

EJERCICIO DE LA ABOGACÍA, PACTO DE *CUOTA LITIS*
Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA
(CONSIDERACIONES EN TORNO A LA RTDC
—PLENO— DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2002)

Orlando Medina Hernández
Universidad de La Laguna

RESUMEN

Comentario a la resolución del Pleno del TDC, de fecha 26 de septiembre de 2002, por la que se declara que la prohibición del pacto de *cuota litis* en sentido estricto contenida el artículo 16 del Código Deontológico constituye una decisión colectiva colusoria contraria al artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, encaminada a fijar honorarios mínimos a los abogados, e impide que los precios en este sector se pacten libremente entre abogado y cliente. Se concluye que esta práctica, justificada plenamente desde un punto de vista histórico y deontológico, y a la luz del peculiar estatuto al que están sometidos los abogados, carece de la virtualidad restrictiva de la competencia que se le imputa, al tiempo que representa un instrumento útil para reprimir determinadas conductas concurrenciales desleales y contrarias a la libre competencia en el sector.

PALABRAS CLAVE: servicios profesionales, competencia, abogados, honorarios mínimos, *cuota litis*.

ABSTRACT

Commentary to resolution of the Plenary session of the Court of Defense of the Competition, date 26 of September of 2002 (expte.528/01) by that declares that prohibition of the pact of *quota litis* in strict sense contained article 16 of the Code of Conduct decision constitutes one collective *colusoria* opposite to article 1 of Law 16/1989, of 17 of July, Defense of the Competition, directed to fix minimum honoraria to the lawyers, and prevents that the prices in this sector freely agree to between lawyer and client. It concludes that this practice, justified totally from a historical and deontology point of view, and light of the statute and the peculiarities of profession of lawyer, lacks the restrictive potentiality of the competition that is imputed to him, to the time that represents an useful instrument to repress certain disloyal and opposite concurrenciales conducts to the free competition in the sector.

KEY WORDS: professional services, competition, lawyers, minimum honoraria, *quota litis*.

I. EL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES LIBERALES COLEGIADAS ANTE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La Resolución objeto del presente comentario representa, no obstante el novedoso tratamiento que dispensa al pacto de *cuota litis* como modalidad retributiva de los servicios profesionales prestados por los abogados, un importante hito en el camino emprendido desde hace ya algún tiempo por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) hacia la definitiva consolidación del sometimiento de las *profesiones liberales* o *profesiones tituladas* a los esquemas, de inequívoca raíz iusmercantilista, del Derecho de la Competencia¹. Por lo que atañe al ejercicio de la Abogacía, este camino se ha desarrollado en varias direcciones, entre las que fundamentalmente cabe destacar dos: (a) una, representada por la publicidad como instrumento al servicio de la difusión pública de la oferta de servicios de los abogados, y su reglamentación por parte de los Colegios Profesionales y, a su más alto nivel, por el Consejo General de la Abogacía Española², y (b) otra, relativa a ciertas peculiaridades que tradicionalmente han caracterizado el sistema retributivo de los abogados, y más en concreto la facultad reservada a la organización corporativa de aprobar normas orientadas a fijar unos honorarios mínimos o a establecer baremos orientativos en la determinación de esos honorarios, mediando así en el aspecto económico de la relación abogado-cliente. Ambas direcciones comienzan a explorarse tan pronto como se promulga la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, que al reformar sustancialmente la preconstitucional Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, supuso la irrupción formal del Derecho de la Competencia en el ámbito de las profesiones liberales colegiadas. Para comprenderlo en toda su dimensión y alcance, debe señalarse que su artículo 2.1, párrafo segundo, proclama abiertamente 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 [...]», declaración ésta a la que el artículo 2.4 añade que «[...] los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica observarán los límites del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia [...]».

De esta manera ha quedado zanjada entre nosotros la vieja polémica que enfrentó a partidarios y detractores de la aplicación de las reglas del Derecho de la

¹ El punto de partida de este camino quizás fue el *Informe sobre el Ejercicio de las Profesiones*, elaborado en junio de 1992 por el Tribunal de Defensa de la Competencia, y que, sin duda, constituyó el anuncio de las futuras reformas legislativas a la Ley 2/1974, de Colegios Profesionales.

² Esta regulación se ha materializado en una serie de disposiciones de carácter reglamentario corporativo. Así, el Reglamento de Publicidad, aprobado el 19 de diciembre de 1997 por la Asamblea del Consejo General de la Abogacía; o el Código Deontológico, aprobado por el mismo Consejo el 1º de octubre de 2000.

Competencia comunitario europeo a las *profesiones liberales* o *tituladas*, y que registró interesantes pronunciamientos doctrinales a los que no puede hacerse referencia detallada en este momento³. Superada aquella primera fase de indecisiones y recelos, el sometimiento de los profesionales liberales y de los Colegios Profesionales al imperio de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) ha quedado pacíficamente planteado como una cuestión que entronca directamente con el concepto mismo de *empresa*, pues, dependiendo de la mayor o menor amplitud conceptual que se le dé a esta noción, se podrá colegir o no esa adscripción de los profesionales liberales colegiados a la disciplina del Derecho de Defensa de la Competencia. Así, los más cualificados especialistas en Derecho *antitrust* han propuesto un «concepto funcional» de empresa, entendiendo por tal «toda persona que de un modo independiente participa de la vida económica, esto es, realiza una actividad dirigida al tráfico de bienes y servicios»⁴, en cuyos amplios márgenes caben perfectamente los profesionales liberales. Se utiliza, así, un concepto de empresa en su acepción más amplia, como sinónimo de *operador económico*, terminología frecuentemente empleada por el TDC. No han faltado quienes han seguido mostrando reticencias a la inserción de los profesionales liberales en la disciplina específica del estatuto del empresario⁵. Sin embargo, estas reticencias iniciales han resultado finalmente vencidas ante la firme apuesta que los propios órganos de defensa de la competencia han hecho por la aplicabilidad de la Ley 16/1989 a profesionales liberales y Colegios Profesionales⁶.

³ Una visión suficientemente ilustrativa de esta polémica puede verse en VICENT CHULIÀ, F., «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*, núm. 558 (1991), pp. 1.539-1.541.

⁴ GALÁN CORONA, E. (1995): «La empresa como destinataria de normas de defensa de la competencia», en *Actas de Derecho Industrial*, p. 141. En el mismo sentido, FONT GALÁN, J.I. (1987): «El concepto de la empresa relevante en el derecho de la competencia en la Comunidad Europea. Exposición y crítica», *Noticias CEE*, núm. 29, p. 41, en el que glosa los elementos jurídicos del concepto de empresa: carácter subjetivo, capacidad para celebrar contratos y autonomía económica, e incorpora al mismo las actividades económicas consistentes en la prestación de bienes y servicios.

⁵ Entre estos autores, VICENT CHULIÀ, F. (1995): *Introducción al Derecho Mercantil*, pp. 30-31 y 379. Con su «teoría de los tres círculos concéntricos» hace un esfuerzo teorizador por extender el ámbito subjetivo de las normas jurídico-mercantiles a los *profesionales titulados en ejercicio libre*, a los que excluye del concepto estricto de empresario, «...porque falta la 'identidad de razón' que exige para ello el art. 4.1 Cco.». No obstante, este inconveniente no le impide abogar por el sometimiento de estos profesionales al Derecho de la Competencia.

⁶ Entre muchas, y en alusión al mismo problema de fondo que subyace en la resolución comentada —la fijación de honorarios mínimos— resoluciones del TDC de fechas 10 y 16 de octubre, y de 12 de noviembre de 1990, que versan, respectivamente, sobre la fijación de tarifas de honorarios por los Colegios Oficiales de Diplomados en Enfermería, de Médicos de Sevilla y de Médicos de Valencia.



II. LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (PLENO) DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2002: [A] EL PROBLEMA

El supuesto que analiza la resolución que nos ocupa nace de una denuncia formulada por un abogado contra el Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) por una conducta supuestamente prohibida por el artículo 1.1 a) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en haber aprobado, en sesión plenaria de fecha 30 de junio de 2000, el Código Deontológico de la profesión (CDA), y más en concreto, por la redacción que se le dio en dicho acuerdo al artículo 16⁷.

Después de ser admitido a trámite el expediente, y formuladas alegaciones iniciales por parte del CGA a la Providencia de incoación, el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) formuló el Pliego de Concreción de Hechos —oportunamente contestado por la organización colegial— calificando la conducta denunciada como una «decisión colectiva que limita la autonomía de los abogados para establecer sus honorarios, con el objeto y efecto de restringir la competencia entre los mismos. El SDC, en su informe-propuesta de 30 de octubre de 2001, imputa al artículo 16 del Código Deontológico de la Abogacía (CDA) dos desviaciones respecto de la Ley 16/1989 (LDC): (a) una, por considerar que la prohibición del pacto de *cuota litis* en sentido estricto, tal como se define en el citado precepto, constituye en realidad una decisión colectiva que impide la libre determinación de honorarios entre abogado y cliente, y (b) otra, por entender que esa misma prohibición implica una velada maniobra para fijar, por vía indirecta, honorarios mínimos, lo que entraría, en ambos casos, en abierta contradicción con el artículo 1.1 a) LDC.

Por su parte, el TDC hace suyo este planteamiento del SDC. Sin hacer grandes alardes argumentales, el Tribunal se limita a combatir, uno por uno, los motivos esgrimidos por el Consejo General de la Abogacía Española en defensa del carácter deontológico y no restrictivo de la competencia del artículo 16 del CDA. Algunos de esos razonamientos tienen un indudable carácter polémico, debiendo destacarse ahora, por su especial interés, los tres siguientes:

- a. el fundamento deontológico-profesional que presenta la prohibición del pacto de *cuota litis* en sentido estricto, a la que se atribuye el elevado objetivo de

⁷ Este precepto, en lo que atañe concretamente al objeto de este comentario, la *cuota litis* en sentido estricto, dice así: «1.- Se prohíbe, en todo caso, la cuota litis en sentido estricto, que no está comprendida en el concepto de honorarios profesionales. // 2.- Se entiende por cuota litis, en sentido estricto, aquel acuerdo entre el abogado y su cliente, formalizado con anterioridad a terminar el asunto, en virtud del cual el cliente se compromete a pagar al Abogado únicamente un porcentaje del resultado del asunto, independientemente de que consista en una suma de dinero o en cualquier otro beneficio, bien o valor que consiga el cliente por el asunto [...]».

- garantizar el respeto a la independencia del abogado en el ejercicio de su función, por su papel de colaborador de la Administración de Justicia y su alta misión de garante del derecho de defensa de los ciudadanos;
- b. la pretendida vocación de esta prohibición de evitar el ilícito concurrencial de la «venta a pérdida» (*ex* artículos 17 LCD y 7 LDC), en el que (hablando en sentido amplio, y no de «venta» estricta) incurrirían aquellos profesionales de la abogacía que asumieran íntegramente el coste del servicio que presten;
 - c. y el riesgo que implica la «asociación» abogado-cliente para la independencia del primero, al comprometer gravemente la *función social* de la abogacía.

III. [B] EL TRATAMIENTO DEL PROBLEMA

1. LA PROHIBICIÓN DEL PACTO DE CUOTA LITIS EN SENTIDO ESTRICTO: LIBERTAD DE PRECIOS EN EL MERCADO DE SERVICIOS VS. REGULACIÓN DEONTOLÓGICA DE LA PROFESIÓN

En el análisis del primero de los argumentos mencionados el TDC pasa realmente de puntillas sobre la cuestión. Por todo razonamiento se limita a calificar de «retórica» la afirmación del CGAE de que el artículo 16 CDA no contiene imposición de honorarios mínimos, toda vez que su artículo 15 proclama expresamente la libertad de pacto de honorarios entre abogado y cliente. Sin embargo, el planteamiento que subyace a las alegaciones del CGAE es verdaderamente complejo, pues enlaza directamente con una problemática ampliamente estudiada por la doctrina: el peculiar estatuto jurídico de los profesionales liberales colegiados y la conveniencia o no de calificar su actividad profesional como *empresa*⁸, pues de ello depende en buena medida que sus conductas económicas queden o no sujetas a los principios y reglas del Derecho de la Competencia. Esta peculiaridad nace del contenido mismo de sus obligaciones, muchas de las cuales trascienden su condición de *operador económico* en un mercado de prestadores de servicios, y, sobre todo, son producto del régimen en que estos profesionales prestan sus servicios y de la naturaleza misma de esos servicios, lo que determina que su actividad profesional continúe en buena medida siendo refractaria a la idea de tráfico mercantil, entendido como sucesión de actos de comercio en masa, o que sus actos profesionales difícilmente tengan encaje en el concepto jurídico ordinario y técnico de acto de comercio.

El abogado, al igual que otros profesionales liberales, colegiados o no, presta a sus clientes un servicio intangible, ya sea en forma de asesoramiento legal, ya asumiendo la defensa de sus intereses en un proceso. Ahora bien, siempre se trata de

⁸ El concepto de *empresa* ha sido ampliamente estudiado por la doctrina; hoy superadas las clásicas concepciones economicistas, se la identifica fundamentalmente por sus notas de unidad de explotación, organización y profesionalidad. Por todos, URÍA, R. (2000): *Derecho Mercantil*, Madrid/Barcelona, pp. 32-33, que la define como «ejercicio profesional de una actividad económica clasificada, con la finalidad de intermediar en el mercado de bienes o servicios».

un servicio personalizado, irrepetible, adaptado y tan específico como las circunstancias del caso lo demanden; sus actos profesionales son, por tanto, extraños a la idea de actividad mercantil, entendida ésta como serie orgánica y objetivada de actos de comercio y, por la misma razón, se avienen mal al concepto jurídico mercantil de empresa. Lo mismo puede predicarse de la equiparación del concepto de profesional liberal abogado con el de empresario. El ejercicio de las profesiones liberales —y la abogacía no es una excepción— ha sido tradicionalmente extraño, por las mismas razones apuntadas, al concepto de empresario. Estos profesionales siguen sin poder ser equiparados a empresarios u operadores económicos —conceptos éstos más receptivos «a priori» a la aplicabilidad del Derecho de la Competencia— pues atesoran profundas especificidades, lo mismo que su actividad⁹. La actividad profesional del abogado es también una forma de actividad económica, pero fuertemente marcada por valores liberales —básicamente intelectual— en la que «[...] prevalece el dato intersubjetivo, la relación personal fundada en la confianza y confidencialidad (*intuitu personae*) entre profesional y cliente»¹⁰ y en la que priman valores no exclusivamente patrimoniales, como la fama, el prestigio, la experiencia y el «buen hacer» profesional. Estas especificidades se ven acentuadas por la trascendencia que tienen los valores que este tipo de actividad profesional pone en juego: la libertad, la integridad física y moral, la intimidad, la imagen, el

