

# SOBRE EL ACCESO AL MERCADO DEL DERECHO

LUIS ARROYO JIMÉNEZ

Universidad de Castilla-La Mancha

1. INTRODUCCIÓN.—2. RECIENTES PROPUESTAS DE REGULACIÓN DE LAS PROFESIONES DE ABOGADO Y PROCURADOR.—3. UNA APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA.—4. LA TEORÍA DEL INTERÉS PÚBLICO Y LOS FALLOS DEL MERCADO.—5. LA TEORÍA DEL INTERÉS PRIVADO Y LOS FALLOS DE LA REGULACIÓN.—6. EL ANÁLISIS COSTES-BENEFICIOS, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA PRUDENCIA COMO CRITERIO POLÍTICO.

## RESUMEN

En este trabajo se analiza la relación que media entre los presupuestos constitucionales de la regulación de las profesiones jurídicas y los fundamentos económicos de la intervención sobre los mercados correspondientes a su ejercicio, todo ello a la luz de las últimas iniciativas legislativas presentadas al efecto. Como conclusión se propone agotar las posibilidades del sistema de control a posteriori, y, en su caso, adoptar los sistemas de regulación del acceso al mercado menos restrictivos.

*Palabras clave:* Profesiones jurídicas, regulación económica, fallo del mercado, interés privado, títulos habilitantes, principio de proporcionalidad.

## ABSTRACT

The author explores the relationship between the constitutional dimension of legal professions, on the one hand, and the economic foundations of legal service's regulation, on the other hand, according to the bills of acces recently made known. From a normative standpoint, it is suggested to improve the system of ex post controls, and eventually to choose the less restrictive prior approval schemes.

*Key words:* Legal professions, economic regulation, market failure, private interest, prior approval, principle of proportionality.

## 1. INTRODUCCIÓN

¿Por qué regula el Estado el ejercicio de profesiones jurídicas como la de abogado o la de procurador de los Tribunales? No voy a atreverme a adivinar cuál sería la respuesta que a este interrogante daría un abogado español, pongamos bibliotecario de algún Colegio Territorial. Baste señalar que, con cierta probabilidad, su alegato incluiría una encendida referencia al derecho a la defensa, cuando no una exposición benevolente de las exigencias que se derivan de la cláusula del Estado de Derecho. Es cierto que los profesionales del Derecho no son comerciantes, ni empresas aseguradoras, pero espero que no parezca mal trasladar esta pregunta a un economista, aunque sólo sea para comprobar lo lejana que parece su respuesta de la que presumiblemente aportaría nuestro abogado: el mercado correspondiente a los servicios que prestan los profesionales del Derecho se caracteriza por presentar «*asimetrías en la información, economías de alcance y externalidades*», que pueden demandar un marco o tratamiento regulatorio especial (1). Las líneas que siguen a continuación responden al convencimiento de que las reflexiones realizadas desde esta segunda perspectiva por los economistas, pueden también sernos útiles a los juristas. Es posible que no ayuden al abogado a ganar pleitos, pero sí creo conveniente que el legislador, aun sin perder de vista el art. 24 CE, dirija su mirada hacia la teoría de la regulación económica, especialmente ahora, en fechas en las que se solicitan, se conceden, se paralizan y se vuelven a anunciar cambios en la regulación de algunas profesiones jurídicas.

La regulación de las profesiones jurídicas es, en efecto, una cuestión de actualidad. Por un lado, las instituciones europeas anuncian un impulso transformador respecto de las regulaciones nacionales aplicables a la entrada y al ejercicio de las profesiones liberales, y particularmente de las profesiones jurídicas, en el sentido de promover la competencia y reducir los obstáculos asociados a los fenómenos de autorregulación corporativa. Dicho anuncio no sólo ha sido realizado expresamente por la Comisión (2), sino

---

(1) Cfr. BENITO ARRUÑADA, *Managing Competition in Professional Services and the Burden of Inertia*, ponencia presentada en el *2004 EU Competition Law and policy Workshop*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, 2004, pág. 1.

(2) Se trata del *Informe sobre la competencia en los servicios profesionales*, de 9 de febrero de 2004, COM (2004) 83 final.

también, de modo implícito, por el Tribunal de Justicia. Así debe interpretarse su sentencia de 19 de febrero de 2002, As. C-309/99, *Wouters*. Por más que concluyera admitiendo la compatibilidad con el Derecho originario de la regulación deontológica holandesa que prohibía la colaboración integrada entre abogados y procuradores, detrás de la consideración de aquéllos como empresas (apartados 46 y ss.), y, especialmente, de la de los colegios como asociaciones de empresas en el sentido del art. 81 TCE, incluso en la medida en que ejercen potestades normativas (apartados 56 y ss.), probablemente se esconda la búsqueda por parte del Tribunal de un escenario metodológico más favorable para una futura extensión de las reglas de mercado interior y de la competencia al ámbito de las profesiones jurídicas (3).

Por otro lado, y ahora desde un punto de vista interno, parece que la demanda ejercida tradicionalmente por la abogacía y la procura consistente en añadir un requisito más al acceso al ejercicio de la profesión, ha sido acogida por los dos partidos mayoritarios de ámbito nacional. El 11 de marzo de 2003 el Grupo Parlamentario popular en el Congreso presentó la Proposición de Ley núm. 122/000299, de acceso al ejercicio de las profesiones de abogado y procurador, admitida a trámite por la mesa del Congreso el 3 de junio (BOCG, Serie B, núm. 341-1, págs. 1 y ss.), y que finalmente caducó el 17 de febrero del pasado año como consecuencia de la disolución de las Cámaras y la celebración de elecciones generales (en adelante, PLA). Esta iniciativa, sin embargo, no era la primera redactada desde el Partido Popular: en 2002 el Gobierno había dado ya a conocer el texto de un Anteproyecto de Ley, que no llegó a elevarse al Consejo de Ministros (en adelante, ALA). Por su parte, el Gobierno salido de las urnas en marzo de 2004 parece haber recogido el testigo, ya que el propio Presidente del Gobierno ha anunciado que los trabajos preparatorios de una nueva iniciativa legislativa realizados por el Ministerio de Justicia se encuentran en un estado muy avanzado (4). Todo indica, en efecto, que en un plazo breve podría darse a conocer un nuevo texto, que, sin embargo, probablemente no se aleje en lo sustancial de la PLA presentada por el Grupo Popular.

A continuación se examina a grandes rasgos el contenido de las iniciativas conocidas hasta la fecha (*infra*, 2), para pasar a exponer posteriormente algunos rudimentos de la teoría de la regulación del ejercicio de las profesio-

---

(3) La misma conclusión debe obtenerse de la lectura de la sentencia del Tribunal de Justicia de igual fecha, As. C-35/99, *Arduino* (apartados 35 y ss.).

(4) Declaraciones realizadas por el Presidente del Gobierno el pasado 15 de febrero de 2004, con motivo de su participación en una jornada celebrada en el Consejo General de la Abogacía Española, según informan los servicios de prensa de éste último. Véase el sitio web <http://www.cgae.es/>.

nes (*infra*, 3, 4 y 5). Finalmente se realiza una valoración del contenido de aquéllas, a la luz de las conclusiones obtenidas respecto de ésta última (*infra*, 6).

