

Id. Cendoj: 28079230062005100456
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 27/06/2005
Nº de Recurso: 749/2002
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintisiete de junio de dos mil cinco.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la

Audiencia Nacional ha promovido Consejo General de la Abogacía Española, y en sus nombres y

representaciones el Procurador Sr. Dº Fernando Bermúdez de Castro Rosillo, frente a la

Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución

del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 26 de septiembre de 2002, relativa a sanción

por vulneración de la libre competencia, siendo la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Consejo General de la Abogacía Española, y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. Dº Fernando Bermúdez de Castro Rosillo, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 26 de septiembre de 2002, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución que nos ocupan.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO: No habiéndose solicitado recibimiento a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día quince de junio de dos mil cinco.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 26 de septiembre de 2002, por la que se impone a la hoy recurrente, Colegio General de la Abogacía Española, la sanción de multa de 180.000 euros, como consecuencia de la comisión de una infracción tipificada en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, consistente en el establecimiento de honorarios mínimos, impidiendo que los servicios se fijen libremente por negociación entre abogado y cliente.

SEGUNDO: El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 por el que se sanciona a la actora, dispone: "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...", a continuación el precepto señala determinadas conductas, a título de ejemplo, constitutivas de la infracción anteriormente definida - que lo es con sustantividad propia con independencia de las conductas a continuación enumeradas, que suponen la concreción ejemplificativa de algunos de los supuestos que son subsumibles en el tipo infractor definido -.

La determinación del ajuste a la legalidad de la Resolución impugnada, parte del análisis de las siguientes cuestiones:

- A) Naturaleza de los Colegios Oficiales y de su actividad.
- B) Contenido y ejercicio de sus competencias.
- C) Alcance del artículo 2.1 de la Ley 16/1989.

TERCERO: Conforme al artículo 1 de la Ley de Colegios Profesionales, los Colegios Profesionales son corporaciones de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Del contenido del precepto, se deduce claramente que los Colegios Profesionales se insertan dentro de la Administración Corporativa, tienen por ello encomendadas funciones al servicio del interés público, y en tal función actúan potestades exorbitantes propias de la Administración Pública. Ahora bien, junto a tal ejercicio de potestades exorbitantes, pueden ejercer otras funciones ajenas al interés público y a las que por Ley se les encomienda. Ello resulta evidente si atendemos al contenido del artículo 8.1 de la propia Ley, que somete a la jurisdicción contenciosa aquellos actos emanados de los Colegios Profesionales sujetos a Derecho Administrativo, lo que presupone la

existencia de otros actos ajenos al Derecho Administrativo y por ello a las competencias exorbitantes propias de éste.

Con ello se concluye, que los Colegios Oficiales actúan como Administración Pública, y como entes privados; en el primer caso se le reconocen las potestades propias de tal Administración, en el segundo actúa como mero particular y en condiciones de igualdad con los restantes sujetos de Derecho. Ahora bien, antes de seguir con el análisis de la incidencia de las descritas posiciones de los Colegios en la tipificación de la conducta sancionada, es importante señalar que la dualidad que se expone en la actuación de la Administración Corporativa, se observa igualmente en la Administración Territorial e Institucional. La Administración Pública actúa sometida a Derecho Administrativo y en el ejercicio de potestades exorbitantes por éste reconocidas, pero también lo hace sometida a Derecho Privado y en la posición que cualquier sujeto privado de Derecho ocuparía en una relación jurídica - con independencia de determinados privilegios y limitaciones que se observan en tal posición dada la naturaleza del sujeto, pero que en absoluto pueden identificarse con el ejercicio de las potestades de imperio propias de la posición Pública -. Con tales precisiones nos adentramos en una de las cuestiones controvertidas en autos, reflejada tanto en los razonamientos de la Resolución objeto de este recurso, como en el contenido de la demanda.

En esencia la cuestión conflictiva puede resumirse como sigue: la naturaleza pública y privada de la recurrente, justifican el sometimiento a la Ley de Defensa de la Competencia cuando actúan con sometimiento a Derecho Privado; o bien, el carácter de Administración Pública de los Colegios, actuando en ejercicio de las funciones que les viene atribuida por Ley, impide el sometimiento de estos a los preceptos de la Ley 16/1989.

