

**Pacte de “quota litis”. Tribunal Supremo Sala 3ª Ple.
Sentència de 4/11/2008, núm. recurs núm. 5837/2005 (extracte)**

En la Villa de Madrid, a cuatro de noviembre de dos mil ocho.

Visto por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación número 5.837/2005, interpuesto por D. José Luis, representado por el Procurador Dª Mª del Ángel Sanz Amaro, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 27 de junio de 2005 en el recurso contencioso-administrativo número 749/2002, sobre expediente sancionador del Tribunal de Defensa de la Competencia. Es parte recurrida el Consejo General de la Abogacía, representado por el Procurador D. Fernando Bermúdez de Castro Rosillo.

ANTECEDENTES DE HECHO

(...)

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

CUARTO.- Sobre la fundamentación del recurso de casación.

Como se ha expresado más arriba, el recurso se funda en la supuesta infracción del artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 aplicable al caso por razones temporales y hoy derogada por la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de igual nombre, en el que se recogen las conductas prohibidas y de los artículos 2.4 y 5.ñ) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, reguladora de los Colegios Profesionales, según la redacción que les dio la Ley 7/1997, de 14 de abril, de Medidas Liberalizadoras en materia de Suelo y de Colegios Profesionales.

En síntesis, la argumentación del recurrente consiste en afirmar que el Consejo General de la Abogacía al aprobar el artículo 16 del Código Deontológico incurrió en una conducta prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, conculcando con ello el artículo 2.4 de la Ley de Colegios Profesionales, que somete los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica a los límites del referido artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, y el 5.ñ), que otorga al Consejo General la facultad de establecer baremos de honorarios con carácter meramente orientativo.

Los preceptos mencionados son del siguiente tenor:

- Artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio):

”Artículo 1. Conductas prohibidas.

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.”

- Ley de Colegios Profesionales (Ley 2/1974, de 13 de febrero):

”Artículo 2.

1. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, garantizan el ejercicio de las profesiones colegiadas de conformidad con lo dispuesto en las leyes.

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

2. Los Consejos Generales y, en su caso, los Colegios de ámbito nacional informarán preceptivamente los proyectos de ley o de disposiciones de cualquier rango que se refieran a las condiciones generales de las funciones profesionales, entre las que figurarán el ámbito, los títulos oficiales requeridos, el régimen de incompatibilidades con otras profesiones y el de honorarios cuando se rijan por tarifas o aranceles.

3. Los Colegios Profesionales se relacionarán con la Administración a través del Departamento ministerial competente.

4. 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, sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el artículo 3 de dicha Ley.

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

”Artículo 5 Corresponde a los Colegios Profesionales el ejercicio de las siguientes

funciones, en su ámbito territorial:

(...)

ñ) Establecer baremos de honorarios, que tendrán carácter meramente orientativo. (...)" (ambos preceptos de la Ley de Colegios Profesionales según redacción dada por la Ley 7/1997, de 14 de abril, de Medidas Liberalizadoras en materia de Suelo y de Colegios Profesionales)

La argumentación del recurrente y el tenor de la Sentencia recurrida nos llevan a examinar, en primer lugar, dos cuestiones: por un lado, si la actuación del Colegio al aprobar el artículo 16 del Código Deontológico está sometida o no a la normativa de defensa de la competencia y, consiguientemente, a la autoridad del Tribunal de Defensa de la Competencia; por otro, si efectivamente la aprobación del citado precepto del Código Deontológico de la Abogacía es una conducta incurso en las prohibiciones del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Luego y de llegar a una conclusión afirmativa en lo anterior, es necesario verificar si dicha conducta se encuentra amparada por la excepción contemplada en el artículo 2 de la propia Ley o, como argumenta la Sala de instancia, por el derecho comunitario.

QUINTO.- Sobre el sometimiento de la actuación de los Colegios Profesionales a la legislación de defensa de la competencia.

Antes de examinar si la concreta conducta por la que fue sancionado el Consejo General de la Abogacía está incurso o no en las prohibiciones del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia es conveniente determinar si, como dice la Sala de instancia, los Colegios Profesionales sólo están sometidos a la legislación de defensa de la competencia cuando actúan con sometimiento a derecho privado, y no en aquellos supuestos en que ejerzan competencias públicas, esto es, cuando actúen con carácter de Administración Pública en ejercicio de las funciones que les atribuya la Ley. Parte así la Sentencia de la tesis de que "la Administración Pública, actuando como tal, no se encuentra sometida al principio de libre competencia -y ello dada la habilitación legal de las potestades actuadas y la posición de Derecho Público que ocupa-"; entiende además la Sala de instancia que una actuación de carácter público por parte de un Colegio Profesional implica por sí la aplicabilidad del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia:"la afirmación de que el comportamiento de la recurrente lo fue en el ejercicio de funciones propias de su ámbito administrativo nos llevaría a la ineludible conclusión, dado el principio de habilitación legal, de que opera el artículo 2 de la Ley 16/1989, y por ello la conducta no podría ser sancionada ni prohibida por el Tribunal de Defensa de la Competencia".

Pues bien, es preciso dejar sentado que ambas tesis son erróneas. Ni el ejercicio de funciones públicas exime a un Colegio Profesional -ni a la Administración Pública en general- de su sometimiento a la legislación de defensa de la competencia, ni la habilitación legal con que necesariamente actúan las Administraciones Públicas o las entidades que ejerzan funciones públicas implica, por su sola existencia, la aplicación del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. En efecto, en cuanto a lo primero, esta Sala ha declarado ya en varias ocasiones que, en principio, la Administración pública está sometida a la Ley de Defensa de la Competencia y, en general, a la legislación que garantiza en los diversos ámbitos la libre competencia. Así lo hemos declarado, por ejemplo, en la Sentencia de 19 de junio de 2007 (RC 9.449/2004)

”Tercero.- Sobre la conducta que se combate como contraria al derecho de la competencia.

Antes de proceder al examen de los tres motivos en que se funda el recurso de casación resulta pertinente hacer algunas consideraciones previas relativas a la naturaleza de la actuación de la entidad mercantil “B., S.A.”, que motivó la denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia y de la que traen causa las presentes actuaciones.

Como se ha indicado ya, la denuncia se formula en relación con la inclusión de una determinada condición en el pliego de condiciones de un concurso público convocado en 1999 por la mencionada sociedad mercantil “B., S.A.”, de capital público y sin ánimo de lucro, integrada por Administraciones y sociedades públicas correspondientes a las Administraciones central y vasca al 50%. En virtud de estas características, a la citada sociedad anónima le es de aplicación lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que impone a las sociedades mercantiles con capital mayoritariamente perteneciente a las Administraciones públicas, organismos autónomos o entidades de derecho público, como es el caso, la obligación de ajustarse en su actividad contractual “a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”.

Conviene, en primer lugar, despejar las dudas que suscitan algunas consideraciones efectuadas tanto por las resoluciones administrativas impugnadas en el procedimiento a quo como por la Sentencia de instancia en relación con el sometimiento de la conducta denunciada al derecho de la competencia. Así, en cuanto al Tribunal de Defensa de la Competencia, si bien afirma en principio el sometimiento de los actos administrativos a las exigencias de la Ley de Defensa de la Competencia, deduce del artículo 10 de este cuerpo legal que sólo es posible sancionar a los agentes económicos y demás sujetos enumerados en el mismo “debiéndose excluir, por tanto, la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia a la Administración Pública cuando no actúa con tal carácter, en cuyo caso estará sujeta al Derecho Administrativo, pero no al principio de libre competencia”. Y si bien examina, pese a ello, si la conducta litigiosa está comprendida entre las prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, descarta directamente la supuesta infracción de los artículos 6 y 7 por no haber sido realizada dicha conducta como operador económico, sino como Administración pública, actuando en cumplimiento de los servicios de interés público que le encomienda la Ley. Concluye por ello el regulador que la referida actuación puede ser impugnada de acuerdo con criterios de legalidad ante esta jurisdicción, pero no ante los órganos de defensa de la competencia.