## 2. RECIENTES PROPUESTAS DE REGULACIÓN DE LAS PROFESIONES DE ABOGADO Y PROCURADOR

De acuerdo con su Exposición de Motivos, la finalidad de la PLA es doble. El primero de los fines perseguidos por la iniciativa es el de asegurar un «*elevado nivel de calidad en los servicios*» que prestan los abogados y procuradores, mediante la exigencia de que los profesionales tengan un «*conocimiento suficiente de las disciplinas jurídicas, tanto en sus aspectos sustantivos como en los procesales y prácticos, así como de las normas deontológicas y profesionales*», lo cual constituye, a juicio de los promotores de la iniciativa, «*un requisito fundamental para garantizar la adecuada tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y alcanzar la plena efectividad del artículo 24 de la Constitución, uno de los pilares básicos en los que se sustenta nuestro Estado de Derecho*». La segunda finalidad anunciada expresamente por la Exposición de Motivos de la PLA es la de contribuir a la aproximación del sistema español de acceso a las profesiones de abogado y procurador a los vigentes en otros Estados miembros de la Unión Europea.

Dos datos ponen de manifiesto que este segundo objetivo tiene menor importancia que el primero. Uno reside en el hecho de que por ninguna parte aparece en qué debe exactamente aproximarse nuestro sistema al de nuestros vecinos. Parece claro que los redactores de la iniciativa se refieren a la incorporación de una prueba específica como requisito para el acceso a la profesión, inexistente en la actualidad en nuestro país y utilizada en algunos Estados miembros. Sin embargo, ello no debe impedir observar que en otros tantos no existe tal sistema, y, además, que el sentido y la intensidad de la intervención sobre el acceso depende también de otros criterios, como, por ejemplo, la duración y entidad de los estudios universitarios exigidos, la existencia de un sistema de prácticas obligatorias, la reserva en exclusiva de actividades, etc. (5). Cualquier reflexión acerca de la aproximación de la re-

---

(5) Cfr. IAIN PATERSON, MARCEL FINK, ANTHONY OGUS *et al.*, *Economic impact of regulation in the field of liberal professions in different Member States. Regulation of Professional Services*, Study for the European Comisión, Institut für Höhere Studien (IHS), Wien, 2003, págs. 15 y ss., y 23 y ss.

gulación española a las del resto de los Estados miembros debe así adoptar como punto de partida la pluralidad de opciones regulatorias vigentes, y desarrollarse tomando en consideración todos esos elementos, y no uno de manera aislada. Además, en segundo lugar, resulta que la política comunitaria en materia de servicios profesionales parece apostar por el modelo de la integración negativa, y, en particular, por la supresión, o, cuando menos, la suavización de instrumentos de regulación nacional como el que aquí se comenta (6). Se entiende así que la referencia a la aproximación de legislaciones, una vez incorporada a la Exposición de Motivos, desaparezca del articulado de la PLA, y, significativamente, del tenor literal de su art. 1, en cuya virtud la Ley tiene por objeto regular el acceso a las profesiones «*con el fin de garantizar el derecho fundamental de los ciudadanos a recibir una defensa, representación y asistencia jurídica de calidad*».

El art. 2 PLA enuncia los requisitos para acceder al ejercicio de la profesión de abogado y procurador. A los que vienen exigiéndose hasta la fecha —tener la nacionalidad española o de otro Estado miembro de la Unión Europea, estar en posesión del título de licenciado en Derecho, y haberse incorporado al correspondiente Colegio de Abogados o de Procuradores—, el precepto añade un nuevo requisito, consistente en haber obtenido la «*acreditación de aptitud profesional*», mediante la cual, conforme al art. 3.1 PLA, «*se reconoce la capacitación necesaria para el ejercicio profesional*». El art. 3 PLA diseña en su segundo apartado las dos vías a través de las cuales puede alcanzarse la acreditación. Tendrán derecho a obtenerla los licenciados en Derecho que superen la prueba de aptitud profesional regulada por la PLA, así como aquellos que acrediten una formación específica adecuada para el ejercicio de la profesión de abogado o procurador, a través de la realización y superación de los cursos organizados conjuntamente por los Colegios de Abogados o Procuradores y centros docentes universitarios o de postgrado que se encuentren homologados por el Ministerio de Justicia.

La acreditación de aptitud profesional, que será en todo caso expedida por el Ministerio de Justicia (art. 3.3 PLA), y que no podrá suponer limitación por razones numéricas para el acceso al ejercicio de las profesiones de abogado y de procurador (art. 3.5 PLA), puede así obtenerse mediante dos vías o procedimientos alternativos: el de la prueba de aptitud profesional, y el de la formación específica adecuada para el ejercicio de la profesión. Aquí radica, probablemente, la diferencia más importante entre la PLA y el ALA, ya que este último sólo preveía la primera de estas dos alternativas (art. 3.1 ALA). Sobre la prueba de aptitud profesional se volverá a continuación.

---

(6) COM (2004) 83 final, apartados 48 y ss.

Baste decir ahora que supone el establecimiento de un sistema de control preventivo, o *ex ante*, de la satisfacción por parte del profesional de ciertos estándares, frente al modelo actual, caracterizado por el desarrollo de un control represivo, o *ex post* —en ejercicio de los poderes de control y sanción por parte de los respectivos Colegios—, previa la obtención de un título habilitante que se concreta en una inscripción registral sin control previo —la colegiación— (7). La vía formativa, por su parte, supone la realización y superación de los cursos homologados por el Ministerio de Justicia, que habrán de satisfacer los requisitos de duración y contenidos que se determinen reglamentariamente, y que, según dispone expresamente el texto de la iniciativa, tendrán que ser organizados «conjuntamente» por los Colegios de Abogados o Procuradores, de un lado, y por las Universidades o centros de postgrado, de otro (art. 3.2 PLA).

El art. 4.2 PLA remite al Reglamento de desarrollo de la Ley aspectos tan relevantes de la prueba de aptitud profesional como los relativos a su contenido, al procedimiento de convocatoria, a su duración o al sistema de calificación. Sin embargo, la PLA define algunos de los rasgos esenciales de la misma. Primero, la convocatoria corresponde al Ministerio de Justicia, una vez oído al correspondiente Consejo General de Colegios (art. 4.1 PLA). Segundo, la prueba tendrá carácter único para todo el territorio nacional (art. 4.3 PLA), sin perjuicio de la posibilidad de que el Ministerio de Justicia constituya comisiones de evaluación delegadas, en diferentes sedes territoriales, a propuesta del Consejo General de que se trate, y una vez oídos los Consejos Autonómicos del correspondiente ámbito territorial (art. 8.2 PLA). Tercero, las previsiones de la iniciativa por lo que hace a los contenidos de las pruebas no parecen muy afortunadas. La prueba de aptitud profesional para el ejercicio de la abogacía «constará de un ejercicio orientado a que el candidato acredite, de forma objetiva, formación práctica suficiente para el ejercicio de la profesión de abogado, así como [el conocimiento de las] normas deontológicas y profesionales» (art. 5.1 PLA). Por su parte, la prueba de aptitud profesional para el ejercicio de la procura «constará de un ejercicio orientado a que el candidato acredite conocimientos prácticos en el ámbito procesal así como [de las] normas deontológicas y profesionales» (art. 5.2 PLA). Pese a la diferente redacción de ambos apartados, debe entenderse que la segunda prueba ha de permitir una acreditación igualmente «objetiva» de los conocimientos del interesado, y que éstos también deben ser «suficientes» para el ejercicio de la profesión de procurador de los Tribunales.