Pues bien, lo esencial en la cuestión que se examina, no es determinar la naturaleza jurídica de la actora, sino determinar qué competencias actúan, esto es, debe establecerse si la conducta sancionada se siguió en ejercicio del imperio propio de la Administración, o bien las facultades actuadas quedaban fuera del Derecho Público, y ello, porque en el primer caso nos encontraríamos ante una habilitación legal que justificaría la conducta, aún siendo ésta subsumible en el tipo infractor. Podemos afirmar en un primer momento, 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 -, pero otra cosa es cuando actúa sometida a Derecho Privado, como sujeto de Derecho privado, y al margen de la habilitación legal de potestades. Este supuesto se nos plantea, cuando la Administración ejerce funciones que no le son propias como ente de Derecho Público revestido de imperio, esto es, cuando actúa al margen de la habilitación legal de potestades exorbitantes para el cumplimiento de sus fines. Tales circunstancias, son examinadas en la Resolución impugnada.

CUARTO: Con lo dicho hasta ahora, entramos en el examen de la segunda de las cuestiones enunciadas: naturaleza y alcance de las funciones públicas de los Colegios Profesionales. Es obvia la incidencia de tal extremo en el conflicto de autos: 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 que la conducta no podría ser sancionada ni prohibida por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Pero si la actuación discutida se encuentra fuera del contenido de las funciones públicas, tal conducta carecería de la cobertura

del precepto citado. Pues bien, el artículo 1 de la Ley de los Colegios Profesionales, determina como funciones propias de la Administración Corporativa profesional, la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación de las mismas y la defensa de los intereses profesionales. Tal precepto contiene la delimitación conceptual de las funciones públicas de los Colegios, y por ello a su luz han de interpretarse los contenidos de los preceptos que de una forma concreta reconocen facultades a los mismos. De entre tales funciones concretas hemos de detenernos en dos, la recogida en la letra i) del artículo 5 de la Ley y en el artículo 6 j) del mismo Texto, relativo a la fijación de honorarios en los Estatutos, puesto que en ellas pretende el Consejo recurrente amparar su actuación, consistentes en ordenar la actividad de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares.

En este momento debemos recordar los hechos en virtud de los cuales se impuso la sanción recurrida:

El Consejo actor aprobó en sesión plenaria de 30 de junio de 2000 el artículo 16 del Código Deontológico de la Abogacía, que impide la cuota litis en sentido estricto, esto es, el acuerdo entre abogado y 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. El TDC entendió que ello supone la fijación de precios mínimos contrarios a la libre competencia.

QUINTO: Debemos establecer, a fin de obtener una correcta resolución en el presente conflicto jurídico, si el régimen que examinamos y hemos expuesto antes sucintamente, puede incluirse en el ejercicio de facultades de ordenación de la actividad de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares. Para tal determinación hemos de acudir a otras normas que también inciden en la materia.

La Ley 7/1997 de 14 de abril, modificó la Ley de Colegios Profesionales en lo que ahora interesa en su artículo 2.1 estableciendo: "... 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 de 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..." Se somete así mismo al Tribunal de Defensa de la Competencia, los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica, que habrán de observar lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 16/1989.

De este precepto hemos de extraer una primera conclusión: todos los aspectos relativos a la oferta de servicios y fijación de remuneración se someten a la libre competencia y por ello quedan fuera de la potestad de ordenación de los Colegios y Consejos, pues se constituyen al margen de las potestades administrativas que estos ejercen. Efectivamente, de la exposición que hicimos anteriormente sobre las competencias ejercidas por la Administración Corporativa, resulta que junto a facultades públicas se ejercen facultades privadas, las primeras regidas por el principio de atribución legal, las segundas sometidas a Derecho Privado. Desde el momento en que la Ley 7/1997 establece que en orden a la oferta del servicio y a la remuneración del mismo rige la libre competencia, ha excluido del ámbito de ordenación de los Colegios y Consejos tales aspectos, que han de regirse necesariamente por la Ley reguladora de tales profesiones, así como las normas de