Esta tesis es reiterada por la Sala juzgadora, que asumiendo el principio de sujeción de la actuación de la Administración pública a la legislación sobre competencia, rechaza la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia por razones de fondo, mientras que descarta la de los artículos 6 y 7 por actuar la denunciada “como una Administración subordinada al cumplimiento de los fines de interés general que tiene encomendados, por lo que no le será de aplicación los artículos 6 y 7 de la LDC, aunque sí los de la normativa que regula la actuación de la Administración Pública”.

Frente a tal exclusión parcial del sometimiento de la actuación de las Administraciones públicas al derecho de la competencia cuando actúan como tales administraciones públicas, hay que afirmar la plena sujeción de las mismas a dicha regulación, sin que

pueda objetarse a ello la dicción literal del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia como argumenta el Tribunal de Defensa de la Competencia. En efecto, el que dicho precepto hable de agentes económicos no debe entenderse en el sentido de que sólo pueden ser sancionados de acuerdo con el mismo aquellos agentes sometidos al derecho privado y no al derecho administrativo, sino como una referencia a cualquier sujeto que actúe en el mercado, aun en los casos en los que las propias Administraciones públicas o los organismos y sociedades de ese carácter lo hagan sometidos en mayor o menor medida al derecho administrativo. En este sentido, aunque en virtud de la ya mencionada disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas la sociedad codemandada esté sometida a los principios de publicidad y concurrencia y su actuación deba conceptuarse como sometida en parte al derecho administrativo, ello no obsta a que su actividad externa pueda ser enjuiciada en todo caso desde la normativa de defensa de la competencia.

Lo anterior no nos lleva necesariamente, sin embargo, a la estimación de los motivos segundo y tercero del recurso, pues el error en el que incurre la Sentencia impugnada no implica que se hayan infringido los artículos 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia. Dicha infracción sólo se habría producido si, en contra de lo que afirma la Sala juzgadora, la conducta denunciada resultase contraria a las previsiones de ambos preceptos, cuestión que examinaremos en los fundamentos quinto y sexto de esta Sentencia.

En estrecha relación con lo anterior debemos hacer una segunda observación en cuanto al alcance del procedimiento objeto de este recurso de casación. Lo que se ha planteado en el mismo es, precisamente, una denuncia ante los servicios de defensa de la competencia en defensa de la libre competencia y con base en la legislación específica del sector. Quiere ello decir que, al versar el procedimiento en exclusiva sobre las cuestiones planteadas ante los órganos de defensa de la competencia y dentro de las atribuciones de éstos, quedan necesariamente fuera las cuestiones que puedan referirse directa y únicamente a la conformidad a derecho de la actuación denunciada desde la perspectiva del derecho administrativo, las cuales habrían de plantearse directamente como tales ante los tribunales de esta jurisdicción contencioso administrativa. No pueden, por tanto, ser objeto de nuestra consideración todas aquellas objeciones que pudieran formularse a la actuación de "B., S.A.", en relación con la regulación sobre contratación administrativa, salvo que se tratase de cuestiones que, estando planteadas por las partes, tuviesen una directa relación o dependencia con la propia normativa de defensa de la competencia." (fundamento de derecho tercero)

Por lo que respecta a la cláusula estipulada en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, también se ha pronunciado esta Sala estableciendo que no puede equipararse con una simple previsión o habilitación legal para actuar en beneficio de una Administración Pública o entidad de carácter público.

Ello supondría, precisamente, el exceptuarlas de manera genérica del sometimiento al derecho de la competencia pues, por principio, las Administraciones Públicas o entidades que ejercen poder público sólo actúan en ejercicio de potestades atribuidas por la Ley. La cláusula del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia debe entenderse, por el contrario, como una previsión legal que autoriza a una conducta que, por sí misma, estaría incurso en las prohibiciones del artículo 1 de la Ley. Sobre ello volveremos más adelante.

Hay que partir, pues, del pleno sometimiento de los Colegios Profesionales a la Ley y

al Tribunal de Defensa de la Competencia -hoy Comisión de la Competencia-, sean cuales sean las funciones que ejerzan y el carácter público o privado de las mismas. Por lo demás resulta claro que la función de ordenación de las profesiones colegiadas y su regulación deontológica, así como, en concreto, el establecimiento de criterios sobre remuneración, todo ello con carácter vinculante, constituye una potestad de innegable carácter público, sin la cual no podría ser obligatoria para los colegiados.

Pero es que, además, la propia Ley de Colegios Profesionales se encarga de dejar sentado tal sometimiento de los Colegios a la regulación sobre competencia en las concretas funciones que nos interesan aquí, como la propia Sala de instancia se ve forzada a reconocer incluso a partir de su equivocado planteamiento. En efecto, el artículo 2.1 de la Ley de Colegios Profesionales, reproducido más arriba, establece que el ejercicio de las profesiones tituladas se ha de realizar en régimen de libre competencia y, más específicamente todavía, se ordena que dicho ejercicio “estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley de Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal”. Y, por si hubiera alguna duda, el apartado 4 del mismo artículo estipula expresamente 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, sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el artículo 3 de dicha Ley”.

Debe subrayarse además que los citados incisos derivan de la reforma de la Ley de Colegios Profesionales efectuada por la Ley 7/1997, de 14 de abril, de Medidas Liberalizadoras en materia de Suelo y de Colegios Profesionales. Desde la explicación dada en la exposición de motivos al propio tenor del nuevo texto de los preceptos referidos se pone en evidencia la específica intención del legislador de que la actividad profesional de los colegios se ajuste a la regulación del derecho de la competencia.

Digamos también que este sometimiento a la legislación nacional de defensa de la competencia es independiente de lo que pueda establecer el derecho comunitario respecto de la admisibilidad de la conducta sancionada, cuestión a la que luego nos referiremos. Otra cosa es -y esto resulta ser la razón en la que, en definitiva, se apoya la Sentencia de instancia para exculpar al Consejo actuante de la infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia que la decisión del Consejo se limite a reproducir una decisión estatal y no le fuese imputable, por tanto, la responsabilidad de haber adoptado una conducta contraria al citado precepto. A ello nos referimos también más adelante.

SIXTO.- Sobre la inclusión de la conducta denunciada en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Tanto el Servicio de Defensa de la Competencia en su informe-propuesta como el Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución de 26 de septiembre de 2002, consideran que la conducta del Consejo General de la Abogacía consistente en haber aprobado el artículo 16 del Código Deontológico incurre claramente en la prohibición del citado artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. El Tribunal, en la citada resolución, que es la impugnada en la instancia, afirma:

”4. El Tribunal considera acertada la valoración del Servicio porque, en efecto, la prohibición contenida en el art. 16 CDA, aprobado en sesión plenaria del Consejo General de la Abogacía el 30 de junio de 2000, infringe el art. 1 LDC al ser una

decisión colectiva que tiene por objeto y efecto la fijación de honorarios mínimos de los abogados, impidiendo la determinación de los mismos mediante acuerdo libre entre abogado y cliente.

5. Respecto de las alegaciones formuladas por el CGA, el Tribunal considera rechazable la que sostiene que no hay imposición de honorarios mínimos porque el art. 15 del propio CDA dice expresamente que los honorarios los fijan libremente abogado y cliente. El Tribunal estima que la citada declaración resulta meramente retórica ante la expresa prohibición limitativa de tal libertad contenida en el artículo 16 del propio Código.