---

(7) Sobre las clases de títulos habilitantes, permítase la remisión a mi trabajo *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

Los arts. 6, 7 y 8 PLA regulan la composición de las Comisiones de Evaluación. La Comisión de evaluación para el acceso a la abogacía estará presidida por un abogado con más de diez años de ejercicio profesional, y compuesta además por otros cuatro vocales, todos ellos expertos juristas, entre los que habrá un Magistrado o Juez, un Catedrático o Profesor Titular de Derecho de la Universidad, un representante del Ministerio de Justicia y un abogado, que actuará como secretario (art. 6 PLA). Por su parte, la Comisión de evaluación para el acceso a la procura estará presidida por un procurador, que, al igual que en el caso anterior, habrá de tener más de diez años de experiencia, y estará formada también por otros cuatro vocales: un Secretario Judicial, un Catedrático o Profesor Titular de Derecho de la Universidad, un vocal representante del Ministerio de Justicia y un procurador, que actuará como secretario (art. 7 PLA). En ambos casos, los representantes de la profesión serán nombrados por el Ministerio de Justicia, a propuesta del correspondiente Consejo General, los Magistrados o Jueces a propuesta del Consejo General del Poder Judicial y los representantes de la Universidad por el Consejo de Coordinación Universitaria (art. 8.1 PLA). Según se ha señalado, el art. 8.2 PLA prevé la posibilidad de que el Ministerio acuerde la constitución de Comisiones de Evaluación delegadas en diferentes sedes territoriales, a propuesta del Consejo General, y oídos los Consejos Autonómicos de Colegios. Pues bien, el art. 8.3 PLA dispone que en tal caso la composición de las comisiones será igual a la descrita, con la peculiaridad de que también formará parte de las mismas un vocal designado por aquellas Comunidades Autónomas en cuyo ámbito se celebre la prueba. Nada más dice el art. 8 PLA acerca del procedimiento de nombramiento y de las características que deban concurrir en este «vocal autonómico».

El art. 9 PLA regula el desarrollo del proceso, disponiendo al efecto que la organización, coordinación y supervisión de la prueba corresponderá al Ministerio de Justicia, sin perjuicio de que su ejecución material lo haga al Consejo General, que estará asistido por los Consejos Autonómicos y por los Colegios Territoriales en cuya sede tengan lugar las pruebas. Resulta significativo que el art. 11 ALA sólo reservara al Ministerio de Justicia las funciones de supervisión, mientras que las competencias de coordinación y organización eran entregadas a los respectivos Consejos Generales. El alcance de esta previsión se acentúa si se tiene en cuenta que el art. 3.2 ALA preveía asimismo, de modo expreso, la posibilidad de que el ministerio delegara la expedición de la acreditación en los Consejos Generales de la Abogacía y de Procuradores.

Las Disposiciones Adicionales se refieren a dos supuestos con características peculiares y específicas, como son el consistente en el ejercicio per-

manente en España de la profesión de abogado con título profesional obtenido en otro Estado miembro de la Unión Europea, o en otros Estados parte del Acuerdo de 2 de mayo de 1992 sobre el Espacio Económico Europeo (Disp. Adic. 1.<sup>a</sup> PLA), y el relativo a la actuación del personal al servicio de las Administraciones Públicas o entidades públicas ante Juzgados y Tribunales en el desempeño de las funciones propias del cargo (Disp. Adic. 2.<sup>a</sup> PLA). En ambos casos la PLA se limita a remitirse a la aplicación de su regulación específica: el Real Decreto 936/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el ejercicio permanente en España de la profesión de abogado con título profesional obtenido en otro Estado miembro de la Unión Europea, en el primero, y la LOPJ, en el segundo.

Finalmente, la iniciativa excluye una serie de supuestos del ámbito de aplicación de la exigencia de la acreditación de aptitud profesional, y, con ella, de la necesidad de superar prueba o período de formación alguno, en los términos por ella previstos. En primer lugar, estarán exceptuados de obtener la acreditación de aptitud para el ejercicio de la profesión los funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas, en el ámbito civil y militar, que hayan superado los correspondientes concursos u oposiciones de ingreso para cuya concurrencia hayan acreditado la licenciatura en Derecho y hayan tomado posesión de su cargo (Disp. Adic. 2.<sup>a</sup> PLA). En segundo lugar, la incorporación a un Colegio de Abogados o de Procuradores como no ejerciente no requerirá estar en posesión de la acreditación de aptitud profesional (Disp. Adic. 3.<sup>a</sup> PLA). En tercer lugar, no será exigible a quienes ya estuvieren incorporados a un Colegio de Abogados o de Procuradores como ejerciente o no ejerciente a su entrada en vigor (Disp. Transit. 1.<sup>a</sup> PLA). Y, por último, tampoco será exigible la acreditación durante un plazo de cinco años desde la entrada en vigor de la Ley (Disp. Transit. 2.<sup>a</sup> PLA), debiendo, por tanto, los Colegios aceptar la solicitud de incorporación de quien cumpla el resto de requisitos previstos en el art. 3 PLA.

### 3. UNA APROXIMACIÓN A LAS TEORÍAS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

Hasta aquí la descripción de las recientes propuestas de regulación de las profesiones de abogado y procurador. Antes de comenzar a valorar su contenido, procede realizar, con carácter preliminar, alguna observación general acerca del sentido y la finalidad de la teoría de la regulación. Las iniciativas analizadas constituyen un ejemplo de intervención pública en el mercado de los servicios jurídicos, o, si se prefiere, de regulación económica sectorial, y permiten ilustrar un fenómeno más general que por suficientemente conoci-

do sólo procede enunciar aquí. Me refiero a que los sistemas económicos propios de las sociedades occidentales responden a un modelo que se caracteriza por la concurrencia del mercado y el Estado en la toma de decisiones acerca de qué, cómo y para quién debe producirse. Siendo ello así, resulta comprensible que entre las máximas preocupaciones de la ciencia económica se encuentren la de explicar en qué se concreta la señalada concurrencia y la de realizar propuestas acerca de cómo deberían desarrollarse las relaciones entre ambas instancias. Pues bien, es precisamente a este doble enfoque al que responde la distinción entre teorías positivas y normativas, que, precisamente por proyectarse sobre planos distintos (ser y deber ser), no sólo no resultan incompatibles, sino que se sirven mutuamente.

Por otro lado, conviene señalar que el término «regulación» puede ser utilizado para significar realidades muy diversas (8). Aquí se emplea, en un sentido muy amplio, para hacer referencia a cualquier tipo de actuación de los poderes públicos dirigida a ordenar el comportamiento de los individuos, con independencia de cuál sea el instrumento utilizado al efecto (normativo o no, e incluso no formalizado jurídicamente). De este modo, la «regulación económica» constituye un tipo específico de regulación que se individualiza por proyectarse sobre el tráfico económico. Es, por tanto, intercambiable con la expresión «intervención pública en la economía». En conclusión, puede afirmarse que la teoría de la regulación económica tiene por objeto la descripción (teorías positivas) y, sobre la base de ésta, la elaboración de prescripciones (teorías normativas) acerca de la intervención del Estado en la economía, y, en particular, de las razones que la explican.

