

Id Cendoj: 28079130032006100273
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 3
 Nº de Recurso: 7937 / 2003
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: CONTENCIOSO
 Ponente: OSCAR GONZALEZ GONZALEZ
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DEFENSA DE LA COMPETENCIA x
- x PROCEDIMIENTO SANCIONADOR x
- x PUBLICIDAD (PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO) x

Resumen:

La pretensión del Consejo General de la Abogacía Española, que únicamente se refiere al apartado cuarto del acto del Tribunal de Defensa de la Competencia, en el que se ordena "dar traslado del texto íntegro de la resolución a todos los colegiados en los Colegios Profesionales miembros de dicho Consejo en el plazo de dos meses a contar desde su notificación" resulta inadmisibles por razón de su cuantía, ya que como el propio recurrente reconoce, el montante económico que le supondría el cumplimiento de dicha obligación alcanzaría una suma de 6.624.300 pesetas, cantidad muy inferior al límite casacional. Por lo que se refiere al recurso del Abogado del Estado y respecto del tema de la regulación de la publicidad llevada a cabo por los abogados, el Tribunal recuerda que el cambio de un sistema que imponía ciertas restricciones a la oferta de servicios de las profesiones colegiadas a otro de libre competencia no impide que los órganos rectores de los colegios establecieran el marco regulatorio "ex ante" dentro del cual se desarrollase dicha oferta y, por lo tanto, la potestad del Consejo de imponer límites a la publicidad establecidos en el Reglamento podría ser cuestionada en razón de su proporcionalidad, pero no de su existencia.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Septiembre de dos mil seis.

En el recurso de casación nº 7937/2003, interpuesto por el CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, representado por el Procurador Don Fernando Bermúdez de Castro Rosillo, y asistido de letrado y por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 9 de junio de 2003, recaída en el recurso nº 213/2000, sobre sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia por infracción del artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989; habiendo comparecido como parte recurrida Don Carlos Jesús , representado por la Procuradora Doña Beatriz de Mera González, y asistido de letrado, y la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Consejo General de la Abogacía Española aprobó el 19 de diciembre de 1997 el Reglamento de Publicidad. En su Capítulo III se regula el contenido de la publicidad, y se establece:

<<"Artículo cuarto:

...4.- Expresar contenidos persuasivos, ideológicos, de autoalabanza o de comparación y tampoco se podrá hacer referencia a la retribución de los servicios profesionales.

...8.- Incluir fotografías, iconografías o ilustraciones, excepción hecha de los logotipos autorizados por

la Junta de Gobierno.">>

En su Capítulo IV, dedicado al soporte de la información publicitaria, impone las siguientes limitaciones:

<<"Artículo quinto:

1.- Se establecen como soportes de la información objetiva, exclusivamente, los que a continuación se relacionan:

Revistas, folletos, diarios, boletines, cualquier medio de prensa gráfica, guías y publicaciones. Las dimensiones y proporciones del anuncio no podrán superar el espacio de media página. La frecuencia máxima con la que un abogado o un despacho de abogados se podrá anunciar en cualquiera de estos medios será de una vez a la semana, y el abogado o el despacho no podrá aparecer más de una vez en un mismo número publicado.

Igualmente será soporte admitido el internet, infovía y correo electrónico. Las páginas web deben sujetarse en cuanto a su contenido en la vertiente publicitaria a lo dispuesto en el Art. 3 de este Reglamento.

2.- Las placas o rótulos de la actividad profesional, se colocarán adosadas a las paredes o puertas de entrada en los edificios y pisos, tendrán unas dimensiones máximas de 0,50 x 0,35 m.

La información que contengan deberán sujetarse a los límites autorizados en el artículo tercero.

En todo caso, se estará a la costumbre del lugar y corresponderá a la Junta de Gobierno, territorialmente competente, rechazar aquellos modelos que por su configuración no cumplan los criterios locales.

Se prohíben los rótulos y letreros luminosos, así como los situados en marquesinas, balcones u otras zonas de fachadas que no cumplan lo establecido anteriormente.>>

En su Capítulo V, dedicado a "Actos lícitos y Actos prohibidos por la normativa", considera, entre otros, "actos lícitos dentro del marco de la publicidad":

<<"Artículo sexto:

4.- Envíos postales informativos o cartas genéricas conteniendo exclusivamente la información objetiva, previa autorización de la Junta de Gobierno del Colegio, con los límites establecidos en el art. 7, punto 5.