6. En cuanto a la alegación del CGA según la cual la prohibición del art. 16 CDA es en defensa de la Ley de Competencia Desleal (LCD), que proscribe la venta a pérdida, también debe rechazarse por resultar incorrecta la interpretación que el CGA hace del art. 17 LCD.

En efecto, dicho precepto expresamente establece en su apartado 2 que la venta a pérdida se reputará desleal cuando pueda inducir a error a los consumidores, desacredite la imagen de un producto o establecimiento ajeno o cuando forme parte de una estrategia para eliminar del mercado a los competidores. Evidentemente, ninguno de estos supuestos resulta acreditado en el presente caso. Pero es que, además, hay que tener en cuenta que, cuando un abogado se encarga de un caso, es decir, en el momento de concertar la venta de sus servicios profesionales, los resultados son inciertos y los costes desconocidos. Así, aunque el abogado se comprometiera a no cobrar si pierde el caso, la transacción que tuviera lugar entre abogado y cliente no podría reputarse de una venta a pérdida, incluso si finalmente el caso llegara a perderse.

7. Tampoco puede atenderse el planteamiento que hace el CGA cuando contradice al Servicio con el argumento de que la independencia del abogado se vería menoscabada de no existir la limitación impuesta a la libre fijación de los honorarios de los abogados en el art. 16 CDA. En efecto, aunque se admitiera a efectos dialécticos que vincular los honorarios de un abogado a los resultados obtenidos pudiera atentar a su independencia, la cuestión que se debate aquí no es ésta, pues el propio controvertido art. 16 CDA acepta que se dé tal vinculación. El citado Código Deontológico admite en dicho artículo que el abogado cobre en función de resultados, lo que no admite es que la cantidad así percibida sea insuficiente para cubrir los costes. No puede sostenerse tampoco, como hace el CGA, que su pretensión era impedir que el abogado se “asocie” con el cliente. Eso lo permite expresamente en el art. 16 controvertido; lo que prohíbe el mismo es que esa “asociación” se haga en términos que no permitan cubrir al abogado la totalidad de los costes en que incurre para prestar el servicio.

Es decir, no es ésta una discusión sobre la legalidad de la cuota litis, como parece pretender el CGA en su alegación. A pesar de la tajante afirmación con que comienza el art. 16 del Código Deontológico, la cuota litis es contemplada y admitida en el mismo aunque sólo en el supuesto de que el abogado gane el caso, no cuando lo pierda. Se trata meramente de una restricción a la libre fijación de honorarios acorde con la que la que figura en el apartado 4 del mismo artículo 16, según la cual, cuando la retribución de los servicios profesionales del abogado consista en la percepción de una cantidad fija, su importe ha de constituir “adecuada, justa y digna compensación a los servicios prestados”. Se trata de una injustificada discriminación que afecta de modo importante a la competencia del sector, al constituir una barrera de entrada para

los abogados menos experimentados. Ciertamente, el art. 16 del Código Deontológico de la Abogacía, al admitir 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. Pero esta desnaturalización es obra del propio Consejo General que dio carta de naturaleza en el art. 16 de su Código Deontológico a ciertos tipos de cuota litis.

8. La circunstancia de que las normas dictadas por el Consejo de la Abogacía permitan que un abogado, en determinados supuestos, pueda prestar gratuitamente sus servicios jurídicos no suaviza los efectos contrarios a la competencia de las comentadas restricciones generales a la misma que se contienen en el artículo 2 del Código Deontológico de la Abogacía.

9. En cuanto a la supuesta mayor permisividad del CGA español con respecto al Código Deontológico Europeo aprobado en Lyon el 28 de noviembre de 1998 por el CCBE, estima el Tribunal que cualquiera que sea la opinión que se tenga al respecto, no debe afectar a lo que haya de resolverse en el presente expediente.

10. Finalmente, por lo que se refiere a la pretensión del CGA según la cual las resoluciones en materia de Derecho de la competencia han de tener en cuenta el contexto global en el que se adoptan, tal opinión es compartida por el Tribunal, si bien son muy diferentes de las del CGA las consecuencias que el propio Tribunal saca al respecto en este caso concreto. En efecto, este Tribunal considera que el establecimiento de honorarios mínimos que implica la conducta probada del Consejo General de la Abogacía es particularmente dañina para la competencia en este sector, en el contexto español actual, caracterizado por un nivel elevado de paro entre los abogados jóvenes, porque perjudica particularmente la entrada en el mercado de abundantes abogados que empiezan su carrera profesional y que, por ello, podrían estar más dispuestos, en general, que los abogados de solvencia profesional acreditada, a cobrar unos honorarios profesionales que no cubrieran sus costes cuando no ganasen los casos a ellos confiados.

11. Por todo lo cual, el Tribunal considera acreditado que el Consejo General de la abogacía ha infringido el art. 1 LDC, al haber adoptado una decisión colectiva para establecer honorarios mínimos de los abogados, impidiendo que los precios de los mismos se fijen libremente por negociación entre abogado y cliente. Procede declararlo así e imponer a dicho Consejo General las correspondientes sanciones.” (fundamentos de derecho 4 a 11).

La Sentencia recurrida, por su parte, en realidad no niega que dicha conducta quede comprendida entre las prohibidas por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia. Ahora bien, centra su análisis y funda su decisión desde la perspectiva de que el Consejo General de la Abogacía ha ejercido sus competencias de ordenación de la conducta de los colegiados asumiendo una decisión del propio Estado -ya que el precepto en litigio es reproducción de otro precepto contenido en una norma estatal, el Estatuto de la Abogacía, al haber sido éste aprobado por Real Decreto-, con lo que tal decisión quedaría al margen de la Ley 16/1989 y fuera del control del Tribunal de Defensa de la Competencia. Ahora bien, aunque la Sentencia no aborde de manera frontal esta cuestión -pese a que parezca asumir el criterio de la resolución impugnada-, es preciso examinarla en este punto, pues de ella depende la estimación o no del motivo. Esto es, si la conducta sancionada no es contraria al artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, sobraría cualquier análisis ulterior y habría que desestimar el motivo y respetar el fallo estimatorio de la Sentencia

de instancia, ya que aunque ésta se basara en otras razones (la previa decisión del Estado en el mismo sentido que la adoptada por el Consejo General de la Abogacía), la resolución sancionadora habría infringido por aplicación indebida el citado precepto de la Ley de Defensa de la Competencia, en contra de lo que sostiene el recurrente.

El artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 dice así:

”Artículo 1. Conductas prohibidas.

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.”

Por cuota litis se ha entendido tradicionalmente un procedimiento de minutar los honorarios profesionales en función de los resultados obtenidos con el pleito, de tal manera que el Abogado minutaría -al margen de otras posibles partidas como gastos o costas procesales- un porcentaje convenido del valor económico de tales resultados, de ser éstos positivos, y nada -como cuota litisen caso contrario. Aunque la cuota litis esté asociada principalmente a procedimientos en los que se reclaman cantidades monetarias (típicamente, indemnizaciones de cualquier naturaleza o litigios laborales), también puede emplearse en pleitos en los que se pretenden otros resultados beneficiosos para el litigante; por otra parte, la propia remuneración del Abogado puede no ser necesariamente una cantidad de dinero, sino también una contraprestación en especie.

De acuerdo con el artículo 16 del Código Deontológico, lo que se prohíbe no es la cuota litis como procedimiento para determinar los honorarios del Letrado, sino tan sólo una modalidad, lo que se denomina “cuota litis en sentido estricto”, con lo que se quiere expresar que dichos honorarios consistirían únicamente en un determinado porcentaje de los beneficios obtenidos, sin contemplar ninguna contraprestación por la labor profesional realizada en caso de que se pierda el pleito. Así se prohíbe la cuota litis en sentido estricto en los siguientes términos:

”Artículo 16.- Cuota litis:

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 cualquier otro beneficio, bien o valor que consiga el cliente por el asunto.”