Al concretarse las teorías normativas en la elaboración de prescripciones, o juicios de deber ser, parece claro que las conclusiones a las que lleguen sus cultivadores no tienen por qué ser siempre coincidentes, sino que en último término dependerán de las convicciones y de la subjetividad de su autor. Aunque probablemente en menor medida, algo parecido ocurre en relación con el desarrollo de las teorías positivas de la regulación, puesto que, a pesar de tener éstas un carácter descriptivo, la reflexión y el debate acerca de los hechos no están exentos de la incorporación de elementos subjetivos o valorativos (9). El primero y más evidente es el que se concreta en la elec-

---

(8) *Vid.*, por ejemplo, JOAQUÍN TORNOS, «La actividad de regulación», en VV.AA., *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 1329 y ss.; BARRY MITNICK, *La economía política de la regulación*, Fondo de Cultura Económica, Mexico D.F., 1989, págs. 21 y ss.

(9) *Vid.*, recientemente, MARINA GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2.ª edición de 2004, págs. 13 y ss.

ción de aquéllos que van a considerarse relevantes a la hora de intentar explicar cómo se desarrolla un concreto fenómeno. De este modo, es una diversa opción en cuanto a la selección de los hechos relevantes, conducente a descripciones de la realidad, si no alternativas, sí desde luego paralelas, la que permite explicar la existencia de dos formas de entender la regulación económica: las teorías del interés público, de una parte, y las del interés privado, de otra. Las primeras parten de la existencia de ciertos supuestos en los que la asignación de recursos por el mercado presenta algunas carencias. Así, ante estos fallos del mercado la regulación respondería a la exigencia de hacer frente a una serie de intereses públicos que no resultan satisfechos (o, al menos, no de manera óptima) por aquél (*infra*, 4.). Las segundas descansan en un cierto escepticismo respecto a la anterior afirmación: la intervención pública no perseguiría realmente la satisfacción de intereses generales, sino más bien la de intereses particulares presentes tanto en el seno del sujeto regulador (el gobierno) como en el escenario regulado (el mercado). Frente a la existencia de fallos del mercado, teorías como la de la captura del regulador, o como la teoría económica de la regulación denuncian la existencia de fallos del gobierno (*infra*, 5.). Pues bien, a la hora de analizar la regulación de los servicios profesionales, los economistas han explorado tanto una vía como la otra. Veámoslo con algo más de detenimiento.

#### 4. LAS TEORÍAS DEL INTERÉS PÚBLICO Y LOS FALLOS DEL MERCADO

Desde que existe tal y como hoy lo entendemos, el Estado no ha dejado de intervenir en la economía. Incluso en la obra de los más firmes defensores de la reducción del papel del Estado se señalan ciertas funciones de las que éste habría de hacerse cargo, debido a la incapacidad de la sociedad y del mercado para desarrollarlas (10). Desde un enfoque normativo, la ciencia económica ha justificado tradicionalmente la regulación a partir de la identificación de los supuestos en los que el orden espontáneo que resulta del libre funcionamiento del mercado genera ineficiencia, injusticia o inestabilidad. Tres resultados éstos, o fallos del mercado, cuya corrección se corresponde con otras tantas funciones asumidas por el Estado: la de asignación de recursos, la de distribución, y la de estabilización y crecimiento (11).

---

(10) Por ejemplo, desde WILHELM VON HUMBOLDT (cfr. *Los límites de la acción del Estado*, Madrid, Tecnos, 1988, *passim*) a FRIEDRICH A. HAYEK (cfr. *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1978, págs. 345 y ss.).

(11) Como es conocido, la distinción de estas tres funciones se debe a R. A. MUSGRAVE y P. B. MUSGRAVE, *Hacienda pública teoría y aplicada*, McGraw-Hill, 5.<sup>a</sup> edición española de

Esta línea argumental se ha utilizado también en el ámbito de los servicios profesionales, en general, y en el de las profesiones jurídicas, en particular. En efecto, suele afirmarse que los intereses públicos a los que responde la regulación de éstas últimas pueden reconducirse a dos: la garantía de la satisfacción de unos niveles mínimos de calidad y la extensión del acceso al servicio de acuerdo con el principio de universalidad (12). Pues bien, resulta que tras cada uno de esos intereses públicos se encuentran otros tantos tipos de fallos del mercado. Por un lado, la razón por la cual el Estado ha considerado tradicionalmente necesario garantizar unos niveles mínimos de calidad, en lugar de permitir que sea el mercado el que lo haga, reside en que, en el caso de los servicios jurídicos, su funcionamiento espontáneo conduce a una asignación ineficiente de los recursos debido a la presencia de información asimétrica y de externalidades. Por otro lado, la decisión de asegurar la accesibilidad financiera al servicio responde a la voluntad política de promover una distribución de los recursos más equitativa que la que pudiera resultar del orden espontáneo. Si traducimos todo ello al lenguaje del Derecho constitucional español, la intervención en el ámbito de las profesiones jurídicas respondería a la necesidad de promover la garantía del derecho a la defensa (art. 24.2 CE), tanto por lo que se refiere a su intensidad (la calidad del servicio) como a su extensión (el acceso al mismo) (13).

El análisis de los contenidos de las recientes propuestas de regulación del acceso a las profesiones de abogado y procurador pone claramente de manifiesto que no es esta segunda perspectiva, la de la accesibilidad al servicio por parte de los ciudadanos, la que explica dichas iniciativas; a ella responden, por el contrario, las medidas tendentes a asegurar un sistema de asistencia jurídica gratuita, o, allí donde estén o hayan estado vigentes, las consistentes en la fijación de honorarios máximos. Por el contrario, el interés público cuya tutela procuran las medidas analizadas remite a la corrección de

---

1995. La correspondencia, sin embargo, no es exacta. Valga como ejemplo el supuesto relativo a las necesidades e intereses de las generaciones futuras, en el que se pone de manifiesto que los resultados de la función de asignación pueden también medirse en términos que se alejan de la idea de eficiencia, y se aproximan a consideraciones de filosofía moral y política. *Vid.*, ampliamente, ANTHONY OGUS, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, OUP, Oxford, 1994, págs. 51 y ss.

(12) Recientemente, por ejemplo, MARC HAMELEERS *et al.*, *Towards a Smarter Protection of Public Interests in the Liberal Professions*, ponencia presentada en el *2004 EU Competition Law and policy Workshop*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, 2004, págs. 3 y s.

(13) Sobre estas dos dimensiones de los derechos puede verse GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 82.

un fallo del mercado que se concreta en una asignación no eficiente de los recursos. No se trata, por tanto, de que el mercado genere una situación injusta, sino de que conduce a resultados subóptimos. La finalidad de la acreditación de aptitud profesional incorporada a través de la PLA es garantizar un mínimo nivel de calidad de los servicios que prestan abogados y procuradores. Esa garantía se concreta, si no en la voluntad de aumentar el nivel de calidad media de los servicios que ofrecen los profesionales establecidos, sí al menos en la de impedir su progresiva disminución y asegurar un mínimo común mediante el establecimiento de un dispositivo que permita denegar la entrada al mercado a aquel que no lo acredite.