5.- La publicación de su condición de abogado en las guías telefónicas, de fax, telex o análogas con caracteres normales y dimensiones máximas de 5 cm x 1 cm. como también en las guías profesionales nacionales o extranjeras editadas con esta finalidad.">>

En su Capítulo VI, referido a las actividades publicitarias sometidas a autorización por la Junta de Gobierno, se encuentra, entre otras:

[...] "La edición de folletos publicitarios sobre las características del despacho o del ejercicio profesional.

La edición de circulares informativas sobre materias jurídicas así como los anuncios en prensa cuando contengan publicidad de un bufete o grupo de bufetes profesionales de Abogado referida a materias jurídicas."

Finalmente, la Disposición adicional primera, a los efectos de lo dispuesto en el art. 3.5 del Reglamento, enumera las consideradas "materias o áreas de ejercicio preferente", quedando limitadas:

[...] "hasta un número máximo de tres por Abogado, podrán ser elegidas por éste sin más limitación que la de ser veraz en su desarrollo y comunicarlas a la Junta de Gobierno."

El abogado don Carlos Jesús presentó denuncia en el Servicio de Defensa de la Competencia, por

prácticas restrictivas. Tramitado el expediente y seguido el procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Competencia se dictó acuerdo el 18 de enero de 2000 con el siguiente contenido:

<<"Primero.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una práctica prohibida por el apartado 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, imputable al Consejo General de la Abogacía Española, consistente en la aprobación por dicha entidad, en su Asamblea General de 19 de diciembre de 1997, de un denominado Reglamento de Publicidad que contiene prohibiciones y limitaciones restrictivas de la competencia en cuanto al contenido de la información y a los medios soporte de la misma.

Segundo.- Intimar al citado Consejo, como autor de la práctica declarada prohibida, para que cese en la realización de la misma y que en lo sucesivo se abstenga de adoptar decisiones semejantes a la anterior.

Tercero.- Imponer al Consejo General de la Abogacía Española una multa de treinta millones de pesetas.

Cuarto.- Ordenar al citado Consejo dar traslado del texto íntegro de ésta Resolución a todos los colegiados en los Colegios Profesionales miembros de dicho Consejo en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.

Quinto.- Ordenar la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de dos diarios de información general de ámbito nacional, a costa del Consejo General de la Abogacía Española.

Sexto.- La justificación de lo ordenado en los apartados anteriores deberá hacerse ante el Servicio de Defensa de la Competencia.">>

Contra este acuerdo el Consejo General de la Abogacía Española interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el que recayó sentencia el 9 de junio de 2003 con el siguiente fallo:

<<"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. 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 no ser 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.">>

La sentencia se fundó en que:

<<"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.

[...] 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.

[...] 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.

[...] 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 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.

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-.

[...] 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

tendientes 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.

[...] 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">>.

SEGUNDO.- Notificada esta sentencia a las partes, por el CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA y por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO se presentaron escritos preparando recurso de casación, los cuales fueron tenidos por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 4 de septiembre de 2003, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, las recurrentes (CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA y ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO) comparecieron en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formularon en fecha 20 de octubre de 2003 y 29 de enero de 2004 respectivamente, los escritos de interposición del recurso de casación, en los cuales expusieron, los siguientes motivos de casación:

Por el CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA:

Único) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra c) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, ya que ésta carece de motivación alguna respecto a la confirmación de, entre otros, el pronunciamiento cuarto de la resolución impugnada en el recurso, por lo que infringe, en especial, los arts. 24.1 y 120.3 de la Constitución y 248 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, así como la jurisprudencia recaída en relación con los mismos.

Terminando por suplicar dicte sentencia en la que se estime el recurso por el motivo alegado, case la sentencia recurrida y resuelva conforme a lo solicitado en el suplico del escrito de demanda, o bien ordena la reposición de las actuaciones al momento de la redacción de la sentencia recurrida, todo ello, conforme se expone en la parte final del motivo aducido.