Y se precisa que no es cuota litis y, por tanto, no queda prohibido:

"3.- No es cuota litis el pacto que tenga por objeto fijar unos honorarios alternativos según el resultado del asunto, siempre que se contemple el pago efectivo de alguna cantidad que cubra como mínimo los costes de la prestación del servicio jurídico concertado para el supuesto de que el resultado se a totalmente adverso, y dicha cantidad sea tal que, por las circunstancias concurrentes o las cifras contempladas, no pueda inducir razonablemente a estimar que se trata de una mera simulación."

Así como también se permite cualquier otra forma de minutar siempre que se retribuya el trabajo profesional:

"4.- La retribución de los servicios profesionales también pueden consistir en la percepción de una cantidad fija, periódica, o por horas, siempre que su importe constituya adecuada, justa y digna compensación a los servicios prestados."

En definitiva, el pacto que se prohíbe bajo la denominación de cuota litis en sentido estricto es la minutación por resultados que no suponga una cantidad mínima que pueda considerarse una contraprestación justa del trabajo realizado. Esto es, se impone como honorarios obligatorios una retribución mínima, aunque no se cuantifique, que se define como una "adecuada, justa y digna compensación a los servicios prestados".

Pues bien, una regulación semejante supone, en primer lugar, que no queda prohibida la cuota litis como sistema de minutar los honorarios profesionales del Abogado, pues resulta admisible acordar el cobro según resultados siempre que se incluya en todo caso una cantidad mayor o menor como contraprestación por la labor profesional realizada. Esto tiene como consecuencia que no es posible admitir el argumento formulado por la entidad codemandada de que la cuota litis en sentido estricto supone una coincidencia de intereses entre el Letrado y el cliente, comunidad de intereses que podría privar a éste de su independencia en el cumplimiento de su labor profesional, convirtiéndole más bien en un socio en el pleito unido por un común interés en obtener un resultado positivo. Y no puede admitirse porque dicha "comunidad de intereses" se admite plenamente en todos aquellos casos en los que hay cuota litis, aunque no sea "en sentido estricto". Esto es, no porque exista una parte de la minuta que sea independiente del resultado deja de participar el Abogado en los beneficios obtenidos en caso de que se gane el pleito y de tener ese interés común con el cliente al margen de lo que pueda constituir estrictamente la remuneración por su labor profesional.

En segundo lugar, ello quiere decir que lo que se prohíbe, en realidad, no es tanto cobrar por resultados, sino más bien cobrar sólo por resultados, por el riesgo de que esto suponga no obtener una remuneración razonable por la labor profesional, es decir, por el riesgo de que no se llegue a cobrar nada por ella o sólo una cantidad manifiestamente inferior a lo que pudiera entenderse como unos honorarios mínimos razonables.

La consecuencia es que la prohibición de la cuota litis en sentido estricto supone imponer la obligación de minutar al menos unos honorarios profesionales mínimos que puedan ser considerados razonables o suficientes, con independencia de que además se pueda haber pactado una contraprestación según resultados. Lo cual resulta contrario a la supuesta libertad de fijación de honorarios proclamada por el propio Código Deontológico en el artículo 15, apartado 1, primer párrafo, cuando se establece que "la cuantía y régimen de los honorarios será libremente convenida entre el cliente y el abogado con respeto a las normas deontológicas y sobre competencia desleal".

Esa libertad de cuantía y régimen tiene, por tanto y como consecuencia del artículo 16 del propio Código, el límite de que no puede acordarse pactar una remuneración u honorarios basada exclusivamente en los resultados del pleito. Y resulta evidente que resulta irrelevante a estos efectos que el propio Código estipule que la cuota litis en sentido estricto “no está comprendida en el concepto de honorarios profesionales”, declaración que es puramente retórica.

Con semejante afirmación se pretende defender la proclamación de libertad de honorarios ya que, por definición, se declara que la cuota litis en sentido estricto no puede reputarse como honorarios profesionales. Sin embargo, el acuerdo de minutar estrictamente por resultados es, sin duda y al margen de declaraciones retóricas, un pacto sobre remuneración profesional, aunque implique para el Letrado el riesgo de no cobrar nada o una cantidad inferior a lo que pudiera representar su labor profesional. Pero semejante riesgo no le priva de ser, materialmente, un pacto sobre remuneración de dicha labor profesional que el Código Deontológico prohíbe en contra de la libertad que proclama y por el simple procedimiento de considerar que dicho pacto queda fuera de la noción de honorarios profesionales.

En definitiva, la prohibición de la cuota litis en sentido estricto implica la obligación de fijar unos honorarios mínimos con independencia de los resultados y se excluye, por el contrario, con carácter general no cobrar o cobrar exclusivamente por resultados. Y paralelamente se limita la libertad de fijación de cuantía y forma de cobrar en esa misma medida, puesto que tal libertad implica la posibilidad de no cobrar en caso de pérdida del pleito o de otros pactos entre cliente y abogado.

Semejante conclusión evidencia que la prohibición de la cuota litis en sentido estricto choca frontalmente con lo establecido en el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia que prohíbe la fijación directa o indirecta de precios así como la de otras condiciones comerciales o de servicio. No cabe duda, en efecto, que la prohibición de la que se habla supone una fijación indirecta de precios mínimos que impide la libertad por parte del profesional de condicionar su remuneración a un determinado resultado positivo. Supone también y por ello mismo una limitación en cuanto a las condiciones en que se presta el servicio profesional. Por las mismas razones se incumple lo prevenido en la Ley de Colegios Profesionales al determinar que el ejercicio de las profesiones colegiadas se ha de realizar en régimen de libre competencia y sujeto “en cuanto a la oferta de servicios y la fijación de su remuneración” a las previsiones de la Ley de Defensa de la Competencia (artículo 2.1, segundo párrafo) y, que los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica han de observar los límites del referido artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

SÉPTIMO.- Sobre la aplicación del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Según vimos en el fundamento de derecho cuarto de esta Sentencia, una vez constatado que la conducta sancionada es contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, debemos examinar si puede ampararse en la cláusula de excepción establecida en el artículo 2 del mismo cuerpo legal. El artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, en su versión original de 1989, estipulaba en su apartado 1 que:

”Artículo 2. Conductas autorizadas por Ley.

1. Las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley o de las

disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley.”

Tras la reforma operada mediante la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, se suprimió, aparte de otras modificaciones, la referencia a las disposiciones reglamentarias, de forma que sólo quedaban exentas las conductas que resultasen de la aplicación de una ley:

”Artículo 2. Conductas autorizadas por Ley.

1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley.

Por el contrario, serán de aplicación a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.” (segundo párrafo introducido por el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio).

En el momento de aprobarse el Código Deontológico (30 de junio de 2000) estaba ya en vigor la redacción dada por la Ley 52/1999, por lo que no valdría para eximir a una conducta de la prohibición del artículo 1 el que la misma fuera consecuencia de previsiones reglamentarias, sino que debería derivar directamente de una previsión legal. En la ahora vigente Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio), la excepción se mantiene en los mismos términos (“las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley”).

Pues bien, ya hemos anticipado antes, al rechazar la argumentación de la Sala de instancia, que no puede equipararse esta cláusula de excepción con la necesaria habilitación legal para actuar que necesitan las Administraciones públicas o las entidades de cualquier tipo que se encuentren sujetas al derecho administrativo en todo o en parte de su actividad. Semejante interpretación supondría sin más una exclusión genérica de su sometimiento a la Ley de Defensa de la Competencia que choca con el carácter general de su regulación y que privaría de sentido a la propia previsión excepcional del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. En efecto, si ésta ha de tener un contenido normativo es precisamente el de exceptuar de las previsiones del artículo 1 de dicha Ley aquellas conductas concretas que el legislador quiere dejar fuera de dichas prohibiciones, no exceptuar toda la actuación de las Administraciones y entes sometidos al derecho público, lo que no se deriva de ningún precepto de la Ley de Defensa de la Competencia y se tendría que haber dicho de manera inequívoca.