⁹ Esta imposible asimilación *profesional liberal-empresario* ha dado un importante juego doctrinal, hasta el punto en que ya se habla de un nuevo *Derecho del Mercado*, superando la vieja concepción subjetivista del Derecho Mercantil como un Derecho que se construye en torno a los conceptos de empresario y de empresa. Esta apuesta se justifica por una progresiva e imparable *mercantilización* de las actividades económicas y por un fenómeno de «*comercialización del Derecho Civib*» [SERRANO CAÑAS, J.M. (2001): «Los profesionales liberales ante el nuevo Derecho de la Competencia», *Derecho de los Negocios*, p. 26], fenómenos en cuya base hay que buscar el incontenible avance de los principios y reglas del Derecho de la Competencia sobre el ámbito —tradicionalmente separado e invulnerable— de las profesiones liberales. Para algunos, el reto está en la redefinición o sustitución del concepto de empresario, y proponen sustituir el concepto de empresario por uno más amplio, el de «ejerciente de una actividad económica», como referente necesario del Derecho de la Competencia; para otros, la solución pasa por la aplicación analógica de esta disciplina a las actividades profesionales liberales; tampoco faltan autores que defienden, sencillamente, el recurso a la *fictionis iuris* para propugnar una ampliación del marco jurídico competencial a estas últimas actividades económicas; y, por último, hay autores que van más lejos, y apuestan por la redefinición del objeto mismo del Derecho Mercantil, defendiendo que el Derecho Mercantil ha dejado de ser «un ordenamiento privado para la salvaguarda de los derechos subjetivos de los empresarios para pasar a primar la idea de la protección institucional, inspirada en los principios rectores de la política económica y social, o si se prefiere, de la necesidad de tutelar la institución misma del mercado y de la competencia, desde la perspectiva de su función social», o que la empresa no sirve ya como referente del Derecho Mercantil, puesto que en el ámbito de esta disciplina no sólo caben las empresas, los empresarios y su actividad propia, y los consumidores, sino también otros protagonistas, y, por tanto, proponen al mercado como el nuevo concepto delimitador de la materia mercantil. Para un examen pormenorizado, vid. SERRANO CAÑAS, J.M. (2001): «Los profesionales liberales ante...», *Derecho de los Negocios*, pp. 26-28, y las referencias bibliográficas que contiene.

¹⁰ SERRANO CAÑAS, J.M.: «Los profesionales liberales ante...», p. 18.

honor, el patrimonio, etc. Pero es que, además, no debe pasar por alto el hecho de que cada vez que un abogado asume la defensa jurídica de su cliente en juicio lo hace desde una doble posición: como defensor de los particulares intereses de ese cliente y, al tiempo, como colaborador de la Administración de Justicia. No es casualidad que el artículo 437 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), ubicado sistemáticamente en el Libro v («Del Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia y de los que la auxilian»), le reconozca expresamente ese papel, poniendo el énfasis en dos valores que deben orientar la actividad de este profesional en el desempeño de su cometido: la libertad y la independencia. Estos valores le proporcionan al abogado la perspectiva necesaria para poder cumplir fielmente el encargo recibido del cliente, ordenando su ciencia a la satisfacción de sus intereses particulares y, a la vez, conciliar ese interés con un ineludible *compromiso institucional* con la limpieza del proceso¹¹. Porque, ciertamente, el abogado no sólo está obligado a defender a toda costa los intereses de su cliente, sino que, además, como un *plus* de compromiso, está obligado a hacerlo de *buena fe* (artículo 437.1 LOPJ). Además, el profesional de la Abogacía está sujeto en el ejercicio de su oficio a una serie de obligaciones *accesorias* —y no por accesorias menos importantes— al consejo jurídico y a la defensa en los Tribunales, como son, por ejemplo, el secreto profesional, que le compele a no difundir ningún hecho del que haya podido tener noticia con ocasión de esa defensa o asesoramiento, confidencialidad que incluso goza del más alto reconocimiento y protección¹², la obligación de custodiar los documentos que el cliente le proporcione para construir y sustentar esa defensa, etc., obligaciones cuyo incumplimiento está sujeto a correcciones disciplinarias por parte del correspondiente Colegio Profesional. Los servicios profesionales de un abogado, por tanto, deben ser considerados como «bienes de confianza»¹³, y su prestación, en cierto modo presidida por un interés público, justifica que sean objeto de una regulación especial «[...] para evitar el fraude y el engaño». Todo ello, en suma, empuja hacia un decidido distanciamiento de las bases sobre las que se construye la relación abogado-cliente, respecto de las que sustentan las relaciones comerciales habituales. Tampoco puede ignorarse que una parte sustancial del trabajo que desarrollan cotidianamente los abogados —probablemente tan importante como difícil de cuantificar— tiene que ver más con el asesoramiento o el consejo jurídico que con la

¹¹ OSSORIO Y GALLARDO, A. (1975): «El alma de la toga», Buenos Aires; decía este ilustre abogado y procesalista, Decano del Colegio de Abogados de Madrid (1930-1933), que «el carácter institucional de la abogacía, es el propio de las profesiones liberales, porque se ejercen con la libertad y en la libertad tienen su más importante atributo».

¹² Vid. artículo 437, apartado 2, de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹³ MARCOS, F. (2002): «La lucha contra las restricciones a la libre competencia en el mercado de servicios profesionales», *Gaceta Jurídica*, núm. 219, p. 25. Como señala este autor, «el cliente ocasional no puede evaluar la calidad del proveedor del servicio, ni con carácter previo ni una vez se ha desarrollado la prestación por parte del profesional [...]»





intervención y defensa ante los Tribunales. En estos casos cobran una mayor significación, si cabe, las peculiaridades de su estatuto jurídico, y se hace menos tangible el objeto y el resultado de su prestación de servicios.

A la vista de las precedentes consideraciones, y retomando el primer argumento, la cuestión que se plantea es la de dilucidar si la prohibición del pacto de *cuota litis* en sentido estricto, en cuanto concebida como imposibilidad de condicionar la percepción de los honorarios al éxito del pleito como única forma de retribución de los servicios prestados por el abogado, constituye o no una auténtica limitación a la libertad de pacto abogado-cliente respecto del precio de esos servicios y, en definitiva, una limitación a la libertad de empresa¹⁴, o si, por el contrario, su espíritu se compadece mejor con la idea de proteger la deseada independencia y libertad que el abogado necesita para cumplir fielmente con su doble rol de *servidor del derecho*¹⁵ y de defensor de los particulares intereses de su cliente. En opinión del TDC, esta prohibición constituye un claro límite a la libertad de fijación de precios que debe regir la relación abogado-cliente. Ésta ha sido una constante en las resoluciones del TDC desde que en junio de 1992 elaborara su «Informe sobre el Ejercicio de las Profesiones», en el que se formulaba al gobierno una propuesta de reforma encaminada a adecuar la normativa sobre las profesiones colegiadas al régimen de la libre competencia¹⁶. En esta línea, el regulador se ha mostrado abiertamente partidario de la absoluta liberalización de precios, abogando por el «conocimiento a priori del coste del servicio»¹⁷ como forma idónea de garantizar el interés del consumidor, cuya tutela fundamenta y da sentido a la disciplina del Derecho de defensa de la competencia.

Sin embargo, el TDC evidencia un conocimiento poco profundo de la relación económica abogado-cliente. Dos son, a nuestro juicio, las razones que lo explican:

¹⁴ El artículo 38 de la Constitución Española de 1978 proclama la «[...] libertad de empresa en el marco de la economía de mercado [...]».

¹⁵ En el voto particular de la vocal Sra. Muriel Alonso a la resolución objeto de este comentario, se destaca (punto 7) esta doble función del abogado, en cuanto «[...] forma parte de la Administración de Justicia (arts. 264 y sigs. LOPJ) configurándose su función en un doble aspecto: como un servidor del derecho y como un defensor de las pretensiones de su cliente [...]»

¹⁶ En este informe, en su apartado III.3.1, relativo a las «Restricciones a la libre fijación de los precios de los servicios profesionales», el TDC ya definía su posicionamiento respecto de la cuestión: «[...] El precio libre es una institución básica de la economía de mercado. Deben ser las partes —cliente y oferente— las que decidan sobre el precio. Debe dejarse que la sociedad resuelva esto y el Estado, salvo razones muy fundadas, debe quedar al margen, sin forzar la voluntad de unos y otros».

¹⁷ En el apartado v.1.3 del mismo informe, «Sobre la liberalización de precios», el TDC manifiesta que «En el uso de los servicios profesionales la mejor defensa del consumidor es que los profesionales estén obligados a dar un presupuesto, juntamente con la libertad de publicidad. En lo que se refiere a precios, nada defiende mejor al consumidor 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 tarifas orientativas, porque, con el conocimiento de esos precios, el consumidor puede elegir a un profesional teniendo en cuenta la relación precio/reputación que más le convenga».