El fallo que concurre en los mercados correspondientes a los servicios que prestan abogados y procuradores, y que explicaría la medida en cuestión, es conocido con la denominación de «información asimétrica» y puede describirse del modo siguiente. La idea de que el mercado conduce a una asignación eficiente de los recursos presupone un dato que aquí no concurre, a saber: que los consumidores se encuentran en condiciones de adoptar decisiones racionales que maximicen su propia utilidad. Para ello habrían de valorar sus necesidades y preferencias, poniéndolas en relación con la calidad y con el precio del servicio ofertado por diversos operadores. Sin embargo, al igual que ocurre en otras profesiones liberales, el usuario de los servicios prestados por los profesionales del Derecho suele carecer de la información y de los conocimientos técnicos necesarios para valorar su calidad. El problema no sólo afecta al concreto usuario que valora incorrectamente sus necesidades o la calidad del servicio que contrata o recibe, sino que también condiciona la estructura del mercado. Y ello en un doble sentido. De un lado, en el ámbito de una relación agente-principal hay un riesgo cierto de que se oferte una cantidad de servicios profesionales superior a la socialmente óptima, al menos en el caso de consumidores ocasionales (14). De otro lado, el mercado tiende a reconfigurarse en los términos que ya describiera George A. Akerlof (15). Frente a los precios, que pueden conocerse con cierta facilidad y que se valoran y comparan a partir de criterios objetivos, la calidad de los servicios profesionales, al igual que la de algunos productos con una cierta complejidad tecnológica, es muy difícil de valorar por

---

(14) FRANK H. STEPHEN y JAMES H. LOVE, «Regulation of the Legal Profession», en BOUDEWIJN BOUCKAERT y GERRIT DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics. Volume III. The Regulation of Contracts*, Edward Elgar, Cheltenham, 2000, págs. 987 y ss.

(15) GEORGE A. AKERLOF, «The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism», en *Quarterly Journal of Economics*, núm. 84, 1970, págs. 488-500. G. AKERLOF, M. SPENCE y J. STIGLITZ recibieron conjuntamente en 2001 el premio Nobel de economía por sus contribuciones acerca de las implicaciones económicas de la información asimétrica.

sus consumidores. De esta manera, aunque en principio pudiera haber consumidores dispuestos a pagar algo más por un servicio de mayor calidad, al no poder valorar esta última de un modo preciso, el único criterio que manejan es el del precio, lo cual genera una tendencia hacia la reducción de los niveles de calidad. La asimetría en la información no sólo representa, por tanto, un problema individual en el marco de la relación entre el profesional y su cliente, sino que origina un efecto en espiral de reducción de la calidad media de los servicios ofertados en el mercado relevante (16).

Dejando a un lado las consideraciones relativas a la accesibilidad financiera de los servicios, éste es uno de los principales argumentos que apoyan la intervención pública en estos mercados, y, probablemente, el primeramente llamado a explicar la medida propuesta. Efectivamente, los sistemas de licencia, entendidos como controles *ex ante* de carácter preceptivo, han sido tradicionalmente utilizados para resolver este problema. Es cierto que, junto a los problemas de información asimétrica, en el ámbito de los servicios profesionales también suelen aparecer externalidades. Sin embargo, este fallo del mercado es más intenso en el caso de otras profesiones liberales (médicos, arquitectos, ingenieros, etc.), e incluso de otras profesiones jurídicas (notarios, registradores), que en el de las dos que aquí nos ocupan (17). Ahora bien, si la exigencia de una acreditación de aptitud profesional pretende ampararse en la necesidad de solventar un problema de información asimétrica, forzado es siquiera reflexionar sobre la medida en la que llega a hacerlo. Acerca de esta cuestión se volverá *infra*, 6, después de comprobar que, con independencia de sus efectos benéficos, la introducción de un sistema de acceso como el descrito puede también generar costes, y de no poca entidad.

## 5. LAS TEORÍAS DEL INTERÉS PRIVADO Y LOS FALLOS DE LA REGULACIÓN

Hasta aquí la explicación que se deriva de la doctrina de los fallos del mercado. Sin embargo, tal y como señala Anthony Ogus (18), desde el temprano trabajo de Friedman y Kuznets sobre las profesiones (19), se han ex-

---

(16) Puede verse un repaso a la literatura acerca de las consecuencias de la información asimétrica sobre los mercados de servicios que prestan los profesionales del Derecho en FRANK H. STEPHEN y JAMES H. LOVE, *Regulation of the Legal Profession*, *op. cit.*, págs. 989 y s.

(17) *Vid.* BENITO ARRUÑADA, *La regulación de los servicios profesionales: una guía para las decisiones públicas en tiempos de cambio*, IUDEM, Documento de Trabajo 2000-6.

(18) *Cfr.* *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, *op. cit.*, págs. 219 y ss.

(19) MILTON FRIEDMAN y SIMON KUZNETS, *Income from Independent Professional Practice*, National Bureau of Economic Research, New York, 1945.

tendido considerablemente los intentos de explicar los sistemas de licencia de actividades profesionales recurriendo a la doctrina del interés privado. Y la verdad es que el recurso no parece forzado, toda vez que, tal y como señala el autor primeramente citado, están bien documentados los esfuerzos realizados por numerosos grupos profesionales por obtener para su actividad el establecimiento de un dispositivo de control preventivo (20), y, especialmente, de uno gestionado por los propios miembros del grupo a través de un sistema de autorregulación institucionalizada. No es difícil comprender su entusiasmo por este tipo de medidas. Las condiciones que los solicitantes del título habilitante deben satisfacer para obtenerlo (básicamente acreditar una determinada capacitación profesional, mediante un mecanismo de control *ex ante*) incrementan los costes de entrada, lo cual reduce la oferta y aumenta con ello los precios de los servicios profesionales. La medida en la que aumenten estos últimos y, con ellos, las rentas que obtienen los profesionales establecidos, se encuentra en función de la disponibilidad en el mercado de servicios sustitutivos. Cuanto más imperfectos sean éstos, mayor será el aumento del precio y de los beneficios obtenidos por los profesionales. Si se toma en consideración que la mayor parte de los servicios profesionales cuenta con un reducido grado de sustituibilidad, resulta que los miembros de profesiones sometidas a licencias se encuentran en condiciones de obtener rentas importantes con motivo de la nueva legislación. Y el problema, como puede fácilmente entenderse, no es que la regulación favorezca a un colectivo portador de intereses propios, sino que al incrementarse los costes de entrada se perjudica a otros intereses, como, señaladamente, los de clientes y potenciales entrantes.

Siguiendo de nuevo a Anthony Ogus, parece existir un obstáculo para poder afirmar que la introducción de licencias se explica por los beneficios privados que aporta a los propios agentes del sector. Es posible que los profesionales ya establecidos no dispongan de la cualificación que se pretende establecer como requisito de entrada y que prefieran no incurrir en los costes adicionales que para ellos se derivarían de obtener dicha cualificación. Sin embargo, en la práctica este obstáculo suele superarse mediante la incorporación a la norma de cláusulas de protección, en virtud de las cuales los profesionales ya establecidos son liberados de la exigencia de demostrar el cumplimiento de los nuevos requisitos. A ello hay que añadir que, allí donde

---

(20) Puede verse un repaso a esa literatura en SHIRLEY SVORNY, «Licensing, Market Entry Regulation», en BOUDEWIJN BOUCKAERT y GERRIT DE GEEST (eds.), *Enciclopedia of Law and Economics. Volume III. The Regulation of Contracts*, Edward Elgar, Cheltenham, 2000, págs. 296 y ss.

los profesionales gozan de un sistema de autorregulación corporativa, es frecuente que esos nuevos requisitos se encuentren vinculados a prácticas, conocimientos y pericias que sólo pueden obtenerse mediante el desarrollo de la actividad.