Pero más allá todavía, hemos dicho en precedentes resoluciones que semejante cláusula está destinada a exceptuar de manera directa y específica conductas concretas que por sí mismas estarían incursas en las prohibiciones del artículo 1. Así, en la Sentencia de 27 de octubre de 2005 (RC 8.093/2002), hemos dicho:

”Quinto.- Sobre la alegada infracción del artículo 1.1.d) de la Ley de Defensa de la Competencia.

Una vez rechazada la tesis de las entidades actoras, sin embargo, resulta necesario complementar las afirmaciones anteriores con otras consideraciones relevantes desde el punto de vista de la defensa de la competencia. En efecto, el hecho de que estos contratos se encuentren amparados por el artículo 11 de la Ley de Reforma Universitaria y sean, en ese sentido, conformes a derecho, no quiere decir que por ello sean sin más conformes con el derecho de la competencia. O, dicho de otro modo, el artículo 11 de la Ley de Reforma Universitaria ampara dichos contratos, pero no de manera específica desde la perspectiva del derecho de la competencia, esto es, no desde la perspectiva del artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Este precepto tiene un alcance mucho más circunscrito, pues se refiere de manera directa a acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que por sí mismas estarían incursas en el artículo 1 de la propia Ley pero que, por estar contempladas en una Ley o en las disposiciones reglamentarias dictadas en su ejecución, quedarían amparadas frente a dicho artículo 1. Se refiere pues el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia a una Ley que específicamente autorice acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que, de no ser por su mediación, estarían incursos en las prohibiciones del artículo 1.

Así pues, frente a lo que erróneamente se afirma en la Sentencia de instancia, el artículo 11 de la Ley de Reforma Universitaria no es una de las leyes a las que se refiere el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, pues no habilita a un comportamiento que por sí mismo incurra en las prohibiciones del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, sino que su alcance es autorizar dichos contratos en términos generales, por ejemplo a los efectos de la compatibilidad de la actividad de los profesores con su dedicación académica. En la perspectiva del derecho de la competencia tales contratos podrán ser o no contrarios a derecho en función de sus características, el mercado en el que se realicen y su relevancia en el mismo y demás circunstancias que sean de consideración, lo que habrá de comprobarse en cada caso de manera específica. Esto es, el artículo 11 de la Ley de Reforma Universitaria tiene un objetivo distinto al de una ley que autorice una conducta en principio prohibida por el derecho de la competencia y es, por consiguiente, neutro desde esta perspectiva. (...)" (fundamento de derecho quinto).

En aplicación de la anterior doctrina (que por el supuesto de hecho contemplado se refería a la versión original del precepto) debemos excluir asimismo que la previsión legal de la Ley de Colegios Profesionales que habilita a éstos a regular el ejercicio de la profesión suponga una cláusula legal que exceptúe de las prohibiciones del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia a las normas de ordenación profesional o deontológicas dictadas por los órganos colegiales. En particular, las habilitaciones contenidas en el artículo 5, letras i) y ñ) no suponen la previsión de ninguna conducta contraria a las prohibiciones del artículo 1 de la citada Ley reguladora de la competencia, sino tan sólo la habilitación genérica para dictar normas sobre las materias previstas en dichos apartados sobre la ordenación de la profesión y el establecimiento de baremos orientativos de honorarios:

"Artículo 5 Corresponde a los Colegios Profesionales el ejercicio de las siguientes funciones, en su ámbito territorial:

(...)

i) Ordenar en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial.

(...)

ñ) Establecer baremos de honorarios, que tendrán carácter meramente orientativo.”

Así pues, rectificamos en el sentido antedicho el criterio mantenido en la Sentencia de 3 de marzo de 2003 (Recurso ordinario 496/2001) -luego seguido en las Sentencias de 1 de junio de 2003 (Recurso ordinario 494/2001) y 17 de diciembre de 2003 (Recurso ordinario 483/2001) - en la que, en relación con el artículo 44.3 del Estatuto General de la Abogacía, de parejo contenido al artículo 16 del Código Deontológico, dijimos:

”Noveno.- (...) Al igual que hicimos al tratar de la publicidad, debemos recordar aquí que la Ley de Defensa de la Competencia aplicable a la fijación de las remuneraciones de los Abogados lo es en toda su integridad y que por lo tanto también aquí son válidas las excepciones a su artículo primero que merezcan la calificación de “conductas autorizadas por Ley” que se regulan en su artículo segundo, siendo por eso que -según hemos recordado el exponer nuestro criterio sobre ciertas restricciones a la publicidad de los Abogados-, si la Ley de Colegios Profesionales autoriza a éstos a reglamentar las respectivas profesiones “velando por la ética y por el respeto debido a los derechos de los particulares”, la eventual colisión de intereses entre la libre competencia que por mandato legal ha de presidir la fijación de las remuneraciones de los Abogados y las potestades reglamentarias que la Ley otorga a las Corporaciones colegiales, han de resolverse atendiendo a determinar si efectivamente la delimitación del supuesto normativo concreto que se reglamenta encuentra justificación legal que permita integrarlo, desde el punto de vista de la competencia, en la noción de conducta autorizada por Ley, habida cuenta que ésta comprende también las descritas en “las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley”.

Pues bien, ateniéndonos a estos parámetros, nos encontramos que dentro de nuestro sistema jurídico la actividad del Abogado ha sido calificada con uniforme reiteración como un supuesto del contrato de arrendamiento de servicios, con las modulaciones y especialidades derivadas de que esta figura contractual se desarrolla en el delicadísimo ámbito de auxiliar o cooperador esencial de la Administración de Justicia a que hemos aludido al comentar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de febrero de 1994.

Esta caracterización de las prestaciones que el Abogado hace a su cliente en la vía procesal, por su propia naturaleza excluye en nuestro sistema la idea de convertir al abogado en titular de un contrato de obra o de empresa, en el que su papel de prestador de un servicio esencial para el correcto funcionamiento del poder judicial del Estado lo convierta en exclusivo financiador del riesgo que siempre implica la decisión de iniciar un proceso, pudiendo llegar así a comprometer implícitamente su independencia de criterio al asesorar al cliente, al hacer pasar a primer plano no el riesgo de éste, sino el asumido personalmente por él.

Es por esta razón que situados en el contexto de la concepción de la Abogacía que rige en nuestro sistema, la mínima restricción a la libre competencia que supone la prohibición del pacto de cuota litis en sentido estricto halla suficiente respaldo legal en que su admisión no es que atentase a la dignidad de la Abogacía, sino que sobre todo desdibujaría el concepto mismo de tal actividad profesional y no respetaría debidamente los derechos de los particulares, que en determinadas circunstancias podrían verse abocados a constituirse en meros instrumentos de la conducta

empresarial de los abogados.” (fundamento de derecho noveno in fine).

La conclusión a la que llegamos ahora es tanto más clara si se atiende al tenor completo del artículo 2.4 de la Ley de Colegios Profesionales, ya que este precepto muestra con toda claridad la posibilidad de que los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica - como el precepto que se discute del Código Deontológico- queden exceptuados de las limitaciones del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. En efecto, por un lado, el párrafo primero, junto con el sometimiento a los límites del artículo 1 de esta Ley, expresamente señala que ello es “sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el artículo 3 de dicha Ley”. Pues bien, se comprende fácilmente que no tendría ningún sentido aludir a esta posibilidad si pudiera entenderse que basta la simple autorización del artículo 5.i) y ñ) de la propia Ley para que tales conductas quedasen exceptuadas del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia: la solicitud de autorización sería rigurosamente inútil en caso de que la propia Ley exceptuase de modo genérico dichas conductas.