- a. No debe olvidarse que el abogado, en la mayoría de los encargos profesionales que recibe, no está en condiciones de poder «cerrar» un presupuesto al cliente, ni por tanto puede ofertar en firme un precio conocido «a priori» por sus servicios. Unas veces, el servicio que se presta no pasa del simple asesoramiento o consejo jurídico sobre determinados problemas que inquietan al cliente (en estos casos el abono del precio de los servicios suele ser simultáneo a la prestación de éstos); otras, la litis, por su propia naturaleza, constituye una senda por recorrer, intrincada, llena de interrogantes e imponderables, obstáculos que el profesional tiene que intentar salvar en interés de su cliente, y sólo al final del camino es posible determinar, con certeza, la retribución que ese profesional debe percibir por su esfuerzo; la liquidación de sus honorarios es el resultado de poner sobre la mesa todos y cada uno de los actos profesionales realizados, quizás los previstos o esperados, tal vez algunos más de los deseados¹⁸.
- b. Además, en su apuesta por las bondades del presupuesto previo como garantía del cliente, el TDC propone un binomio calidad/precio como referente idóneo que le permita elegir libre y adecuadamente la oferta que más le interese, valorando ambos factores, cuando lo cierto es que, no siempre precio y calidad van unidos, y menos en un campo de la actividad profesional tan peculiar como el jurídico. Es precisamente aquí donde la fijación de honorarios orientadores reduce las distancias entre «calidad» y «precio», igualando las ofertas y permitiendo que sea el servicio efectivamente prestado por el profesional el que, *a posteriori*, permita al cliente valorar objetivamente su calidad, no dejándose llevar tanto por la «reputación» (que, valga la expresión, operaría como un concepto jurídico indeterminado) como por el resultado obtenido, o, para ser más exactos, por la destreza o habilidad profesional demostradas y por el empeño puesto en la consecución de ese resultado. No en vano la relación negocial abogado-cliente ha sido tradicionalmente concebida doctrinal y jurisprudencialmente como un *arrendamiento de servicios*, en el que el profesional contrae frente a su cliente una obligación de *medios* y no propiamente una obligación de *resultado*¹⁹. La *cuota litis* en sentido estricto, según la concibe el apartado 2 del artículo 16 CDA, no representa para la relación económica entre abogado y cliente, como pretende el TDC, una «restricción a la libre fijación de honorarios», sino un justo y razonable reconocimiento al derecho —deber para el clien-

¹⁸ Ante la incertidumbre que acompaña a la prestación de servicios, la provisión de fondos que realiza el cliente, como adelanto proporcionado y proporcional al coste estimado de esos servicios —que no cierto o apriorístico— cobra toda su significación.

¹⁹ Por todas, baste citar las SSTs de 6 de octubre de 1989 (EDJ 1989/8798) y 23 de octubre de 1992 (EDJ 1992/10376). El régimen jurídico de este tipo negocial hay que buscarlo en el artículo 1.542 y ss. del Código Civil, y en el RD 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía.



te— a la remuneración por los servicios prestados²⁰. El TDC tiene suficientemente ilustrado en el informe ya mencionado sobre el libre ejercicio de las profesiones colegiadas cuál es su opinión sobre el efecto pernicioso que la fijación de tarifas u honorarios —obligatorias u orientativas—, como referente en las relaciones económicas profesional-cliente, tiene sobre el consumidor y sobre la economía. Aunque dicho informe no toca una problemática tan específica como la que nos ocupa —la *cuota-litis* como forma de retribución de los servicios jurídicos— sí que explicita —incluso recurriendo a ejemplos absolutamente gráficos²¹— las razones del efecto negativo de fijar los precios en este sector del mercado. Se advierte que la fijación de precios no es garantía de calidad en el servicio, calidad que siempre está en manos del profesional y que sólo puede tutelarse mediante una legislación específica y a través de la inspección de esos servicios.

Sin embargo, la obsesión por la liberalización absoluta de precios en este sector profesional puede acarrear serios perjuicios al consumidor, a los operadores, y al propio mercado. Piénsese, por ejemplo, qué ocurriría si un grupo de jóvenes profesionales abogados, en su afán por hacerse un lugar en el complejo —y ya de por sí competitivo— mercado de la prestación de servicios jurídicos de su provincia o localidad, optara, consciente de estas dificultades, por ofertar durante un cierto periodo de tiempo la gratuidad de sus servicios como instrumento para captar clientes, asumiendo íntegramente el coste de estos servicios, con la expectativa incierta de obtener en ese plazo la «reputación», «fama» o «crédito profesional» que les permita más tarde exigir, una vez demostrada su cualificación profesional, encarecer esos servicios. En este caso, cabría preguntarse si se estaría propiciando, al dejar a estos profesionales libertad absoluta para convenir con sus clientes un precio «cero» por sus servicios la mejora de la producción, la calidad de esos servicios, la liberalización del mercado y, por añadidura, el interés del consumidor. Aparte de la lógica satisfacción de los clientes que ven colmadas —o no— sus pretensiones sin contraprestación por su parte, este tipo de conductas ciertamente extremas y exageradas, aunque no descartables, terminarían dañando al mercado y a los restantes operadores, pues evidencian comportamientos desleales decididamente contrarios a la libre competencia. En circunstancias como la descrita, la libertad de precios propiciaría una concurrencia desleal entre competidores, deslealtad que está proscrita por nuestro Derecho de la Competencia con el mismo énfasis con el que se proscriben las prác-

²⁰ El voto particular de la Sra. Muriel Alonso está en sintonía con esta idea pues, en su opinión, este precepto «[...] lo que consagra es la obligación-derecho del abogado 'a cobrar', es decir, lo que está prohibiendo es la aplicación de la máxima 'si no gana, no cobra' [...]».

²¹ Como el del panadero desaprensivo que sustituye la harina por yeso para abaratar los costes de fabricación del pan, con evidente detrimento de la calidad y grave riesgo para la salud, ante cuya conducta no cabe pensar que «a nadie se le ocurriría fijar el precio del pan para garantizar la salud de los españoles [...]» (apartado v.1.3 del ya citado informe).

ticas restrictivas de la competencia en detrimento del consumidor, como corresponde a un *modelo social* de competencia en el que se tutela el interés de los consumidores y del orden público concurrencial rector del mercado, aparte del de los demás operadores económicos que compiten en ese mercado²².

Por lo demás, aun compartiendo con el TDC la aseveración de que la fijación de los precios, ya venga impuesta por la Administración, ya por un Colegio u organización profesional, no es el procedimiento idóneo para garantizar la calidad de los servicios que prestan los profesionales, tampoco puede ignorarse que el reconocimiento de una libérrima facultad al abogado y a su cliente para fijar el precio del servicio que el primero presta al segundo puede llevar, no sólo a una rebaja de los precios por la mayor competencia desatada en el sector —lo que no sería inconveniente, sino incluso deseable—, sino que, en el peor de los casos, provocaría una correlativa infravaloración de los servicios profesionales, e indirectamente, una progresiva pérdida de su calidad —no tanto por la disposición del profesional, como por los medios y recursos puestos al servicio de la actividad— y, finalmente, el deterioro de esos servicios acabaría perjudicando al «consumidor» y al propio sistema judicial. Tampoco debe olvidarse, a este respecto, que en el mercado de prestación de servicios en el que se mueve el profesional de la abogacía, tampoco el «consumidor» responde al patrón estándar de consumidor. Ni la «mercancía» con la que se trafica en este sector es fungible, ni se puede medir el nivel de eficacia y garantía de la prestación del servicio jurídico con arreglo a los estándares habituales de calidad, ni, finalmente, puede comprometerse o sacrificarse en mérito de una mal entendida libérrima facultad de pactar el precio de los servicios, el servicio público de la Justicia, del que los abogados son cooperadores y auxiliares insustituibles²³. En suma, se podría afirmar que los valores deontológicos que acompañan al ejercicio profesional de la abogacía proyectan una serie de pautas y estándares que regulan la conducta del abogado y «[...] enfatizan sus deberes respecto del cliente (información, confidencialidad, etcétera) tratando de preservar la delicada relación entre el cliente y el profesional»²⁴. Y las normas que contemplan este tipo de patrones de

²² Las tendencias positivas dominantes configuran la disciplina de la Competencia Desleal como una «exigencia general de la ordenación del mercado» [URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, pp.129-130) que tiene por objeto la tutela y protección de todos los intereses implicados en el mercado: el interés de los competidores, el de los consumidores y el interés del Estado, representado por el orden público concurrencial; se superan, así, viejas concepciones de nuestro sistema de competencia desleal centradas exclusivamente en la defensa de un *estándar profesional* de los empresarios.