Tal y como he señalado, los economistas que han entrado a analizar desde una perspectiva teórica las razones que explican el establecimiento de sistemas de licencia en los mercados que nos ocupan han recurrido con frecuencia al planteamiento expuesto (21), lo cual no debe considerarse sorprendente por dos razones: primero, y según advierten Stephen y Love (22), porque los profesionales suelen beneficiarse de un sistema de autorregulación institucionalizada, que ha sido descrito como el mayor grado de captura regulatoria (23); y, segundo, porque en estos servicios concurren diversos criterios que, a modo de indicios, suelen apuntar a la posibilidad de explicar la regulación a partir de la teoría del interés privado. En efecto, se ha señalado en este sentido que el poder de imposición de un interés privado en el proceso de toma de decisiones públicas se encuentra en función de dos variables: su homogeneidad y la dimensión de los costes de su organización (24). Dos variables cuya aplicación sobre el ámbito de los servicios que prestan abogados y procuradores apunta a que aquél será considerable en estos casos. No parece plantear duda ninguna que así es en el caso del segundo criterio señalado. En cuanto a la homogeneidad de los intereses propios de los profesionales, es cierto que en ocasiones (por ejemplo, a la hora de regular el régimen de publicidad) es preciso distinguir entre diversos grupos dentro del colectivo de profesionales (jóvenes profesionales, profesionales integrados en grandes firmas, ejercientes ocasionales, etc.). Sin embargo, también parece claro que ésta, la del establecimiento de un sistema de licencia, no es una de ellas: es difícil imaginar una cuestión que aúne un mayor concierto de voluntades en el seno de la profesión que la de la regulación del acceso.

---

(21) Cfr. ya T. MOORE, «The Purpose of Licensing», en *Journal of Law and Economics*, núm. 4, 1961, págs. 93 y ss.

(22) FRANK H. STEPHEN y JAMES H. LOVE, *Regulation of the Legal Profession*, *op. cit.*, pág. 988.

(23) A este respecto pueden verse la referencias contenidas en ANTHONY OGUS, «Rethinking Self-Regulation», en *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 15, 1995, págs. 97 y ss.

(24) *Vid.* MANCUR OLSON, *La lógica de la acción colectiva*, Limusa, México, 1992; GEORGE STIGLER, «The Theory of Economic Regulation», en *Bell Journal of Economics*, núm. 2, 1971, págs. 3 y ss.; hay versión en español: «La teoría de la regulación económica», en GERMÁN BEL I QUERALT, *Privatización, desregulación y ¿competencia?*, Civitas, Madrid, 1996; R. A. POSNER, «The “Economic Theory” of Regulation», en *Bell Journal of Economics*, núm. 5, 1974, págs. 335 y ss.

Debe señalarse que esta afirmación ni se refiere ni prejuzga (al menos aquí no lo hace) la cuestión de cuál sea la finalidad u objetivos de los impulsores de la medida en cuestión, o de las instituciones que la adoptan; la doctrina comentada se limita a tratar de describir los efectos previsibles de esta técnica de regulación mediante la aplicación de la ley de la oferta. Sin embargo, no es menos cierto que este análisis teórico debería ir acompañado de un análisis empírico de los costes de la introducción de sistemas de licencia en los mercados correspondientes a los servicios jurídicos (25). Hasta la fecha, éstos se han limitado a analizar diversas medidas regulatorias en los Estados Unidos (26), y la verdad es que los resultados no parecen concluyentes (27). Por su parte, sólo recientemente se ha realizado un estudio comparativo los regímenes de acceso a los mercados profesionales de los Estados miembros de la Unión Europea, que pone de manifiesto la necesidad de huir de generalizaciones y la conveniencia de valorar el impacto de una medida en función del contexto en el que se adopta (28). Dado que en España el debate se centra en la incorporación de un sistema como el descrito, se comprende que sus efectos sobre los mercados correspondientes a los servicios que prestan abogados y procuradores no hayan podido ser objeto de un análisis empírico.

#### 6. EL ANÁLISIS COSTES-BENEFICIOS, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA PRUDENCIA COMO CRITERIO POLÍTICO

De lo expuesto *supra*, 4, se deriva que la existencia de fallos del mercado opera como condición de la intervención pública económica. La identificación previa del fallo del mercado a corregir, y, en particular, de su naturaleza y características en cada caso concreto, es un presupuesto de corrección de

(25) BENITO ARRUÑADA, «Colegios profesionales y diseño institucional», en J. VELARDE *et al.*, *Regulación y competencia en la economía española*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 65 y ss.

(26) Puede verse un repaso a la literatura en FRANK H. STEPHEN y JAMES H. LOVE, *Regulation of the Legal Profession*, *op. cit.*, págs. 993 y ss.

(27) Los aportados por DEAN LUECK, REED OLSON y MICHAEL RANSOM, en «Market and Regulatory Forces in the Pricing of Legal Services», *Journal of Regulatory Economics*, núm. 7-1, págs. 63 y ss., parecen desmentir las hipótesis formuladas por las teorías del interés privado, mientras que en ANTHONY OGUS, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, *op. cit.*, págs. 219 y ss., pueden encontrarse referencias que apuntan en sentido opuesto.

(28) Se trata del informe, ya citado, de IAIN PATERSON, MARCEL FINK, ANTHONY OGUS *et al.*, *Economic impact of regulation in the field of liberal professions in different Member States. Regulation of Professional Services*.

la medida regulatoria. Sin embargo, la puesta de manifiesto de la existencia de fallos del gobierno también aporta algunos elementos útiles, especialmente desde un enfoque positivo. Y es que, más allá de la cuestión de si los fracasos de la regulación permiten o no establecer una cualificación estructural del Estado (29), en ocasiones la intervención pública resulta ineficiente y genera costes que no pueden dejar de valorarse. La principal enseñanza que debe extraerse de los planteamientos vinculados a la teoría del interés privado, sumariamente descritos *supra*, 5, es que la existencia de un fallo del mercado no aporta sin más una justificación definitiva, sino sólo *prima facie*, de la intervención pública. En efecto, no constituye una condición suficiente puesto que la intervención pública puede tener u ocasionar distorsiones que no sólo no mejoren, sino que agraven las situaciones de ineficiencia, inestabilidad o falta de equidad derivadas del orden espontáneo que resulta del funcionamiento libre del mercado.

