

Id Cendoj: 28079230062003100880
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 213 / 2000
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a nueve de junio de dos mil tres.

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 su nombre y representación 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 18 de enero de 2000, siendo Codemandada Dº Alonso y la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo por Consejo General de la Abogacía Española, y en su nombre y representación 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 18 de enero de 2000, solicitando a la Sala, se declare la nulidad del acto impugnado.

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 a tal fin lo que estimó oportuno, e igualmente hizo la codemandada.

TERCERO: No habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veintiocho de mayo de dos mil tres.

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 JURÍDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la

Competencia de fecha 19 de noviembre de 1998, por la que se declara al Consejo General de la Abogacía de España incurso en la conducta descrita en el *artículo 1.1 de la Ley 16/1989*, consistente en la aprobación por dicha entidad, en su Asamblea General de 19 de diciembre de 1997, de un Reglamento de Publicidad que establece limitaciones y restricciones a la competencia, en cuanto al contenido de la información y a los medios soporte de la misma. Como consecuencia de ello, intima al Consejo a cesar en la conducta y le impone una multa de treinta millones de pesetas (ciento ochenta mil trescientos tres euros con sesenta y tres céntimos)

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, las recogidas en las letras i) y k) del *artículo 5 de la Ley*, 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; y procurar la armonía y colaboración entre los colegiados, impidiendo la competencia desleal entre los mismos.

En este momento debemos recordar los hechos en virtud de los cuales se impuso la sanción recurrida: El 19 de diciembre de 1997 la Asamblea General de dicho Consejo aprobó un "Reglamento de Publicidad" con efectos a 1 de enero de 1998, sobre las condiciones en que los abogados pueden realizar publicidad de sus servicios. De entre el régimen establecido, los aspectos que dieron origen a la infracción que analizamos son los que siguen:

1.- La información publicitaria facilitada por el abogado no podrá: hacer referencia a la retribución de los servicios profesionales, incluir fotografías, iconografías o ilustraciones, excepción hecha de los logotipos autorizados por la Junta de Gobierno.

2.- En cuanto al soporte de la información publicitaria, se determina los medios (revistas, folletos, diarios, boletines, cualquier medio de prensa gráfica, guías y publicaciones); se establecen las dimensiones (media página); se regula la frecuencia (una vez a la semana y solo una vez en un mismo número publicado). Se admite igualmente como soporte internet, infovía y correo electrónico. Se establece así mismo el lugar de colocación de las placas o rótulos de la actividad profesional, así como sus dimensiones máximas. Se prohíben letreros o rótulos luminosos así como su colocación en marquesinas, balcones u otras zonas de fachada que no sean las señaladas.

3.- Se regula igualmente el envío de postales informativas o cartas genéricas, conteniendo información objetiva previa autorización de la Junta de Gobierno. E igualmente se determinan los requisitos para la publicación en guías telefónicas, de fax, telex o análogas.

4.- La edición de folletos publicitarios y la edición de circulares informativas requiere previa autorización de la junta de Gobierno. También requiere autorización de la Junta las materias o áreas de ejercicio que podrán incluirse en la publicidad

QUINTO: Debemos establecer, a fin de obtener una correcta resolución en el presente conflicto jurídico, si el régimen de publicidad para los abogados adoptado por el Consejo y 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; y procuración de la armonía y colaboración entre los colegiados, impidiendo la competencia desleal entre los mismos. 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.

Alega la actora como fundamento de su actuación, entre otros aspectos, las argumentaciones vertidas por los Diputados en el Congreso en orden a la necesidad de una limitación al ejercicio de la publicidad por los abogados. Con independencia de que tales argumentos sean atendibles desde su oportunidad política, lo cierto es que, dados los claros términos en que el ejercicio de las profesiones se somete al principio de libre competencia en la *Ley 7/1997*, sería necesario la determinación por norma legal de los límites que el Consejo pretende imponer, pues no estamos ante un problema de decidir cual es la solución más correcta sino qué poder normativo tiene competencia para determinarla; y es evidente que lo es el legislador, pues por norma legal se establece la libre concurrencia en el ejercicio de las profesiones en cuanto a la prestación del servicio y la remuneración, y por norma legal se determinan las prácticas anticompetitivas.

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 aspecto 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.

En este punto hemos de examinar otro de los argumentos esgrimidos por la actora en justificación a las limitaciones a la publicidad que venimos examinando. Se afirma que la *Ley 34/1988 de 11 de noviembre*, en su *artículo 8 da cobertura legal al "Reglamento de Publicidad"* que examinamos, en cuyo caso los requisitos que antes hemos enunciado concurrirían en el presente caso.