desarrollo reglamentario, bien entendido, que las normas reglamentarias nunca pueden contradecir, por un elemental principio de jerarquía normativa, lo dispuesto en la Ley. Por ello, las normas reglamentarias no pueden establecer restricciones a la libre competencia que sea subsumibles en el artículo 1 de la Ley 16/1989, porque, a tal efecto, es necesario que una Ley establezca la exclusión a tal precepto - bien de manera directa, bien mediante una habilitación legal, pero en ambos casos de manera expresa -, o bien es necesaria la correspondiente autorización por el Tribunal de Defensa de la Competencia con los requisitos y circunstancias legalmente previstas.

De lo expuesto hemos de concluir:

1.- La Ley 7/1997 liberalizó el ejercicio de las profesiones colegiadas en su aspecto de oferta del servicio y establecimiento de remuneración, por ello tales aspectos en su manifestación de libre competencia quedan fuera de la potestad administrativa de ordenación de la Administración Corporativa, pues han pasado a ser determinados por Ley, precisamente la que regula la libre competencia.

2.- Dado que la regulación relativa a prácticas anticompetitivas se establece por norma con rango de Ley, solo otra norma de igual rango puede establecer exclusiones y limitaciones en la materia que nos ocupa, salvo, claro está, la autorización de la conducta cuyo régimen también se regula en norma con rango de Ley.

SEXTO: Ahora bien, la supervisión en materia de remuneración por el TDC no impide que los Consejos y Colegios actúen sus competencias en materia de control sobre el código de conducta de los colegiados en el ejercicio de su profesión. Por ello, es conveniente recordar lo declarado por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 19 de febrero de 2002, dictada en el asunto C-309/99.

En primer lugar define los Colegios de Abogados como asociación de empresas:

"44.

En la letra a) de su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide, en esencia, si debe considerarse que un reglamento sobre la colaboración entre abogados y otras profesiones liberales como el Samenwerkingsverordening 1993, adoptado por un organismo como el Colegio de Abogados de los Países Bajos, constituye una decisión de una asociación de empresas a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado. En particular, se pregunta si el hecho de que la Ley haya conferido al Colegio de Abogados de los Países Bajos competencia para adoptar normativas vinculantes con carácter general tanto para los abogados colegiados en los Países Bajos como para los autorizados a ejercer en otros Estados miembros que se desplacen a dicho Estado a prestar sus servicios influye en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia. También se plantea si la circunstancia de que pueda actuar en interés de sus miembros basta por sí sola para calificarla de asociación de empresas respecto de todas sus actividades o si, a la hora de aplicar el artículo 85, apartado 1, del Tratado, debe dispensarse un trato especial a las actividades que realiza en interés general.

45.

Para determinar si debe considerarse que un reglamento como el Samenwerkingsverordening 1993 constituye una decisión de una asociación de empresas a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado, es necesario

examinar, en primer lugar, si los abogados son empresas en el sentido del Derecho comunitario de la competencia.

46.

Según reiterada jurisprudencia, el concepto de empresa comprende, en el contexto del Derecho de la competencia, cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (véanse, en particular, las sentencias de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, apartado 21; de 16 de noviembre de 1995, Fédération française des sociétés d'assurance y otros, C-244/94, Rec. p. I-4013, apartado 14, y de 11 de diciembre de 1997, Job Centre, «Job Centre II», C-55/96, Rec. p. I-7119, apartado 21).

47.

En este sentido, también es reiterada jurisprudencia que constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (véanse, en particular, las sentencias de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia, 118/85, Rec. p. 2599, apartado 7, y de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia, C-35/96, Rec. p. I-3851, apartado 36).

48.

Los abogados ofrecen, a cambio de una retribución, servicios de asistencia jurídica consistentes en la elaboración de informes, redacción de contratos o de otros actos así como la representación y la defensa ante los órganos jurisdiccionales. Además, asumen los riesgos económicos derivados del ejercicio de dichas actividades, ya que, en caso de desequilibrio entre gastos e ingresos, son los propios abogados quienes han de soportar las pérdidas.