²³ No se trata de recurrir a argumentos éticos o pseudo-deontológicos para justificar privilegios rancios, incompatibles con la economía de mercado que proclama el artículo 38 de la Constitución Española de 1978, sino de saber poner coto a la desenfrenada liberalización de los servicios, a fin de lograr un justo equilibrio entre una sana libertad de empresa en régimen de libre competencia, con la no menos necesaria preservación de las especificidades de determinadas profesiones liberales colegiadas como la abogacía.

²⁴ MARCOS, F.: «La lucha contra...», p. 25.



conducta, por tanto, «[...] también están orientadas a garantizar la calidad de los servicios ofrecidos [...]»²⁵.

2. LA PROHIBICIÓN DEL PACTO DE CUOTA LITIS EN SENTIDO ESTRICTO COMO RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA. LA VENTA A PÉRDIDA, EN PARTICULAR

En una primera aproximación al problema hemos podido concluir que la prohibición de la *cuota litis* en su sentido estricto acredita estar justificada, no sólo por razón del peculiar estatus profesional del abogado, sino también en mérito del acentuado carácter deontológico de su regulación. Pero, como analizaremos en los apartados subsiguientes, tampoco puede desatenderse la función tuitiva, protectora, que dicha prohibición tiene como mecanismo de represión de determinadas conductas potencialmente desleales que se suscitan en el mercado de la prestación de servicios jurídicos, conductas que, incluso, pueden llegar a tener efectos restrictivos de la propia competencia.

2.1. ¿Efectos negativos sobre la libre competencia y el nivel de precios en el mercado de servicios de la abogacía?

A) Planteamiento

En su defensa de la licitud concurrencial de la prohibición del pacto de *cuota litis* el CGA trata de justificarla por su virtualidad como mecanismo de represión de conductas desleales en el sector. Se dice, desde esta perspectiva, que la *cuota litis* evita comportamientos subsumibles en el artículo 17 LCD, esto es, calificables como actos de deslealtad frente a los competidores, pues al asumir íntegramente el profesional el coste de sus servicios cuando el resultado de la litis resulta adverso se estaría incurriendo en una *venta a pérdida*²⁶.

El TDC razona la inadmisibilidad de este planteamiento con un doble argumento: (a) por un lado, la falta de prueba de la concurrencia de alguno de los motivos de deslealtad previstos en el artículo 17.2 LCD —problema que excede de los estrechos márgenes de este comentario— y (b) por otro, el carácter incierto del resultado y de los costes del servicio al tiempo de concertarse la retribución del mismo. Ambos argumentos deben ahora valorarse por separado.

²⁵ MARCOS, F.: «La lucha contra...», pp. 25-26.

²⁶ Dice el artículo 17 LCD: «1. Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre. // 2. No obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos: a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento. // b) Cuando tengan por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos. // c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado».

- a. En primer lugar, el TDC sostiene que, no conociéndose de antemano el desenlace exitoso o desfavorable de la prestación de servicios, ignorándose, igualmente, sus costes, difícilmente existirá *venta a pérdida*. Sin embargo, no parece tan obvia la exclusión de este tipo de conducta desleal cuando se recurre a la *cuota litis* en sentido estricto. El propio TDC está admitiendo implícitamente la naturaleza peculiar y excepcional de este tipo de servicio profesional desde el momento en que se asume, por ejemplo, que no es posible determinar «a priori» los costes de la actividad; además, pese a que en opinión del TDC la propia redacción del artículo 16 CDA apunta la transformación de la relación jurídica abogado-cliente en un contrato de obra, lo cierto es que el TDC no discute, realmente, la naturaleza jurídica de esa relación, ni su calificación como *arrendamiento de servicio*, puesto que la obligación que asume el abogado con el encargo es siempre *de medios*, no de *resultado*.
- b. En segundo lugar, tampoco es absolutamente cierto que sean totalmente inestimables los costes del servicio de un abogado al tiempo de concertar su «venta». Ciertamente es que será infinitamente más factible calcular *a priori* los costes de fabricación de una mercancía —en el sentido propio y común del concepto— para poder determinar si su venta es o no *a pérdida*, pero ello no puede llevar a pensar que los costes del servicio profesional que presta un abogado no sean igualmente previsibles y predecibles. Así, desde que un abogado recibe su encargo asume multitud de gastos subsumibles en el concepto de «costes de la actividad» o «costes del servicio» (teléfono, alquileres, material de oficina, equipamiento, amortización de activos afectos a la actividad, etc.) sin cubrir los cuales no podría desarrollar esa actividad y prestar esos servicios. Y es en este punto donde la *cuota litis*, al recibir carta de naturaleza, podría llegar a propiciar que los servicios ofertados o en «venta» lo sean por debajo de su valor o precio de coste o, incluso, como ocurre con la *cuota litis* en sentido estricto, podría llegar a significar que esos servicios se oferten a «coste cero», es decir, asumiendo quien los presta la totalidad de ellos. Podría oponerse a este razonamiento que, difícilmente, la actividad global desarrollada por un abogado, esto es, el conjunto de sus actos profesionales se oferten o «vendan» *a pérdida* como consecuencia de estipularse como única forma de retribución de los servicios prestados la *cuota litis* estricta, puesto que los resultados de algunas operaciones compensarían la pérdida de las otras. Y, en efecto, es difícilmente concebible en el mercado de prestación de servicios jurídicos un abogado o un bufete de abogados que asuma el cien por cien de sus servicios en régimen de *cuota litis*. Sin embargo, en la medida en que la permisividad respecto de este tipo de pactos de precios se generalizara, la probabilidad de que se incrementara y potenciara la *venta a pérdida* de esos servicios profesionales aumentaría considerablemente. Llegaría el momento en que los pequeños despachos de abogados, que sobreviven en el mercado al lado de grandes bufetes y firmas de la profesión, y que no dispusieran de los medios y recursos económicos suficientes para estar en disposición de asumir el coste íntegro de sus servicios (*cuota litis estricta*: «si no se gana el pleito, no se cobra») estarían aboca-



dos a desaparecer, en detrimento de la competencia del sector. Una vez más, la libertad de precios en términos absolutos no es garantía de libre competencia, ni de un mercado libre y «sano».

En definitiva, retomando el problema suscitado por la resolución del TDC comentada, no es aventurado pensar que la prohibición de la *cuota litis* en sentido estricto constituye un freno a determinadas conductas desleales como la *venta a pérdida*, si bien es cierto, ésta se produciría sólo en circunstancias muy concretas.