Por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO:

Único) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que resultaban aplicables para resolver la cuestión planteada representada por el art. 10 de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con el art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Terminando por suplicar dicte sentencia por la que, estimando el recurso, case y anule la sentencia recurrida, dictando en su lugar otra más conforme a Derecho, por la que se restablezca en la integridad de sus pronunciamientos y efectos jurídicos el acto administrativo que la sentencia dejó sin efecto, con lo demás que sea procedente.

CUARTO.- Por providencia de la Sala, de fecha 26 de enero de 2005, se acuerda admitir a trámite el presente recurso de casación, ordenándose por otra de 4 de marzo de 2005 entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurridas (ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO y a Don Carlos Jesús), a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al mismo; lo que hicieron mediante escritos de fechas 15 y 21 de abril de 2005 respectivamente, en los que expusieron los razonamientos que creyeron oportunos y solicitaron se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

QUINTO.- Por Auto de la Sala, de fecha 5 de diciembre de 2005, se acuerda dar traslado al Consejo General de la Abogacía Española para que conteste al trámite de oposición del recurso de casación formulado por la Administración General del Estado, siendo evacuado el trámite conferido mediante escrito de fecha 19 de enero de 2006, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dicte sentencia por la que desestime el recurso e imponga las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo establecido en la Ley Jurisdiccional.

SEXTO.- Por providencia de fecha 30 de mayo de 2006, se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 13 de septiembre siguiente, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Óscar González González, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional estimó parcialmente el recurso interpuesto por el Consejo General de la Abogacía Española contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que declaraba a dicho Consejo incurso en la conducta descrita en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en la aprobación 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.

La Sala de instancia razonó que, aunque el Consejo General ejercita, conforme a la Ley 2/1974 de Colegios Profesionales, funciones públicas y privadas, las relativas al régimen de publicidad, no pueden incluirse dentro de las primeras, puesto que no puede encuadrarse dentro de las que delimita el art. 1º de dicha Ley, ni en los apartados i) y k) del art. 5 que son en los que se apoya la parte recurrente. Al no ser propias de la función pública del Consejo, no están amparadas por el art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, y, por tanto, todos los aspectos relativos a la oferta de servicios y fijación de remuneración quedan sometidas al derecho privado de acuerdo con lo establecido en la Ley 7/1997, de 14 de abril, que modificó la Ley de Colegios Profesionales, y que establece que el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto a la ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley de Competencia Desleal, sometiéndose los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica al Tribunal de Defensa de la Competencia, sin que normas reglamentarias de rango inferior puedan contradecir lo dispuesto en aquella Ley. Considera, no obstante, la Sala "a quo" que debido al escaso tiempo transcurrido entre la aprobación de la Ley 7/97, y el Reglamento aprobado por el Consejo, suponiendo la liberalización un cambio profundo respecto del sistema anterior de reconocimiento pacífico de estas potestades de ordenación, el elemento subjetivo de la infracción no concurre, y, por tanto, aunque declara conforme a Derecho el acto recurrido en lo referente a la calificación de la conducta, anula la sanción de 30 millones de pesetas impuesta.

Han interpuesto recurso de casación contra esta sentencia tanto el Abogado del Estado como el Consejo General de la Abogacía por los motivos que han quedado transcritos en los antecedentes.

SEGUNDO.- El Consejo General de la Abogacía Española, en su recurso de casación, no discute la conformidad a Derecho de la sentencia en cuanto a la calificación jurídica de su conducta y su incardinación

en el artículo 1º de la Ley de Defensa de la Competencia. Este aspecto, a pesar de su trascendencia teórica y práctica, no puede por ello ser tratado por esta Sala, dado los límites en que debe moverse, marcados siempre por los escritos de las partes. El recurso únicamente se formula respecto a la falta de motivación de la sentencia al no resolver una de las cuestiones controvertidas, y que se expuso en la demanda: la relativa al apartado "cuarto" del acto del TDC por el que se ordena al citado Consejo "dar traslado del texto íntegro de esta resolución a todos los colegiados en los Colegios Profesionales miembros de dicho Consejo en el plazo de dos meses a contar de su notificación".