49.

Por consiguiente, los abogados colegiados en los Países Bajos ejercen una actividad económica y constituyen por tanto empresas en el sentido de los artículos 85, 86 y 90 del Tratado, sin que esta conclusión quede desvirtuada por la complejidad y el carácter técnico de los servicios que prestan ni por el hecho de que el ejercicio de su profesión esté regulado (en este sentido véase, en relación con los médicos, la sentencia de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Rec. p. I-6451, apartado 77). "

A continuación la propia sentencia analiza la incidencia de la naturaleza de poder público de los Colegios y el Consejo General de la Abogacía:

"50.

En segundo lugar, hay que examinar en qué medida debe considerarse que una organización profesional como el Colegio de Abogados de los Países Bajos constituye una asociación de empresas en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, cuando adopta un reglamento como el Samenwerkingsverordening 1993 (en este sentido véase, en relación con una organización profesional de agentes de aduana, la sentencia de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia, antes citada, apartado 39).

51.

El demandado en el procedimiento principal alega que, habida cuenta de que el legislador neerlandés ha creado el Colegio de Abogados de los Países Bajos como corporación de Derecho público y le ha conferido competencias normativas con el fin de desempeñar una función de interés público, no cabe calificar a dicho Colegio de asociación de empresas en el sentido del artículo 85 del Tratado, en especial en el marco del ejercicio de las referidas competencias normativas.

52.

La parte coadyuvante en el procedimiento principal y los Gobiernos alemán, austriaco y portugués añaden que un organismo como el Colegio de Abogados de los Países Bajos ejerce la autoridad pública y, por tanto, no le es aplicable el artículo 85, apartado 1, del Tratado.

53.

La parte coadyuvante en el procedimiento principal precisa que un organismo puede ser asimilado a la autoridad pública cuando la actividad que ejerce constituye una misión de interés general que forma parte de las funciones esenciales del Estado. De este modo, el Estado neerlandés encomendó al Colegio de Abogados de los Países Bajos garantizar a los justiciables un acceso adecuado al Derecho y a la justicia, lo que constituye precisamente una función esencial del Estado.

54.

El Gobierno alemán, por su parte, recuerda que incumbe a los órganos legislativos competentes de los Estados miembros decidir, en el marco de la soberanía nacional, la manera en que organizan el ejercicio de sus prerrogativas. La delegación de la competencia de adoptar normativas vinculantes con carácter general a un organismo legitimado democráticamente, como un colegio profesional, se inscribe dentro de los límites de este principio de autonomía institucional.

55.

Se vulneraría este principio, según el Gobierno alemán, si los organismos a los que se ha encomendado estas funciones normativas fueran calificados de asociaciones de empresas en el sentido del artículo 85 del Tratado. Suponer que la legislación nacional sólo es válida cuando la Comisión la declare exenta con arreglo al artículo 85, apartado 3 del Tratado, sería una contradicción en sí misma. Ello equivaldría a poner en tela de juicio toda la normativa emanada de los colegios profesionales. "

A continuación analiza las competencias que se actúan:

"56.

Sobre este particular, ha de determinarse si cuando adopta un reglamento como el Samenwerkingsverordening 1993, un colegio profesional constituye una asociación de empresas o, por el contrario, una autoridad pública.

57.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una actividad que por su naturaleza, las normas que la regulan y su objeto es ajena a la esfera de los intercambios económicos (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de febrero de 1993, Poucet y Pistre, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637, apartados 18 y 19, en relación con la gestión del servicio público de la seguridad social) o se vincula al ejercicio de prerrogativas del poder público (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de enero de 1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, Rec. p. I-43, apartado 30, en relación con el control y la policía del espacio aéreo, y de 18 de marzo de 1997, Diego Cali & Figli, C-343/95, Rec. p. I-1547, apartados 22 y 23, en relación con la vigilancia anticontaminación del medio ambiente marítimo) no está sujeta a la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado.

58.

