley de 1997 se retoma la cuestión, modificándose la LCP, en el mismo sentido que en el Proyecto de 1992, con la única variante de que se elimina en relación con la reforma entonces proyectada la exigencia de que en el visado, además de por los Estatutos Generales, venga exigido, en su caso, por la legislación correspondiente. En efecto, la Ley 7/1997, modifica la letra q) del art. 5 de la LCP dándole la siguiente redacción:

“Visar los trabajos profesionales de los colegiados, cuando así se establezca expresamente en los Estatutos generales. El visado no comprenderá los honorarios ni las demás condiciones contractuales cuya determinación se deja al libre acuerdo de las partes”.

En definitiva, se reitera la prohibición del cobro obligatorio de los honorarios a través del Colegio, concretando ahora esta prohibición a través del visado. Y se insiste en que el visado no comprende tampoco otras condiciones contractuales que son fijadas libremente entre el profesional y el cliente.

## COMENTARIOS Y NOTAS