B) Repercusiones sobre la libre competencia

Existe otro posible efecto pernicioso más, vinculado a la generalización del pacto de *cuota litis* en sentido estricto, como fórmula de retribución de los servicios profesionales del abogado. La permisividad respecto de este tipo de prácticas entre los profesionales de la abogacía podría incentivar comportamientos restrictivos de la competencia, tanto más indeseables y reprobables que una posible práctica *colusoria* por fijación de precios o tarifas de honorarios. Piénsese, por ejemplo, en un mercado de referencia identificado con una pequeña localidad, capital de provincia, o con un ámbito geográfico-territorial similar. Ahora, concíbese en ese contexto concurrencial un grupo reducido de profesionales abogados en régimen de explotación individual, o agrupados en pequeños despachos colectivos, y, en el otro extremo, concurriendo en ese mismo mercado, una *firma* o *bufete* de abogados de notables dimensiones. Si en ese mercado hipotético se liberalizaran los precios hasta el punto de legitimarse el uso de la *cuota litis* estricta, no es descabellado pensar que podrían generarse prácticas de *abuso de posición de dominio* por parte de la *firma* o *bufete*, pues prevaliéndose de una mayor capacidad económica, de unos ingentes medios y recursos afectos a la actividad, podría llegar a absorber sin dificultad la totalidad del coste de sus servicios, coste que, con toda probabilidad, sus modestos competidores no estarían en condiciones de asumir; esto provocaría una progresiva concentración de cuotas de mercado en manos de la *firma* o *bufete*, en detrimento del pequeño profesional, que colocaría a dicha *firma* en clara situación de ventaja, merced al uso indiscriminado de la *cuota litis* estricta como medio de captación de clientes. Luego, se podría llegar al absurdo de provocar una distorsión importante en el mercado, so pretexto de liberalizar los precios con el objetivo —paradójicamente— de introducir en ese mercado mayores niveles de competencia.

C) Repercusiones sobre el nivel de precios

Finalmente, la generalización en el uso de la *cuota litis* en sentido estricto podría acarrear otro trastorno a la competencia en supuestos concurrenciales como el antes descrito (por ejemplo, si esta práctica retributiva se convierte en mayoritaria, podría darse el caso de que, en lugar de la esperada bajada de precios, bondad principal que cabría esperar del proceso liberalizador de los precios —en cuyo pun-

to de mira está el levantamiento de la prohibición de la *cuota litis*— se terminara produciendo el efecto inverso, esto es, una subida de precios). La *cuota litis* en sentido estricto puede llegar a enviar al cliente un mensaje engañoso respecto del verdadero coste del servicio que le presta el profesional, pues lo característico de esta práctica forense es que el abogado, en justa compensación por la asunción plena del riesgo que conlleva la prestación de ese servicio, de desenlace incierto, percibirá una retribución —proporcional a la cuantía del pleito— normalmente muy superior a la que resultaría de la aplicación de cualquier baremo o tarifa de honorarios. Si esto es así, y parece que lo es, el cliente termina pagando un precio mayor por el mismo servicio, aun cuando éste sea satisfecho con cargo a su propio interés en el pleito. Por tanto, el cliente, beneficiado inicialmente en razón a que no tiene que asumir el coste del servicio, lo cual es especialmente atractivo cuando el resultado del litigio a promover es incierto, puede terminar satisfaciendo un precio más elevado por esos servicios, y lo que es peor, esos honorarios (la *cuota litis* en sentido propio) son detraídos del propio interés económico del cliente²⁷.

3. LA PROHIBICIÓN DEL PACTO DE CUOTA LITIS EN SENTIDO ESTRICTO COMO GARANTÍA DE LA INDEPENDENCIA Y LIBERTAD PROFESIONALES

No menor trascendencia dialéctica que los anteriores presenta el tercero de los argumentos barajados por el CGAE como fundamento para defender la prohibición de la *cuota litis* en sentido estricto. Se dice que esta prohibición impide que el abogado se «asocie» con su cliente, asumiendo los costes del servicio profesional que le presta al mismo, lo que redundaría en garantía de la independencia y libertad que deben amparar a todo abogado en el ejercicio de su función, tanto como servidor público del sistema de Justicia, como de defensor de los intereses de su patrocinado. El TDC contraargumenta que, primero, con la *cuota litis* no se pone en entredicho esa independencia y, segundo, que aún aceptando con fines dialécticos que esa independencia pudiera verse alterada, la propia redacción del artículo 16 CDA controvertido, concretamente, su apartado 2, pone de manifiesto que es el propio CGAE el que admite expresamente la cuota litis, aunque sólo para aquellos casos en que el cliente asuma parcialmente los costes del servicio. Además, sostiene el TDC que la admisión relativa de la *cuota litis* «[...] desnaturaliza el carácter de contrato de prestación de servicios que venía siendo propio de la relación entre abogado y cliente y lo aproxima al contrato de obra».

²⁷ Llegados a este punto se podría, incluso, plantear si, en determinados supuestos, como aquellos en los que el objeto de la reclamación judicial es una indemnización de daños y perjuicios derivada de un ilícito civil, mercantil o penal (por ejemplo: daños personales y materiales derivados de un accidente de tráfico, lesiones dolosas, incumplimientos contractuales, etc.) es lícito que la retribución del profesional consista, precisamente, en un porcentaje sobre la indemnización que el cliente debiera percibir.



No está privado de toda razón el CGAE cuando defiende la prohibición de la *cuota litis* absoluta o en sentido estricto como una forma de garantizar la independencia del abogado. Desde una perspectiva más amplia, la *cuota litis* no es, precisamente, una institución jurídica de reciente acuñamiento. Las primeras referencias que la historiografía jurídica conoce sobre esta institución se contienen en textos clásicos como el *Digesto*²⁸, e igualmente las hay en el *Código de las Siete Partidas* del rey Alfonso X El Sabio, texto éste en el que se contiene una verdadera lección en contra de esta práctica forense: «que ningún abogado non sea osado, de fazer postura con el dueño del pleyto, de recibir cierta parte de aquella cosa, sobre que es la contienda»²⁹.

Aunque más próximos en el tiempo, son muchos los alegatos en contra de la *cuota litis*, todos ellos incidiendo en que el fundamento de su prohibición hay que buscarlo en la necesidad de salvaguardar la independencia y libertad que demanda el ejercicio de la profesión de abogado³⁰.

Por otra parte, esta convicción no es patrimonio exclusivo de nuestro Derecho histórico, sino que es compartida por el Tribunal Supremo en algunas resoluciones en las que ha tocado de cerca el problema de la *cuota litis*. Así, por ejemplo, en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de noviembre de

²⁸ *Digesto*, 50, 13, 1, 2; el emperador Justiniano incluye en este texto histórico, plagado de aforismos, uno de los más contundentes argumentos en contra de la *cuota litis*: «*neminem enim iusta laboris sui mercede convenit defraudare*», «no es lícito defraudar a nadie la justa recompensa de su trabajo».

²⁹ En el Libro II del *Código de las Siete Partidas*, relativo a la Administración de Justicia, se explican las razones que su autor da para prohibir la práctica que hoy conocemos como *cuota litis*: «[...] porque touieron por bien los Sabios antiguos, que quando el Abogado sobre tal postura razonasse, que se trabajaria de fazer toda cosa, por que la pudiese ganar, quier a tuerto, quier a derecho. E aun lo defendieron por otra razon, porque quando tal pleyto les fuesse otorgado, que pudiesen fazer con la parte a quien ayudasen, non podrían los omes fallar Abogado, que en otra manera les quisiessen razonar, nin ayudar, si non con tal postura: lo que sería contra derecho, e cosa muy dañosa a la gente. Pero si algun Abogado fuesse tan atreuido, que fiziesse tal postura como esta, con la parte a quien ayudasse; mandamos, que después que le fuere prouado, non pueda razonar por otri en juicio, assi como persona enfamada; e ademas, que el pleyto que ouiere puesto con la parte, que non le avala». No sólo prohibida, por tanto, sino sancionada duramente, pues probada que fuera tal actuación por parte de un abogado, debía quedar definitivamente apartado de la práctica forense.