Desde ahora hemos de señalar que a la publicidad que realicen los abogados le es de aplicación las disposiciones de la citada Ley, pues regula con carácter general el régimen jurídico del ejercicio de la publicidad. Ahora bien, la limitación por vía reglamentaria que permite la citada norma en el *artículo 8* en relación con el ejercicio de la publicidad se refiere a "... la protección de los valores y los derechos constitucionalmente reconocidos así lo requieran...". es necesario pues la implicación de derechos o valores constitucionales que hagan necesario introducir limitaciones al ejercicio de la publicidad por vía reglamentaria. En el presente caso no concurre tal circunstancia, resulta evidente que la publicidad de los abogados, si bien incide sobre la concurrencia de oferta y demanda, no se vincula ni directa ni indirectamente al derecho de defensa o su ejercicio, pues la publicidad tiende a informar sobre las circunstancias de la prestación del servicio por abogados, pero no aparece vinculada al ejercicio del derecho de defensa o su contenido, pues este requiere el libre acceso a los profesionales de la abogacía - que no se ve afectado por la publicidad -, la defensa gratuita cuando concurren las circunstancias, o la posibilidad real de obtener información sobre los profesionales en ejercicio - que tampoco se ve afectada por la publicidad -.

En fin, la publicidad lejos de suponer un obstáculo en el acceso al abogado, tiende a dar información sobre los mismos, sin impedir el uso de otros medios de información - como pueda ser la consulta en los respectivos Colegios Profesionales o mediante el uso de las guías publicados por ellos -.

SEXTO: Dicho esto hemos de examinar si la regulación en materia de publicidad establecida por el Consejo, incide en los aspectos sometidos a la libre competencia.

En primer lugar, es correcta la apreciación de la Resolución impugnada, cuando afirma que la regulación de la publicidad encierra contenido económico, pues la publicidad tiende a influir en la demanda de productos y servicios, como medio de aumento de los ingresos de quien la realiza, reconociéndose un papel importante en la actividad económica a la publicidad de bienes y servicios.

En cuanto a las concretas limitaciones impuestas a la publicidad, coincidimos con los razonamientos contenidos en la Resolución impugnada: En cuanto a la imposibilidad de realizar publicidad respecto de los precios, afecta a la información sobre unos precios liberalizados y definen un aspecto esencial para el consumidor del servicio que se presta.

Las fotografías, iconografías e ilustraciones pueden, efectivamente, contener información relevante.

La limitación a los soportes de publicidad, así como la necesidad de autorización previa por la Junta de Gobierno en determinados casos, supone un límite a la libre iniciativa del profesional, y la búsqueda del medio más eficaz para realizar la publicidad del servicio que presta.

La publicidad conecta directamente con la prestación del servicio y su remuneración en cuanto tiende a transmitir a los posibles clientes la información relativa a las circunstancias que pueden llevarles a optar por el servicio de un concreto profesional.

Hemos pues de concluir, que la limitación en la publicidad conecta directamente con actuaciones tendentes a restringir o limitar la libre competencia y con aptitud para ello, pues la publicidad, como se decía, incide en la concurrencia entre oferta y demanda, mediante la información a clientes potenciales de las características del servicio prestado.

SÉPTIMO: Dicho esto, hemos de analizar la procedencia de la imposición de la sanción. Así las cosas, reiteradamente hemos declarado la necesaria concurrencia del elemento subjetivo para la imposición de una sanción administrativa. Y así se parte de la idea de que no es admisible una responsabilidad objetiva por el resultado, sin considerar la concurrencia de buena fe en la actora.

Ciertamente es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia y la propia Sala, en la que se afirma que los principios del Derecho Penal son de aplicación, con matizaciones, al Derecho Administrativo Sancionador. Fuera de toda duda queda la necesidad de la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción, bien en su manifestación de dolo o intencionalidad, o culpa o negligencia; pero en todo caso no es posible la imputación del resultado desde principios objetivos de responsabilidad.

Pues bien, en el presente caso concurren las siguientes circunstancias relevantes: el "Reglamento de Publicidad" se aprobó muy poco después de la norma que estableció la liberalización de las profesiones colegiadas - el primero se aprobó el 19 de diciembre de 1997 y la segunda el 14 de abril de 1997 -. Hasta el momento en que la Ley ordenó la liberalización de las profesiones colegiadas, venía admitiéndose sin discusión la posibilidad de establecer límites en su ejercicio con base en las potestades de ordenación de los Colegios y Consejos Profesionales. Puede afirmarse que la liberalización suponía un cambio profundo en la perspectiva jurídica del ejercicio de las profesiones colegiadas, que, en un primer momento, pudo inducir a error sobre el alcance de las potestades de ordenación de la Administración Corporativa, basada, entre otros aspectos, en la inercia del ejercicio de potestades que antes venían siendo reconocidas pacíficamente.

Por ello debemos concluir que no concurre el elemento subjetivo que justifique la imposición de la sanción, toda vez que dadas las circunstancias expuestas resulta que el consejo actor actuó de buena fe, al entender que le asistía la atribución competencial para ordenar los aspectos del ejercicio de la publicidad objeto de recurso, aunque ello, como hemos visto, no era así.

Todo lo expuesto lleva a la Sala a estimar parcialmente el recurso.

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 parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por Consejo General de la Abogacía Española, y en su nombre y representación 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 18 de enero de 2000, debemos declarar y declaramos ser no ajustada a Derecho la Resolución impugnada en lo que se refiere a la sanción de multa impuesta, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos en el citado aspecto, confirmándola en sus restantes pronunciamientos, 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.