Por otra parte, en el párrafo segundo del propio artículo 2.4 se contempla una excepción específica que sí hay que catalogar como una de las comprendidas en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia , aunque referida a los Colegios Profesionales de Médicos: dicho párrafo exceptúa directamente -sin necesidad de solicitar la correspondiente autorización singular- a los convenios que en representación de los colegiados puedan establecer dichos Colegios con las entidades de seguro libre de asistencia sanitaria para la fijación de honorarios relativos a determinados servicios. Se trata de una previsión legal que autoriza una determinada conducta concreta que, de lo contrario, quedaría dentro de las prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

OCTAVO.- Sobre la admisibilidad de la cuota litis en derecho comparado y en el derecho comunitario.

Ha aducido la parte codemandada en fases anteriores a la casación que la prohibición de la cuota litis en sentido estricto es común en nuestro entorno jurídico. Así, se menciona en la exposición de motivos del Código Deontológico que el Consejo Consultivo de los Abogados Europeos (Conseil Consultatif des Barreaux Européenss, CBBE), máximo órgano representativo de la Abogacía ante las instituciones de la Unión Europea, aprobó el 28 de noviembre de 1998 el Código Deontológico Europeo, y en el artículo 1 del Código objeto de este litigio se establece la obligación para los abogados españoles de respetar los principios establecidos en el mismo. Y, efectivamente, el artículo 3.3 de dicho Código europeo prohíbe el pacto de cuota litis, si bien lo admite -considerando que entonces no es pacto de cuota litis- cuando la remuneración por resultados pactada “se fije de conformidad a una tarifa oficial de Honorarios o si es aprobado o admitido por una autoridad competente que tenga jurisdicción sobre el Abogado” (artículo 3.3.3).

Sin embargo, esta circunstancia, así como la posible prohibición del pacto de cuota litis, en términos más o menos rigurosos en otros países de nuestro entorno jurídico cultural, resulta irrelevante a la hora de resolver el presente asunto, en el que lo que se dilucida es si dicho pacto es contrario a la ley nacional, en particular a la Ley de Defensa de la Competencia y a la Ley de Colegios Profesionales.

También resulta pertinente hacer una referencia a la admisibilidad del pacto de cuota

litis en el derecho comunitario, en el bien entendido de que tal posibilidad no es óbice para una prohibición por el derecho nacional desde la perspectiva de la defensa de la competencia. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de febrero de 2002 (asunto C-309/99) en la que se apoya ampliamente la Sentencia aquí impugnada no versa ni se pronuncia sobre esta cuestión; la Sala de instancia se limita a aplicar la tesis de dicha resolución de que una decisión colectiva por parte de una asociación profesional con capacidad regulatoria, aun estando sometida al derecho de la competencia y siendo contraria al mismo, no originaría responsabilidad para dicha institución en el caso de que se limitase a asumir criterios de interés general previamente decididos por el Estado.

El Tribunal de Justicia se ha pronunciado recientemente, sin embargo, en un asunto sobre fijación de honorarios mínimos que resulta mucho más próximo al presente recurso y que es alegado por la entidad colegial opuesta al recurso. En efecto, en su Sentencia de 5 de diciembre de 2006 (asuntos acumulados C-94/04 -caso Cipolla - y C-202/04) el Tribunal examina diversas cuestiones planteadas en torno a la compatibilidad con diversos preceptos del Tratado de la Comunidad Europea (artículos 10, 81, 82 y 49 del Tratado) de la fijación de un límite mínimo para los honorarios profesionales de los Abogados por una normativa estatal que asumía un baremo elaborado por un Consejo de Colegios de Abogados, el cual fijaba un límite mínimo de honorarios obligatorio que no admite excepciones.

El Tribunal responde a las diversas cuestiones planteadas salvando la compatibilidad de una regulación semejante con el Tratado. En síntesis, el Tribunal afirma por un lado que dado el procedimiento de aprobación de dicha normativa -que en última instancia dependía de la voluntad del Estado- no cabía entender que el Estado italiano hubiese renunciado a ejercer sus facultades en materias de trascendencia económica -lo que tendría la consecuencia de privar de carácter estatal a dicha normativa-; y, por otro lado, que dada la intervención judicial en la liquidación de honorarios que, en último extremo, podía separarse motivadamente de los límites mínimos del baremo, no se podía reprochar a dicho Estado desde la perspectiva del artículo 10 del Tratado que impusiera o favoreciera prácticas colusorias contrarias al artículo 81 o abusos de posición dominante prohibidos por el artículo 82. En consecuencia, una normativa semejante no resultaba contraria a los artículos 10, 81 y 82 del Tratado (parágrafos 44 a 54 y declaración 1).

Por otro lado, el Tribunal examina si el artículo 49 del Tratado, sobre libre prestación de servicios admite una normativa como la que se ha descrito.

Aunque aquí la perspectiva no es la del derecho de la competencia sino la citada de la libre prestación de servicios, las precisiones que efectúa el Tribunal son de indudable interés para el caso de autos. Por un lado, el Tribunal considera sin género de dudas que una normativa de fijación de honorarios mínimos obligatorios es contraria al citado artículo 49 del Tratado, el cual se opone a toda discriminación por razón de la nacionalidad ya que la prohibición de apartarse contractualmente de los honorarios mínimos fijados por el baremo puede dificultar el acceso de los abogados establecidos en un Estado distinto de la República Italiana al mercado italiano de servicios jurídicos (parágrafos 58 a 60). Ahora bien, seguidamente el Tribunal admite que dicha restricción resultaría admisible si responde a razones imperiosas de interés general (parágrafo 61) y, con severas reservas, admite que serían aceptables las razones esgrimidas por el Estado italiano para justificar el baremo de honorarios mínimos, en particular el peligro de una competencia excesiva que deterioraría la calidad de los servicios jurídicos en detrimento de los consumidores y de la buena administración de

justicia (parágrafos 62 a 64), siempre “que la medida nacional controvertida en el litigio principal (el baremo controvertido) sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo” (parágrafos 64 a 66).

Finalmente, el Tribunal, en línea con su práctica habitual, defiere a los Tribunales nacionales la apreciación de si concurren las circunstancias que harían admisible una regulación sobre honorarios que, por sí propia, resultaría contraria a la libertad de servicios, esto es, si el establecimiento de unos honorarios mínimos obligatorios constituyen una medida idónea y proporcionada para alcanzar los objetivos de protección de los consumidores y de buena administración de justicia o si otras medidas como las normas profesionales pudieran ser suficientes para alcanzar dichos objetivos (parágrafos 68 a 70 y declaración 2).

En definitiva, el Tribunal ha validado la admisibilidad bajo ciertas condiciones de una intervención en los precios de los servicios prestados por los Abogados consistente en la fijación por el Estado, a partir de una normativa de los Colegios profesionales, de honorarios mínimos vinculantes desde la perspectiva tanto de la competencia (artículos 10, 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea) como de la libertad de prestación de servicios (artículo 49), si bien encomendando a los Tribunales nacionales la verificación de si tal normativa se ajusta a los cánones de idoneidad, proporcionalidad y otros de carácter sustantivo explicitados por el propio Tribunal de Justicia. Ahora bien, semejante conclusión no debe hacer olvidar que el Tribunal no duda en considerar que semejante aprobación estatal de un baremo de honorarios mínimos es una medida en sí misma contraria a la libertad de servicios (parágrafos 58 a 60), y que si no se dieran ciertas circunstancias presentes en la concreta regulación italiana -como la intervención judicial en la liquidación de honorarios con posibilidad de separarse de los mínimos fijados por el baremo tal intervención resultaría contraria a la obligación del Estado de no favorecer prácticas colusorias o posibles abusos de posición dominante (parágrafos 50, 51 y 53).