Como respuesta a este fenómeno, la práctica de análisis costes-beneficios de las iniciativas o el estudio de alternativas en la fase de elaboración de las medidas regulatorias, no sólo ha sido recomendada por economistas y otros científicos sociales, sino que incluso se ha incorporado a diversos ordenamientos jurídicos con carácter preceptivo, como ocurre, por ejemplo, en los Estados Unidos, el Reino Unido o Alemania (30). Sin embargo, la operatividad de los mismos es tan sólo relativa, ya que implican medir variables de difícil cuantificación, tanto en relación con los costes como con los beneficios de la medida. Éste es el caso de elementos que sólo con dificultad son evaluables económicamente (así, por ejemplo, la calidad de vida de las generaciones futuras), o que se vinculan a consideraciones de justicia redistributiva (31). El concreto diseño procedimental e institucional del modelo de racionalización del ejercicio de la potestad normativa puede también relativizar la eficacia del sistema. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de que la

---

(29) Sobre el tema, *vid.* M. BELTRÁN VILLALVA, *La acción pública en el régimen democrático*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

(30) Recientemente puede verse P. SALVADOR CODERCH, «Técnica legislativa y teorías de la regulación», en *InDret*, 2, 2004 (<http://www.indret.com/>); JÖRG ENNUSCHAT, «Wege zu besserer Gesetzgebung - sachverständige Beratung, Begründung, Folgenabschätzung und Wirkungskontrolle», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2004, págs. 986 y ss.; J. PONCE SOLÉ, «La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones», en *Revista de Administración Pública*, núm. 162, 2003, págs. 89 y ss.; MARÍA JESÚS MONTORO CHINER, *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Atelier, Barcelona, 2001.

(31) *Vid.*, ampliamente, ANTHONY OGUS, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, *op. cit.*, págs. 152 y ss.

propuesta de la iniciativa y la identificación de medidas alternativas competan a un mismo sujeto (32).

El análisis de los eventuales beneficios de la PLA pasa por plantearse los siguientes interrogantes. En primer lugar, es preciso comprobar si hay un interés público que demande la tutela del Estado, y, con ello, si realmente existe una razón *prima facie* para la regulación, en los términos que se derivan de la doctrina de los fallos del mercado. A la vista de lo expuesto *supra*, 4, acerca de las consecuencias de la asimetría informativa en los mercados correspondientes a los servicios que prestan abogados y procuradores, creo que puede convenirse sin dificultad en que la respuesta debe ser afirmativa. En segundo lugar, procede comprobar si la medida que se baraja es objetivamente adecuada para satisfacer el interés público afectado. La propiedad de la medida opera aquí en términos absolutos, y no cuantitativos: el diseño de la acreditación de aptitud profesional es coherente y objetivamente idóneo para garantizar un nivel mínimo de calidad en los servicios jurídicos, más allá de la cuestión de cuál sea éste. Porque, efectivamente, el tercero de los asuntos sobre los que se debe reflexionar es el de la medida en que la iniciativa analizada contribuye a satisfacer su objetivo de tutela o protección del interés público. En cuanto al grado de eficacia de la PLA respecto del cumplimiento de su objetivo, es poco lo que puede afirmarse en abstracto. Y ello aunque sólo sea debido a que éste depende de cómo se configuren en concreto las dos vías contempladas en la PLA para obtener la acreditación: la prueba de aptitud profesional y la que he denominado vía formativa. Esta tercera cuestión, en efecto, sólo puede ser correctamente analizada mediante un juicio comparativo *ex ante* entre diversas medidas alternativas. Pues bien, baste señalar a este respecto que el establecimiento de un sistema de licencia (control preventivo obligatorio) para los nuevos entrantes no tiene por qué resultar menos eficaz, desde el punto de vista de la garantía de unos niveles de calidad mínima, que otras medidas regulatorias que se proyectan también sobre el acceso al mercado, como es el caso de los sistemas de certificación (control preventivo voluntario). Más aún si se tiene en cuenta que la certificación podría configurarse como un procedimiento abierto a los operadores establecidos (enviando al mercado información también acerca de estos últimos y no sólo de los nuevos oferentes), e incluso verse acompañada de algunas medidas de naturaleza represiva tendentes a reforzar la eficacia del control realizado por las correspondientes corporaciones profesionales.

Por lo que hace al análisis de los costes de una medida como la controvertida, creo asimismo que puede convenirse sin dificultad en que hay un

---

(32) Cfr. P. SALVADOR CODERCH, *Técnica legislativa y teorías de la regulación*, op. cit., pág. 12.

riesgo cierto de que mediante el establecimiento de un sistema de licencia como el descrito se genere un beneficio en forma de rentas para los profesionales establecidos, así como un perjuicio claro, tanto para los potenciales entrantes, que habrán de incurrir en costes adicionales para acceder al mercado, como para los eventuales usuarios, que se verán afectados negativamente por las restricciones competitivas. Más allá de la constatación de la existencia de ese riesgo potencial, sin embargo, resulta difícil hacer una previsión acerca de si ese riesgo se materializaría, y en su caso, en qué medida, de adoptarse una iniciativa como la PLA. Podría pensarse que en mercados como los de los servicios que prestan abogados y procuradores en España, caracterizados por una considerable abundancia de profesionales, la restricción de la oferta que traería consigo la PLA no habría de ser lo suficientemente intensa como para provocar un aumento sustancial de las rentas obtenidas por los profesionales establecidos. Sin embargo, no sé si este argumento es lo suficientemente sólido. En la actualidad la abundancia de abogados y procuradores se explica, entre otras razones, por lo reducido de los costes de entrada a los mercados correspondientes, al menos si se ponen en comparación con los costes en los que se debe incurrir para acceder a otras profesiones jurídicas (piénsese, por ejemplo, en los notarios, o en los registradores). Por esta razón, me inclino a pensar más bien que el número de solicitudes de colegiación caería drásticamente de adoptarse un sistema de licencia. Aún así, resulta difícil realizar una valoración en abstracto de los costes de la medida controvertida. Al igual que en relación con sus hipotéticos efectos benéficos, parece más adecuado tratar de analizarlos mediante un juicio comparativo *ex ante* entre diversas medidas alternativas. De acuerdo con este planteamiento, tendríamos que interrogarnos acerca de dos cuestiones: primera, la de si existen posibles alternativas que, manteniendo una eficacia comparable respecto de la garantía de la calidad, generasen costes sensiblemente inferiores que los de un sistema de licencia; y, segunda, la de cuál sería el diseño óptimo de la acreditación de aptitud profesional.

En cuanto a las medidas alternativas, parece claro que es el caso de los sistemas de certificación, que proporcionan información al mercado acerca de qué profesionales satisfacen diversos niveles de calidad, sin generar restricciones competitivas comparables a las del sistema de licencia (33). Además, tratándose de un procedimiento voluntario, no habría razones para impedir el acceso al mismo a los profesionales establecidos que lo desearan. Podría alegarse que no es nada fácil encontrar criterios que permitan evaluar

---

(33) Cfr., por ejemplo, ANTHONY OGUS, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, *op. cit.*, págs. 216 y s.

la calidad de profesionales que llevan años ejerciendo. Sin embargo, las dificultades a la hora de definir el contenido y el alcance de los controles a los que someter a los profesionales que voluntariamente se adhieran al sistema de certificación serían exactamente las mismas que las que se plantean en el modelo de licencia incorporado por la PLA. Si es difícil evaluar la calidad de un abogado que lleva veinte años ejerciendo con éxito, más aún será hacerlo con el que pretende empezar a ejercer la profesión. Otra posible medida alternativa sería la consistente en reforzar y hacer más transparente el sistema de control *ex post*. Ambas cosas pasan por una reforma de la regulación y de la *praxis* colegial que destierre definitivamente la sospecha de que las corporaciones profesionales no se caracterizan por perseguir con firmeza las violaciones de las leyes de la profesión por parte de sus miembros. En tercer lugar, podría pensarse en una reconfiguración de los estudios de Derecho, ahora obligada con motivo de la implantación del espacio europeo de educación superior. La inmediata reforma de los planes de estudio de acuerdo con este nuevo modelo, que descansa en la distinción entre el grado y el postgrado, así como en la identificación, dentro de éste último, de un ciclo tendente a la especialización académica o, por lo que aquí interesa, profesional, podría hacer frente a la demanda a la que responde la PLA, tratando de no aumentar innecesariamente los costes de entrada. Por último, obvio es decir que cada una de estas vías o alternativas puede actualizarse en modos diversos, y que no deben excluirse combinaciones entre ellas. En mi opinión, cualquier defensa de la incorporación de un sistema de licencia, debe justificar por qué razones estas alternativas habrían de ser menos eficaces o generar mayores costes que las iniciativas planteadas.