Debe señalarse, en primer lugar, que cuando adopta un reglamento como el Samenwerkingsverordening 1993, una organización profesional como el Colegio de Abogados de los Países Bajos no ejerce ni una función social basada en el principio de solidaridad, contrariamente a determinados organismos de seguridad social (véase la sentencia Poucet y Pistre, antes citada, apartado 18), ni prerrogativas típicas del poder público (véase la sentencia SAT Fluggesellschaft, antes citada, apartado 30). Actúa como el órgano regulador de una profesión cuyo ejercicio constituye, por lo demás, una actividad económica.

59.

A este respecto, el hecho de que el artículo 26 de la Advocatenwet encomiende asimismo al Consejo General la defensa de los derechos e intereses de los abogados en cuanto tales no permite excluir a priori a esta organización profesional del ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado, ni siquiera cuando ejerce su función reguladora del ejercicio de la abogacía (en este sentido véase, en relación con los médicos, la sentencia Pavlov y otros, antes citada, apartado 86).

60.

Además, existen otros indicios que apoyan la conclusión de que una organización profesional que dispone de competencias normativas, como el Colegio de Abogados de los Países Bajos, no puede sustraerse a la aplicación del artículo 85 del Tratado.

61.

En efecto, por una parte, de la Advocatenwet se desprende que los órganos de gobierno del Consejo de Abogados neerlandés están compuestos exclusivamente por abogados, cuya elección corresponde tan sólo a los miembros de la profesión. Las autoridades nacionales no pueden intervenir en la designación de los miembros de los comités de vigilancia, de la Junta de Delegados ni del Consejo General (en este sentido, véanse las sentencias de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia, antes citada, apartado 42, en relación con una organización profesional de agentes de aduana, y Pavlov y otros, antes citada, apartado 88, en relación con una organización profesional de médicos).

62.

Por otra parte, cuando adopta actos como el Samenwerkingsverordening 1993, el Colegio de Abogados de los Países Bajos tampoco está obligado a respetar determinados criterios de interés público. El artículo 28 de la Advocatenwet, que le autoriza a adoptar reglamentos, se limita a exigir que éstos lo sean en aras del «correcto ejercicio de la profesión» (véase, en relación con una organización profesional de agentes de aduana, la sentencia de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia, antes citada, apartado 43).

63.

Por último, el Samenwerkingsverordening 1993 no es ajeno a la esfera de los intercambios económicos, habida cuenta de su influencia en el comportamiento de los miembros del Colegio de Abogados de los Países Bajos en el mercado de los servicios jurídicos en razón de la prohibición de determinadas formas de colaboración multidisciplinar.

64.

De las consideraciones precedentes se desprende que debe considerarse que una organización profesional como el Colegio de Abogados de los Países Bajos constituye una asociación de empresas a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado cuando adopta un reglamento como el Samenwerkingsverordening 1993. Un reglamento de esta índole expresa la voluntad de los representantes elegidos por los miembros de una profesión destinada a obtener de ellos que adopten un determinado comportamiento en el marco de su actividad económica.

65.

Por lo demás, carece de importancia que el estatuto jurídico del Colegio de Abogados de los Países Bajos sea de Derecho público.

66.

En efecto, el artículo 85 del Tratado, según su propio tenor, se aplica a los acuerdos entre empresas y a las decisiones de asociaciones de empresas. El marco jurídico en el que se celebran tales acuerdos y se toman tales decisiones, así como la calificación jurídica que este marco recibe en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales, no inciden en la aplicabilidad de las normas comunitarias en materia de competencia y, en particular, del artículo 85 del Tratado (sentencias de 30 de enero de 1985, Clair, 123/83, Rec. p. 391, apartado 17, y de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia, antes citada, apartado 40).

67.