³⁰ Así, procesalistas como GUASP, que destacaría el carácter institucional de la abogacía, la profesionalidad y el sentido de la libertad como atributos de ella, o como OSSORIO Y GALLARDO, que da cuenta de las razones que hacen condenable esta práctica forense, pues decía que «[...] arranca al abogado de su independencia, haciéndole partícipe en el éxito y en la desventura [...]» e incluso, esboza un auténtico mandamiento sobre el particular, añadiendo que «[...] Procederemos con serenidad sabiendo que lo que se nos premia es nuestro trabajo, cualquiera que sea su resultado. Pero perderemos la ecuanimidad y se nos nubla el juicio, y no distinguimos lo lícito de lo ilícito, si incidimos en la alternativa de ver perdido nuestro esfuerzo o lograr una ganancia inmoderada. La retribución del trabajo es sedante. La codicia es hervor, inquietud, ceguera. El Abogado que a cada hora se diga 'si gano este pleito, de los cinco millones me llevaré dos', se adapta a la psicología de los jugadores» [en «El alma de la toga»...].

1988³¹ en la que, a colación de la impugnación de una sanción disciplinaria por aplicación de la *cuota litis*, se califica a esta práctica forense como «[...] una falta contra la debida ética profesional [...]» añadiendo que «[...] el Abogado no debe adquirir ningún interés económico en los asuntos que esté dirigiendo, ni participar en el pago de las tasas judiciales, ni condenar a priori lo adverso de la reclamación, ni, en general, llevar a cabo acto alguno que implique *cuota litis*»³².

Con tan sólidos argumentos, son evidentes las virtudes de la independencia y libertad del abogado en el curso del proceso, y por ende, el perjuicio que de cara a tales virtudes puede suponer la generalización de la práctica que estamos analizando. La *cuota litis*, al menos en su faceta más rigurosa («o se gana o no se cobra»), compromete seriamente, por tanto, la independencia del abogado, y lo hace especialmente en cuanto éste actúa como servidor público de la justicia, sujeto a mandatos éticos, deontológicos, de base histórica y jurisprudencial, que necesariamente debe conjugar con el interés particular de su patrocinado. El propio Estatuto General de la Abogacía (EGA), aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio —cuyo artículo 44.3, dicho sea de paso, contiene una regulación de la *cuota litis* en sentido estricto idéntica a la contemplada por el artículo 16.1 del CDA— califica en su artículo 1 a la abogacía como «una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público...».

4. LA PROHIBICIÓN DEL PACTO DE CUOTA LITIS EN SENTIDO ESTRICTO COMO POSIBLE PRÁCTICA COLUSORIA

4.1. Planteamiento

Hasta ahora nos hemos referido, por haber sido suscitada en el expediente objeto de la resolución comentada, al carácter desleal que puede llegar a tener la

³¹ RJ 1988/8915, de fecha 9 de noviembre; en esta resolución se discutía de fondo una sanción disciplinaria impuesta por el Colegio de Abogados de Barcelona, una vez agotada la vía administrativa por desestimación del recurso formulado por el colegiado ante el Consejo General de la Abogacía Española, en la que la infracción consistía precisamente en la aplicación de la *cuota litis*.

³² Esta misma sentencia apela a nuestro derecho histórico para sustentar su tesis contraria a la *cuota litis*. En su fundamento jurídico sexto se cita implícitamente a OSORIO Y GALLARDO diciendo, con este ilustre procesalista, «[...] que una disposición contraria al ejercicio provechoso del defensor lo constituye el interés inmediato en el litigio, ya que, por lo general, hace imposible o, por lo menos, difícil, la moderación en la conducta, lo que desaconseja que los propios litigantes actúen en el proceso, en evitación de que adquiera tonos de violencia o, por lo menos, de tirantez, contrario, más aún que el decoro del proceso, a su eficacia». Este mismo autor nos recuerda que la actividad del Abogado en el proceso «debe ser el fruto de una obligación, no de un interés». El fundamento jurídico séptimo de la sentencia añade: «Ante estos imperativos éticos, no vale apelar a la Constitución para derrumbarlos, ni menospreciar unos preceptos de una Organización Colegial vigentes en el momento de dictarse el acuerdo sancionatorio, con la suficiente cobertura legal [...], respondiendo a unas exigencias desde antiguo consagradas en nuestro derecho histórico: Partidas, Fuero Real, Novísima Recopilación [...]»



práctica de la *cuota litis* estricta, en cuanto supone, en determinadas circunstancias, una *venta a pérdida*. Incluso, hemos apuntado que esta práctica forense pueda llegar a desembocar en conductas restrictivas de la competencia, como el *abuso de posición de dominio*. Sin embargo, si admitiéramos a efectos meramente dialécticos que la prohibición de la *cuota litis* en sentido estricto constituye una práctica colusoria del artículo 1.1 a) LDC, todavía quedaría por determinar si la exclusión de esta práctica es capaz de afectar de manera significativa a la competencia en el mercado de referencia —el de los prestadores de servicios jurídicos— a los efectos previstos en el artículo 1.3 LDC o, incluso, si su prohibición pudiera llegar a estar amparada por una «ley» en el sentido del artículo 2.1 LDC.

4.2. La cuota litis en sentido estricto como práctica amparada en el artículo 2.1 LDC

Como ya se apunta en el voto particular a la resolución, el contenido de la disposición controvertida, el artículo 16.1 del CDA, no es más que la transposición del artículo 44.3 EGA. Ya en esta norma corporativa, de obligatoria aplicación al colectivo profesional de la Abogacía, se advierte que «[...] el abogado tiene derecho a una compensación económica adecuada por los servicios que presta, así como al reintegro de los gastos que se le hayan causado». Tiene especial importancia que la regulación de la *cuota litis* en sentido estricto, la aborde el EGA desde la perspectiva de que todo abogado tiene derecho a la justa, digna y equitativa retribución de sus servicios y, sobre todo, con un matiz no recogido en el CDA: que esa retribución debe comprender el «reintegro de los gastos que se le hayan causado». En estos términos, ya resulta difícil (cuando no imposible) el reproche absoluto a la prohibición de la *cuota litis* en sentido estricto, pues ésta representa la renuncia del abogado, en caso de que el pleito tenga un desenlace negativo, al recobro siquiera de sus gastos o costes. Pero, el reproche a esta práctica será tanto menor cuanto más evidente resulte que esa prohibición pueda tener amparo en una ley.

No es el caso —pues excede ampliamente del objeto más modesto de este comentario— de traer aquí los abundantes estudios doctrinales suscitados por esta excepción del artículo 1.2 LDC, y más en concreto, la polémica en torno a si el fundamento de la excepción debe venir de la mano de una ley en sentido estricto, o bien amparada en una ley en sentido lato, esto es, como sinónimo de norma jurídica³³. En este sentido, cabría interpretar que las normas contenidas en el CDA, elaboradas por el Consejo General de la Abogacía Española (CGAE), son de observan-

³³ SÁNCHEZ SOLE, S. (1994): «La violación de normas como acto de competencia desleal 'Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª) de 21 de marzo de 1994'», *RGD*, pp.801-803 y 806-807; este comentario, si bien contempla una hipótesis distinta a la que nos ocupa —refiere un supuesto del artículo 15 LCD—, tiene especial interés por el análisis que contiene en relación a la definición y alcance de los términos *ley* y *norma jurídica*, análisis que es perfectamente extrapolable a los fines de nuestro comentario.

cia obligatoria para todas aquellas personas que ejercen la profesión de abogado; se trata, por tanto, de «auténtico derecho positivo» ya que dichas normas constituyen una «legislación derivada y delegada del Estado que, con su reconocimiento, les confiere su correspondiente obligatoriedad y valor»³⁴. Sin embargo, mayores dudas suscita la opinión de que las normas de los Colegios de Abogados, las emanadas de los Consejos de Colegios de Abogados y, al más alto nivel, las dictadas por el CGAE, como es el caso del CDA, en cuanto contengan acuerdos relativos a honorarios mínimos o baremos orientativos —y por tanto, las que disciplina el artículo 16 controvertido— tienen la condición de «norma jurídica» o de «ley» a los efectos del artículo 2.1 de la LDC³⁵.