Por lo que hace a la segunda cuestión, el diseño de la acreditación, el reto que debe afrontarse a la hora de configurar un sistema de licencia como el controvertido consiste en mantener su eficacia en tanto instrumento dirigido a asegurar niveles mínimos de calidad, reduciendo el riesgo de que su establecimiento conduzca a un incremento sensible de los costes de entrada y, con ello, de las rentas de los profesionales establecidos. Todo ello pasa, en mi opinión, por neutralizar la acreditación respecto de las Corporaciones profesionales correspondientes. El riesgo de que el sistema de licencia genere costes que afecten negativamente a los usuarios de los servicios jurídicos aumenta cuanto mayores sean las posibilidades con las que cuentan los profesionales establecidos para influir, directa o indirectamente, en la determinación de las condiciones de entrada (34). Esto no implica desconocer la ra-

---

(34) Cfr. A. OGUS y C. VELJANOVSKI (eds.), *Readings on Economics and Regulation*, Clarendon Press, Oxford, 1984, pág. 275.

zón última que justifica el mantenimiento de sistemas de autorregulación institucionalizada en el ámbito de las profesiones liberales, y que no es sino la acumulación de conocimientos, experiencia y pericia acerca del ejercicio profesional (35). Los profesionales establecidos deben tener, es cierto, una participación notable en la configuración del sistema, pero el reto enunciado pone de manifiesto la necesidad de no entregar el sistema a la profesión. Desde este punto de vista, la PLA es claramente superior al ALA, debido a dos razones: primero, porque abre la acreditación de aptitud profesional a una segunda vía, la que he denominado formativa, en la que los Consejos Generales correspondientes habrán de colaborar con otra institución, la Universidad («conjuntamente»), bajo la oportuna supervisión del Ministerio de Justicia; y, segundo, porque en el texto de la PLA queda subrayado el papel protagonista que corresponde a éste último respecto de la configuración y el desarrollo de la prueba de aptitud profesional, cerrando las puertas que el ALA dejaba abiertas al control de la Corporación profesional, cuyo papel queda ahora limitado al de simple ejecutor material de la prueba.

La idea que subyace a técnicas como el análisis costes-beneficios, o el estudio de alternativas, y que no es sino la de la conveniencia de sopesar las ventajas y los inconvenientes de una medida antes de adoptarla, se manifiesta también en la experiencia jurídica a través del principio de proporcionalidad. Comprobar si una medida como la PLA satisface o no las exigencias que se derivan del principio de proporcionalidad pasa por someterla al triple test de la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto (36). La cercanía aludida se pone de manifiesto en dos cuestiones. Por un lado, en ordenamientos como el español o el comunitario-europeo el principio de necesidad ha sido configurado tradicionalmente como un juicio de alternativas: no deben existir medidas alternativas que, satisfaciendo en la misma medida el fin perseguido, restrinjan menos intensamente al interés o principio afectado. Por otro lado, la vinculación entre ambos se pone de manifiesto con especial claridad en el Derecho público francés, donde el análisis costes-beneficios ha sido utilizado como técnica de control de la constitucionalidad de ciertas medidas.

No obstante, conviene matizar la vinculación entre el análisis (económico) de costes-beneficios y la aplicación del principio (jurídico) de proporcio-

---

(35) Cfr. LUIS CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Civitas, Madrid, págs. 625 y ss.

(36) Recientemente *vid.* CARLOS BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003, y DANIEL SARMIENTO, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

nalidad, puesto que lo que se sopesa en el caso del segundo no son, ni sólo ni principalmente, las ventajas e inconvenientes de la decisión evaluados en términos de eficiencia en la asignación de recursos (una cuestión que, aun teniendo relevancia constitucional en los términos del art. 31 CE, compete valorar fundamentalmente al legislador y al Gobierno), sino la intensidad o el grado de satisfacción y de restricción que una medida genera sobre diversos principios jurídicos en conflicto. Así, en el caso de las iniciativas comentadas, la proyección del tercer subprincipio, la proporcionalidad en sentido estricto, implicaría sopesar o ponderar (utilizando aquí esta expresión en un sentido lato o no técnico) los diversos efectos que el establecimiento de un sistema de licencia generaría sobre dos principios constitucionales que, por lo que hace a esta cuestión, se relacionan entre sí en términos dialécticos: el efecto positivo respecto del derecho constitucional a la defensa (art. 24.2 CE), que demanda la garantía estatal de unos niveles de calidad mínimos de los servicios que prestan abogados y procuradores, por una parte, y el efecto negativo sobre el derecho a la libre elección y ejercicio profesional (cualquiera que sea su base o fundamento constitucional: arts. 35, 36 y, en su caso, 38 CE), que goza de la estructura de los derechos de libertad, o autonomía, y cuyo ámbito protegido *prima facie* se vería restringido con motivo de la PLA. Pues bien, si la primera perspectiva está presente en el análisis costes-beneficios a través del estudio de la medida en que el sistema de licencias contribuye a resolver los problemas provocados por la información asimétrica, no ocurre lo mismo con la segunda. En el marco de un análisis costes-beneficios, de la libertad, entendida como autonomía, tan sólo interesan sus efectos objetivos sobre la estructura del mercado, y, en particular, la cuestión de si generará o no más ineficiencia.

Así planteados los términos del análisis, tanto del económico como del constitucional, parece claro que a la hora de defender una Ley de Acceso no es en absoluto suficiente realizar alusiones genéricas a la importancia social de la profesión, o a la necesidad de «hacer algo» para garantizar unos niveles mínimos de calidad. Es preciso valorar la eficacia relativa de otras medidas alternativas al establecimiento de un sistema de licencia, que parecen tener un menor impacto desde el punto de vista de los costes de la regulación, y entre las cuales se encuentran, al menos, todas o alguna de las que han sido aquí señaladas: la reestructuración de los estudios conducentes a la obtención del título de licenciado en Derecho, aprovechando el proceso de adaptación al espacio europeo de educación superior, la mejora del sistema de control represivo de las condiciones de calidad que ahora pretenden controlarse *ex ante*, y, en último término, el diseño de un procedimiento de certificación voluntaria, cuya menor eficacia para garantizar el derecho a una defensa de

calidad debería en todo caso justificarse cuidadosamente. Volviendo al ejemplo planteado en la introducción a estas líneas, quizás no quepa imputar a nuestro bibliotecario una maldad natural (bien mirado, nadie tendría que exigir de él que sea una persona virtuosa), pero desde luego sí cabe esperar del político que escucha sus demandas una cierta prudencia a la hora de regular el acceso a las profesiones jurídicas.