Aduce el Consejo que esta pretensión anulatoria, fue ejercida en la demanda con base en argumentos autónomos -exceso de facultades del TDC, lesión del principio de legalidad, sanción pecuniaria encubierta-, pese a lo cual no fue resuelta por la Sala en su sentencia, que se limita en su fallo a confirmar el acuerdo del TDC "en sus restantes pronunciamientos", sin explicar los motivos que le llevan a considerar legal la imposición de esa obligación de notificación.

Concretado de esta forma el objeto del recurso, debe declararse su inadmisibilidad por razón de la cuantía. En efecto, la propia parte recurrente en su escrito de interposición analiza el montante económico que le supondría el cumplimiento de la resolución del apartado "cuarto" del acuerdo del TDC, y llega a la conclusión de que alcanzaría una cantidad mínima de 6.624.300 pesetas. Se trata, por tanto, de una cuantía muy inferior a la de 25 millones de pesetas que preve el artículo 86.2.b) de la Ley Jurisdiccional para dar acceso a la casación.

En cualquier caso, aunque hubiera sido estimado el recurso por falta de motivación, y esta Sala hubiera tenido que pronunciarse sobre la legalidad de dicho apartado "cuarto", habría concluido que el mismo se ajusta a lo previsto en el artículo 46.2, cuyo apartado c) permite al TDC "ordenar la remoción del los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público", siendo la notificación a los colegiados -en cualquiera de las formas que permita tener constancia de su recepción- del acto de dicho Tribunal, el medio más adecuado para que estos tomen conocimiento del acuerdo en relación con las limitaciones a la publicidad, lo que por otra parte viene también amparado por el apartado b) de dicho artículo que le permite "imponer condiciones u obligaciones determinadas".

TERCERO.- El Abogado del Estado en su escrito de recurso considera infringido el art. 10 de la Ley de Defensa de la Competencia. A su juicio, la existencia de una conducta infractora presupone la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción, sin que pueda dissociarse infracción y sanción, ya que si existe dolo y culpa, la sanción es consecuencia establecida por ley. Añade que no es posible que la culpabilidad exista a efectos de la imputación de la conducta y deje de existir al mismo tiempo a efectos de la sanción. Concluye que no comparte la apreciación de la Sala de instancia en orden a que una Corporación como el CGAE pueda actuar erróneamente, con negligencia excusable, cuando su decisión ha venido precedida de estudios y consultas.

El primer aspecto del recurso debe rechazarse, pues del mismo artículo 10 LDC se desprende que la sanción solo es posible previa existencia de una deliberada o negligente conducta infractora. Esto no podía ser de otra forma en el estado actual del derecho sancionador, en el que se han superado los viejos esquemas de responsabilidad objetiva y sin culpa. Esta Sala lo ha reconocido en su sentencia de 23 de febrero de 2000, que, si bien referida a un caso de confianza legítima, distinguió los aspectos competenciales y sancionadores del acto del TDC, permitiendo la pervivencia de aquellos, y la ausencia de éstos, en los supuestos de falta de los elementos subjetivos de la conducta.

Más sólido es el segundo aspecto del motivo, pues difícilmente puede concebirse que el Consejo General de la Abogacía, órgano integrado de juristas de reconocida solvencia, avezados en las lides del Derecho, pueda ignorar la trascendencia de sus actos en cuanto a sus implicaciones jurídicas, y menos aún que ignore, como parece desprenderse de la sentencia, la vigencia de una Ley dictada unos meses antes, que además produjo un gran debate en la doctrina. En este aspecto habría que dar la razón al Abogado del Estado.

Ahora bien, lo que si debe plantearse en este momento es si el Consejo actuó en la creencia - buena fe, dice la sentencia- de que entre las potestades que le confiere el ordenamiento jurídico estaba la de dictar un Reglamento sobre la publicidad que pueden ejercer sus colegiados. Al encontrarse limitada esta Sala por los estrictos cánones de la casación no puede pronunciarse sobre la legalidad de las medidas adoptadas por este Reglamento, al no haber planteado el Consejo su recurso contra aquella parte del acto administrativo que la sentencia declara legal. Sin embargo, si que se puede poner de manifiesto que ya en aquella fecha el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había dictado su sentencia de 24 de febrero de 1994 en la que se afirma que "la naturaleza especial de la profesión que ejerce el abogado, que en su