Sea como fuere, resulta claro que el artículo 16.1 del CDA es una réplica exacta, en lo que atañe a la regulación de la *cuota litis* en sentido estricto, del contenido del artículo 44.1 del EGA. Este último texto, por su parte, está aprobado por el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, lo que le confiere, en nuestra opinión, el rango de norma reglamentaria. Este carácter reglamentario lo tiene, a su vez, no sólo por haber sido sancionada por una disposición con dicho rango, emanada del Gobierno, sino por haber sido dictada en desarrollo de una disposición con rango de Ley, la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, en cuyo artículo 5.ñ) se autoriza a los Colegios Profesionales a establecer baremos de honorarios, aunque con carácter meramente orientativo³⁶.

4.3. *La cuota litis como práctica restrictiva de «escasa importancia» (ex artículo 1.3 LDC)*

Queda, por último, una posibilidad más que debe ahora explorarse siquiera sea sucintamente. Que, en efecto, la incidencia de esta práctica forense —partiendo con fines dialécticos de que restringe o limita la libre competencia en materia de precios— sea tan limitada, que no altere significativamente la competencia en el mercado de prestadores de servicios jurídicos, por tratarse de una conducta con escasas repercusiones en el mercado de referencia.

³⁴ SÁNCHEZ SOLE, S.: «La violación de normas...», pp. 803-804.

³⁵ En contra, sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 30 de junio de 1993 (RGD, núm. 598-599, 1994, pág. 8992), que considera que los acuerdos del Colegio de Médicos por los que se aprueban los honorarios mínimos que deben percibir sus asociados no tienen la calidad de norma jurídica, y entiende que, sin perjuicio de la potestad sancionadora del Colegio, sólo revisten eficacia orgánica, incapaz de vincular a los profesionales con fuerza legal.

³⁶ En definitiva, admitida dialécticamente la posibilidad de que la prohibición del pacto de *cuota litis* en sentido estricto pueda tener carácter colusorio y, por ende, restrictivo de la competencia en los términos proscritos por el artículo 1.1 a) de la LDC, cabría pensar que existen fundamentos para excluir esta prohibición por tener respaldo «legal» en los términos del artículo 2.1 de la LDC: «[...] las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley».





El mercado de prestadores de servicios jurídicos que abarca el CDA es tan amplio como el colectivo nacional de abogados, por lo que el mercado de referencia será el del territorio nacional en su conjunto. En este aspecto, el criterio del TDC es compartido. Ahora bien, como ya se apuntó al tratar el tema de la *venta a pérdida*, es difícilmente concebible en este mercado que un abogado o un bufete de abogados asuma el cien por cien de sus servicios en régimen de *cuota litis* en el sentido en que la venimos estudiando. De hecho, son puntuales las ocasiones en que los profesionales suelen acudir a esta práctica retributiva, no sólo porque no todos los pleitos se prestan a su utilización, que será tanto más intensa como factible el éxito y el cobro de los honorarios pactados (por ejemplo, en el caso de reclamación de indemnizaciones derivadas de accidentes de la circulación con resultado de atropello, con o sin resultado de muerte, etc.) sino, sobre todo, porque buena parte de la litigiosidad que colapsa los Tribunales, sencillamente no tiene contenido económico, es decir, que se ocupa de pretensiones de los justiciables que ventilan problemas no patrimoniales. Igualmente, al tratar las singularidades del estatuto jurídico específico al que están sujetos los profesionales de la abogacía, se dijo que una parte sustancial del trabajo que desarrollan cotidianamente los abogados —probablemente tan importante como difícil de cuantificar— tiene que ver más con el asesoramiento o el consejo jurídico que con la intervención y defensa ante los Tribunales.

Todos estos factores permiten sostener con cierto fundamento que, si bien el mercado de referencia implicado en el expediente objeto de análisis es amplio, la repercusión efectiva e hipotética que la prohibición de la *cuota litis* en sentido estricto podría tener sobre el mismo sería realmente insignificante, de *escasa importancia*, lo que habría permitido al TDC excluir al caso de la aplicación del artículo 1 LDC, acordando no iniciar, o simplemente, sobreseer el expediente.

IV. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, y tomando en consideración algunas de las opiniones esbozadas en los apartados anteriores, bien pueden formularse, a modo de conclusiones, las siguientes:

1. Parece ciertamente difícil defender el no sometimiento de las *profesiones liberales colegiadas* en general, y de la abogacía en particular, a la disciplina del Derecho de la Competencia, especialmente a raíz de la entrada en vigor de la Ley 7/1997, de 14 de abril, de modificación de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, habida cuenta de los claros términos en los que se pronuncia el artículo 2, apartados 2 y 4, en su nueva redacción.
2. El sometimiento de las denominadas *profesiones liberales colegiadas* a los esquemas del Derecho de la Competencia es el resultado de un fenómeno de creciente empuje, la *mercantilización* de la actividad económica, y de alguna manera es fruto del afán expansionista del moderno Derecho Mercantil, y producto, a la vez, de la generalización —e incluso superación— de los conceptos de empresa y empresario como referentes de esta disciplina.

3. En este contexto expansionista, el TDC viene jugando un papel decisivo como valedor de una política legislativa en materia de defensa de la competencia que persigue, a veces con exceso de celo, cualquier práctica en este sector de la prestación de servicios jurídicos que se pueda revelar como contraria a dos máximas: la absoluta libertad de precios y la libre oferta publicitaria de esos servicios.
4. En el campo concreto de la prestación de servicios jurídicos, el TDC es abiertamente contrario a cualquier decisión o intervención corporativa en la regulación de los aspectos económicos de la relación abogado-cliente, que no signifique dejar en manos del profesional y del cliente la libérrima facultad de fijar las condiciones económicas de la prestación de esos servicios.
5. Ya dentro del ámbito específico de la política de precios, la prohibición del pacto de *cuota litis*, en su acepción estricta, esto es, entendido como pacto retributivo abogado-cliente por el que el primero, recibido del segundo el encargo profesional de defender sus intereses en un litigio, asume el compromiso de soportar el coste íntegro de la prestación de servicios para el supuesto en que los resultados de esa prestación de servicios resulten finalmente adversos, constituye una práctica *colusoria* que lleva implícita una fijación de honorarios mínimos y, por tanto, la considera restrictiva de la competencia y encuadrable en el supuesto del artículo 1.1 a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.
6. En contra del criterio del TDC, la especificidades que acompañan a la profesión de abogado, su particular estatuto jurídico, su función público-privada y las dificultades teórico-prácticas que impiden una absoluta equiparación de este tipo de profesionales con otros *operadores económicos*, su actividad profesional con el concepto jurídico tradicional de *empresa*, y, sobre todo, la inviable asimilación del objeto de su prestación de servicios con el concepto de *mercadería* o con el característico *valor de cambio* propio de otras actividades económicas, son circunstancias que justifican y aconsejan una cierta moderación en la aplicación de los principios y reglas del Derecho de la Competencia, corrigiendo la tendencia a una aplicación maximalista de las normas de defensa de la competencia en este sector.
7. A mayor abundamiento, un excesivo celo y rigor en la aplicación de dichos esquemas puede acarrear trastornos del mercado, tanto o más perniciosos para la libre competencia que las prácticas colusorias por fijación de precios, tales como *ventas a pérdida* o *abusos de posición de dominio*, llegando a producir, en casos extremos, como los que pudieran traer causa de una absoluta liberalización de los precios, efectos perniciosos y contrarios a los buscados, como una escalada en el precio de los servicios jurídicos.
8. Aun cuando la prohibición del pacto de *cuota litis* sentido estricto pudiera merecer, en principio, el reproche que el TDC le hace desde el punto de vista competencial, la *escasa trascendencia* que dicha decisión colectiva tiene respecto del mercado de la prestación de servicios jurídicos que opera como mercado de referencia (artículo 1.3 LDC) o, incluso, el carácter reglamentario que cualifica la regulación normativa contenida en el artículo 16 del



CDA, en cuanto reproduce la previsión del artículo 44.3 del EGAE, disposición aprobada por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, y que desarrolla reglamentariamente el artículo 5 º) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (artículo 2.1 LDC) apuntan a una posible exclusión de la aplicabilidad de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia a esta decisión.