Para finalizar con esta referencia al derecho comunitario, desde la perspectiva del caso que nos ocupa y al margen ya de la relevancia de las afirmaciones del Tribunal de Justicia que se han reseñado, es preciso señalar que la declaración de la admisibilidad de la medida controvertida en la Sentencia Cipolla no es un criterio relevante a la hora de valorar si el derecho español de la competencia admite o no una intervención de naturaleza relativamente análoga como la del Código Deontológico, y ello por varias razones. En primer lugar, porque el Tribunal de Justicia declara admisible la decisión estatal italiana sólo en función de ciertas circunstancias que paliar sus efectos contrarios al derecho de la competencia y a la libertad de servicios. En segundo lugar, porque el propio Tribunal de Justicia se remite a las autoridades judiciales nacionales para que valoren si concurren las circunstancias que hacen admisible una decisión semejante. Por último, porque en principio nada impide que el legislador español adopte un criterio más estricto que el del propio Derecho comunitario en relación con conductas o medidas contrarias a la competencia.

NOVENO.- Sobre la prohibición de la cuota litis en el Estatuto General de la Abogacía y la Sentencia de este Tribunal de 3 de marzo de 2003. Como ya se ha dicho más arriba, el argumento decisor de la Sentencia recurrida es que el artículo 16 del Código Deontológico que se discute es reproducción del artículo 44.3 del Estatuto General de la Abogacía Española aprobado por Real Decreto 685/2001, de 22 de junio, y, por consiguiente, se trata de uno de los “supuestos señalados por el Tribunal de Luxemburgo (Sentencia de 19 de febrero de 2002, parágrafos 68 y 69), cuando el

Estado se reserva la decisión última sobre las normas emanadas de las asociaciones profesionales, por lo que tales normas tienen carácter estatal y no están sometidas a las normas aplicables a las empresas”.

Por tanto, sigue la Sala de instancia,”(...) la regulación de honorarios cuando se haga por normativa estatal en los términos expuestos, no está sometida al TDC, según lo razonado, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 7/1997 en todos aquellos supuestos en los que sobre los honorarios no incida norma estatal.

En conclusión, el contenido del artículo 16 que dio origen al presente recurso, en cuanto reproduce una disposición contenida en una norma estatal -pues el Estatuto de la Abogacía se aprueba por real Decreto-, queda fuera del control del TDC, al no aplicarse el Derecho propio de las empresas y agentes económicos que es el ámbito de aplicación de la Ley 16/1989.”

El Código Deontológico se aprobó el 30 de junio de 2000, con anterioridad al Estatuto General de la Abogacía, aprobado como se ha dicho por el Real Decreto 685/2001, de 22 de junio. En consecuencia, si bien su artículo 16.1 y 2 coincide en términos prácticamente idénticos con el artículo 44.3 del Estatuto, no puede afirmarse que sea reproducción de éste sino, en todo caso, al contrario. Quiere esto decir que la decisión que en su momento adoptó el Consejo General de la Abogacía no puede ampararse en una norma posterior, y puede perfectamente ser enjuiciada por sí misma desde la perspectiva de los preceptos que ya se han señalado de las Leyes de Defensa de la Competencia y de los Colegios Profesionales. En todo caso se podría plantear las consecuencias sobre dicho enjuiciamiento de la aprobación posterior por Real Decreto del Estatuto General de la Abogacía, lo que no será necesario por las razones que vemos en este mismo fundamento.

Por otra parte, el hecho de que desde la perspectiva del derecho comunitario una decisión de una asociación profesional asumida por el Estado no le sea imputable a aquélla no tiene las consecuencias para el caso que extrae la Sala de instancia. Por un lado, por la sucesión temporal de hechos que ya se ha indicado. Pero, sobre todo, porque en el supuesto litigioso que se examina existe un problema de legalidad que no tiene correlato en el planteamiento comunitario acogido por la Sala de instancia, y es que la aprobación por Real Decreto del Estatuto de la Abogacía no puede prevalecer, en contra del principio de jerarquía normativa, sobre lo establecido en las leyes de Defensa de la Competencia y de los Colegios Profesionales.

Ahora bien, es verdad que en este último caso la Sentencia de instancia invoca las Sentencias de esta Sala ya mencionadas de 3 de marzo de 2003 (Recurso ordinario 496/2001) y de 1 de junio de 2003 (Recurso ordinario 494/2001), que declararon conforme a derecho el artículo 44.3 del Estatuto General de la Abogacía Española. En la Sentencia de 3 de marzo de 2003 -cuyos pronunciamientos luego se reiteran en las de 1 de junio y 17 de diciembre del mismo año- se sigue el criterio de que la previsión del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia resultaba aplicable al caso en virtud de la habilitación normativa prevista en la Ley de Colegios Profesionales para dictar normas reguladoras del ejercicio de la profesión. Se entendía así que dicha habilitación era suficiente como para considerar que la prohibición de la cuota litis en sentido estricto contenida en el Código Deontológico elaborado por las propias corporaciones colegiales aunque luego aprobado por Real Decreto encajaba en la noción de conducta autorizada por la Ley (fundamento jurídico noveno reproducido más arriba).

Pues bien, según se ha justificado ampliamente en el fundamento de derecho séptimo de esta Sentencia, dicho criterio se rectifica ahora en el sentido opuesto, por lo que en ningún caso resulta posible aplicar al caso presente la doctrina fijada entonces, la cual precisamente modificamos. Debe señalarse asimismo que, si bien la citada Sentencia de 3 de marzo de 2003 también efectúa consideraciones sustantivas en el sentido de justificar la prohibición de la cuota litis en sentido estricto en pro de una mejor garantía de la prestación de los servicios de los abogados, su ratio decidendi en esta cuestión es la mencionada de la aplicación de la cláusula de excepción del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, no dichas consideraciones.

A la inversa, tampoco es posible ahora efectuar ningún pronunciamiento sobre el artículo 44.3 del Estatuto General de la Abogacía, puesto que dicha disposición queda fuera del ámbito de este procedimiento. Es obvio, sin embargo, que el juicio que resultaría de aplicar a dicho precepto el criterio interpretativo que ahora seguimos sería contrario al adoptado en su momento. Este cambio de criterio habría de plasmarse, en su caso y de no haber modificaciones relevantes en el bloque normativo ahora considerado, en futuros supuestos de aplicación del citado precepto del Estatuto General de la Abogacía.

Digamos por último que la interpretación adoptada en esta Sentencia es acorde también con el criterio mantenido por la Sala de lo Civil de este Tribunal, que en su reciente Sentencia de 29 de mayo de 2008 (RC 2.693/2001) y desde la perspectiva de la competencia desleal, rechaza que el pacto de cuota litis pueda reputarse como una cláusula contraria a las leyes, la moral o el orden público -lo que ya había sido afirmado en la Sentencia de 13 de mayo de 2004 (RC 1.756/1998).

DÉCIMO.- Sobre la sanción impuesta y el requisito de la culpabilidad.

De conformidad con lo dicho hasta el momento procede estimar el recurso de casación, casando y anulando la Sentencia recurrida. Ya en posición de Sala de instancia y de acuerdo con lo estipulado por el artículo 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción, debemos resolver lo planteado en el recurso contencioso-administrativo dentro de los términos en que aparece planteado el debate.