calidad de auxiliar de la justicia, se beneficia del monopolio y de la inmunidad de sus alegaciones, pero (por ello) debe dar testimonio de su discreción, de honestidad y de dignidad en su conducta, las limitaciones a la publicidad encuentran tradicionalmente su origen en estas particularidades". Tras esta sentencia, esta Sala ha dictado varias en las que ha reconocido la legalidad de estas limitaciones (SS 29 de mayo de 2001, 3 de marzo de 2003, 1 de junio de 2003, 3 de junio de 2004, 22 de diciembre de 2004, etc).

El cambio de un sistema que imponía ciertas restricciones a la oferta de servicios de las profesiones colegiadas, a otro de libre competencia, operado por la Ley 7/1997, no impedía, por tanto, que los órganos rectores de los Colegios estableciesen el marco regulatorio "ex ante" dentro del cual se desarrollase dicha oferta. La potestad del Consejo de imponer límites a la publicidad establecidos en el Reglamento podría ser cuestionada en razón de su proporcionalidad, pero no de su existencia, que le viene atribuida por la Ley 2/1974, cuyo art. 5.1.i) expresamente le otorga la de "ordenar, en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de sus colegiados", y que en la materia de publicidad podría incidir directamente en aspectos éticos, de dignidad profesional y de respeto a particulares, aspectos cuya defensa le está encomendada a los órganos colegiales.

Por esta razón, se puede indicar, que, sin entrar a examinar la legalidad de cada una de las restricciones que el Reglamento impone a la publicidad hecha por los abogados, si que puede señalarse, como hace la sentencia de esta Sala de 3 de marzo de 2003, "...Ubicados en este ámbito jurisprudencial, que acepta la potestad colegial para establecer ciertas limitaciones a la publicidad de los abogados, resulta claro, sin embargo, que en nuestro ordenamiento las eventuales restricciones que se impongan por esta vía reglamentaria no podrán constituir, a su vez, una vulneración del artículo primero de la Ley de Defensa de la Competencia, que es el que los demandantes consideran infringido por los citados preceptos relativos a la publicidad.

A este respecto cabe señalar que este precepto, al prohibir todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, no constituye una norma aislada, de valor absoluto e ilimitado, sino que se integra en un sistema que ha de aceptar la presión del resto del mismo, como específicamente reconoce la propia Ley de Defensa de la Competencia, al señalar en su artículo segundo que las prohibiciones del primero 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".

Ante estas consideraciones cabe concluir, que las bases sobre las que se asienta el acto del TDC, se realizan sobre aspectos abstractos reñidos con esa potestad. Fundamentos tales como "facilitar el conocimiento de los mismos a los consumidores", "restricciones injustificables a la libre iniciativa de los profesionales", "autonomía plena en sus actuaciones", suponen una negativa de la potestad colegial antes examinada. Todo ello lleva a esta Sala a considerar que la actuación del Consejo General se desarrolló en la creencia de que estaba amparada por el art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, lo que permite aplicar la doctrina de esta Sala, recogida en sentencias de 1 de febrero de 1990, 23 de febrero de 2000, y las que en ellas se citan, y a la doctrina comunitaria contenida en las sentencias del Tribunal de Justicia, resolutorias de los casos Tomadini de 16 de mayo de 1979, Unifrex de 12 de abril de 1984, Hauptzollamt Hambur-Jonas/P.Krucken de 26 de abril de 1988, y sobre todo la doctrina Leclerc, recogida en las sentencias de 16 de noviembre de 1977, 21 de septiembre de 1988 y 10 y 29 de enero de 1985.

CUARTO.- De conformidad con el art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional, procede la condena en costas del recurso a las partes recurrentes.

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad EL REY,

FALLAMOS

Que declaramos inadmitir y, por lo tanto, INADMITIMOS el presente recurso de casación nº 7937/2003, interpuesto por el CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, y declaramos no haber lugar y, por lo tanto, DESESTIMADOS, el presente recurso de casación, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, en fecha 9 de junio de 2003, recaída en el recurso nº 213/2000; con condena en costas a las partes recurrentes.

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 PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su

fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.