Esta interpretación del artículo 85, apartado 1, del Tratado no implica vulnerar el principio de autonomía institucional invocado por el Gobierno alemán (véanse los apartados 54 y 55 de la presente sentencia). Debe hacerse una distinción a este respecto. "

Pues bien, observamos que el Tribunal de Luxemburgo viene a determinar el

sometimiento a la Ley de Defensa de la Competencia de los Colegios Profesionales, en relación a los mismos criterios que exponíamos antes. Y llegados a este punto, el Tribunal realiza una afirmación de especial importancia en el presente caso, y es la distinción entre normas adoptadas solo imputables a la asociación profesional, o bien, cuando el Estado, a través de sus órganos competentes, se reserva la decisión última en la adopción de la norma.

"68.

Una primera posibilidad consiste en que un Estado miembro, al conferir competencias normativas a una asociación profesional, se preocupe por definir los criterios de interés general y los principios esenciales a los que se ha de atener la normativa emanada de dichas asociaciones, así como por conservar su facultad de decisión en última instancia. En este caso, las normas que adopte la asociación profesional tienen carácter estatal y no están sujetas a las normas del Tratado aplicables a las empresas.

69.

Una segunda posibilidad consiste en que las normas adoptadas por la asociación profesional sólo sean imputables a ésta. Es cierto que, en el supuesto de que el artículo 85, apartado 1, del Tratado sea aplicable, correspondería a ésta notificarlas a la Comisión. No obstante, esta obligación no puede paralizar desproporcionadamente la actividad de las asociaciones profesionales, como sostiene el Gobierno alemán, ya que la Comisión dispone, en particular, de la posibilidad de adoptar un reglamento de exención por categoría de conformidad con el artículo 85, apartado 3, del Tratado. "

En el presente caso nos encontramos en el primero de los supuestos.

SÉPTIMO: Efectivamente, el artículo 16 del Código Deontológico que examinamos, es reproducción del artículo 44.3 del Estatuto General de la Abogacía Española aprobado por Real Decreto 685/2001 de 22 de junio.

Nos encontramos pues en el primero de los supuestos señalados por el Tribunal de Luxemburgo, 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 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.

Por último hemos de hacer dos precisiones:

1.- El Tribunal Supremo en sus sentencias de 3 de marzo de 2003, dictada en el recurso 496/2001, y de 1 de junio de 2003, dictada en el recurso 494/2001,

declaró conforme a derecho el artículo 44.3 del Estatuto General de la Abogacía Española.

2.- La conclusión a la que llegó la sentencia del Tribunal de Luxemburgo a la que nos venimos refiriendo, es la siguiente:

"1) Un reglamento sobre la colaboración entre abogados y otras profesiones liberales como el Samenwerkingsverordening 1993 (Reglamento de 1993 sobre la colaboración), adoptado por un organismo como el Nederlandse Orde van Advocaten (Colegio de Abogados de los Países Bajos), debe considerarse una decisión adoptada por una asociación de empresas a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE, apartado 1).

2) Una normativa nacional como el Samenwerkingsverordening 1993, adoptada por un organismo como el Nederlandse Orde van Advocaten, no infringe el artículo 85, apartado 1, del Tratado, dado que dicho organismo pudo considerar razonablemente que tal normativa, a pesar de los efectos restrictivos de la competencia que le son inherentes, era necesaria para el buen ejercicio de la abogacía tal y como está organizada en el Estado miembro de que se trata.

3) Un organismo como el Nederlandse Orde van Advocaten no constituye ni una empresa ni una asociación de empresas a efectos del artículo 86 del Tratado CE (actualmente artículo 82 CE).

4) Los artículos 52 y 59 del Tratado CE (actualmente artículos 43 CE y 49 CE, tras su modificación) no se oponen a una normativa nacional como el Samenwerkingsverordening 1993, que prohíbe toda colaboración integrada entre abogados y auditores, dado que se pudo considerar razonablemente que era necesaria para el buen ejercicio de la abogacía tal y como está organizada en el país de que se trata. "

Todo lo expuesto lleva a la Sala a estimar el recurso, toda vez que la cláusula que nos ocupa queda al margen de la Ley 16/1989 y por tanto del control del TDC.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Consejo General de la Abogacía Española, y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. D^o Fernando Bermúdez de Castro Rosillo, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 26 de septiembre de 2002, debemos declarar y declaramos ser no ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos en el citado aspecto, sin imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248

de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.