Por las mismas razones que justifican la estimación del recurso de casación procede desestimar el recurso contencioso administrativo formulado por el Consejo General de la Abogacía Española contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de septiembre de 2002 en lo que se refiere a su impugnación de los tres primeros puntos de la misma. En ellos se declaraba que la adopción por parte de la entidad recurrente, al aprobar el artículo 16 del Código Deontológico, de una decisión prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, al impedir que los precios de los servicios de los abogados se fijen libremente por negociación entre abogados y clientes (primer punto); se intimaba al Colegio para que modificase el referido precepto del Código Deontológico (segundo punto); y le imponía al Consejo colegial sancionado la obligación de publicar la resolución sancionadora de acuerdo con los términos que se indican (tercer punto). Como consecuencia del rechazo de la impugnación de los anteriores puntos, procede desestimar también la de los puntos quinto y sexto, que imponen sendas multas coercitivas en garantía del cumplimiento de lo estipulado en los puntos segundo y tercero.

Ahora bien, el Consejo General de la Abogacía en sus conclusiones y tras referirse a la Sentencia de esta Sala ya mencionada de 3 de marzo de 2003 (posterior al escrito

de demanda), arguye que la misma evidenciaría, en cualquier caso, la ausencia de culpabilidad por su parte. El principio de culpabilidad es, efectivamente, un requisito imprescindible del derecho sancionador, expresamente exigido en lo que respecta a la potestad administrativa sancionadora por el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, que requiere la responsabilidad a título de dolo o culpa por parte del sujeto al que se le imputa la infracción administrativa ("sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables aun a título de simple inobservancia"). Así, en otras ocasiones esta Sala ha señalado que en determinadas ocasiones una situación de confusión respecto a si una actuación es o no contraria a derecho puede ocasionar la ausencia del elemento subjetivo de la culpabilidad que exima de la sanción al sujeto (Sentencias de 9 de marzo de 2005 -RC 3.895/2002-, de 11 de octubre de 2006 -RC 10.099/2003 - y de 8 de mayo de 2008 -RC 5.535/2005-).

Pues bien, es preciso reconocer que hay elementos que llevan a la conclusión de que en el momento en que el Consejo General de la Abogacía aprobó el Código Deontológico y pese a la naturaleza jurídica especializada de la institución, ésta bien pudo ser llevada a la equivocada idea de que la prohibición de la cuota litis en sentido estricto no resultaba contraria a derecho. Entre tales elementos se puede mencionar la tradición de exclusión de la cuota litis, común en nuestro entorno jurídico, como ya se ha dicho, y plasmada recientemente en el ya referido Código Deontológico Europeo de 1998, así como la circunstancia de que la consideración negativa de la prohibición viene asociada al reciente reforzamiento del derecho de la competencia, que sólo desde hace relativamente poco comenzó a afectar de lleno a los servicios prestados por las profesiones colegiadas. Y aunque es verdad que dicha aplicación de la libre competencia a este ámbito se encuentra expresamente recogida ya en la reiteradamente mencionada reforma de la Ley de Colegios Profesionales operada en 1997, también es verdad que hasta el año 2000 la jurisprudencia de esta Sala -aunque ciertamente versase sobre una situación normativa anterior- había sido tradicionalmente favorable a la prohibición; pueden citarse en ese sentido las Sentencias de 9 de noviembre de 1988 y de 16 de marzo de 1989.

A lo anterior deben añadirse las siguientes consideraciones. La admisibilidad condicionada de dicha prohibición en derecho comunitario, pese a su carácter intrínsecamente contrario a la competencia y a la libertad de establecimiento, a lo que también hemos aludido ampliamente; las discrepancias en el enfoque de esta cuestión que se evidencian con la existencia de un voto particular frente a la resolución sancionadora de la que trae causa el recurso y la propia estimación de éste en la Sentencia de instancia; así como, muy especialmente, los recientes precedentes de esta Sala en 2003 sobre un bloque normativo análogo al actual, que se han expuesto con detenimiento. Todo ello muestra que se trata de una cuestión de interpretación dudosa debido a un reciente cambio de legislación y de enfoque. Así, hasta muy recientemente ha imperado una consideración tradicional sobre la función de los servicios jurídicos como ajenos al mundo de la competencia y expresión de una función profesional independiente de cualquier otra perspectiva que no fuese la prestación de un servicio a los ciudadanos y la colaboración con una buena administración de justicia. Mientras que ahora se ha impuesto progresivamente una conceptualización de dichos servicios que, sin merma de la citada consideración institucional, presta atención prioritaria a la libre competencia como medio de mejorar la prestación de los mismos y de hacerlos más asequibles económicamente para los ciudadanos en una sociedad cada vez más litigiosa. La dificultad de percibir dicho cambio explica en parte el mantenimiento de posiciones incompatibles con la actual regulación de la materia en nuestro derecho interno.

Todas estas consideraciones nos llevan a estimar parcialmente el recurso del Consejo General de la Abogacía, aceptando su alegato de ausencia del elemento subjetivo de la responsabilidad, y anular en consecuencia la multa impuesta por la resolución impugnada en su punto cuarto. Ello no evita, tal como hemos hecho en supuestos análogos, la desestimación del resto de los pronunciamientos de dicha resolución, al apreciar que la conducta fue objetivamente infractora y que debe cesar, lo que justifica la declaración de infracción, la intimación de cese de la conducta, la publicación de la resolución y las multas coercitivas de estas dos obligaciones, que constituyen los restantes pronunciamientos de la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia.

UNDÉCIMO.- Conclusión y costas.

En virtud de las consideraciones expuestas en el fundamento de derecho tercero procede rechazar las objeciones de admisibilidad formuladas por el Consejo General de la Abogacía y, de acuerdo con lo expuesto en los fundamentos cuarto a octavo, estimar el recurso de casación, casando y anulando la Sentencia recurrida.

Por las mismas razones expuestas en los citados fundamentos de derecho cuarto a noveno y atendiendo a las consideraciones del fundamento décimo, procede estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de la Abogacía contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de septiembre de 2002 anulando el punto cuarto de la misma, y desestimar el recurso en todo lo demás.

En aplicación de lo dispuesto en los artículos 95.3 y 139.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción, no procede la imposición de costas ni en la instancia ni en la casación.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLO

1. Que ha lugar y por lo tanto estimamos el recurso de casación interpuesto por D. José Luis contra la sentencia de 27 de junio de 2005 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 749/2002, sentencia que casamos y anulamos.

2. Que estimamos parcialmente el citado recurso contencioso administrativo, promovido por el Consejo General de la Abogacía contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 26 de septiembre de 2002 recaída en el expediente 528/01, y anulamos el punto cuarto de su parte dispositiva y la multa impuesta en el mismo.

3. No se hace imposición de las costas del recurso contencioso administrativo ni de las del de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del

Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ramón Trillo Torres.- Fernando Ledesma Bartret.- Mariano de Oro-Pulido y López.- Ricardo Enríquez Sancho.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- José Manuel Sieira Míguez.- Rafael Fernández Montalvo.- Manuel Vicente Garzón Herrero.- Segundo Menéndez Pérez.- Juan José González Rivas.- Enrique Lecumberri Martí.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Nicolás Maurandi Guillén.- Pablo Lucas Murillo de la Cueva.- Santiago Martínez-Vares García.- Eduardo Espín Templado.- Juan Gonzalo Martínez Micó.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- Rafael Fernández Valverde.- Celsa Pico Lorenzo.- Octavio Juan Herrero Pina.- Emilio Frías Ponce.- José Díaz Delgado.- Eduardo Calvo Rojas.- Manuel Martín Timón.- Luis María Díez-Picazo Giménez.- Ángel Aguallo Avilés.- Joaquín Huelin Martínez de Velasco.- María del Pilar Teso Gamella.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.