



Roj: **STS 2334/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2334**

Id Cendoj: **28079130032019100187**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **15/07/2019**

Nº de Recurso: **3883/2018**

Nº de Resolución: **1068/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1249/2018,**
ATS 9402/2018,
STS 2334/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.068/2019

Fecha de sentencia: 15/07/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3883/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/06/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

R. CASACION núm.: 3883/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1068/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 15 de julio de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3883/2018 interpuesto por el la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por el Abogado del Estado, contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de abril de 2018 dictada en el recurso contencioso-administrativo 724/2015 . Se ha personado como parte recurrida el CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, representado por el Procurador D. Luis de Villanueva Ferrer.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 12 de abril de 2018 (recurso contencioso-administrativo 724/2015) en cuya parte dispositiva se establece:

<<FALLAMOS.- Que estimamos el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Luis de Villanueva Ferrer, en nombre y en representación del Consejo General de la Abogacía Española, contra la resolución procedente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 1 de septiembre de 2015 por la que se acordó sancionar al CGAE por una infracción a la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia cometida en la gestión del servicio de asistencia jurídica gratuita, resolución que anulamos por no ser conforme a derecho. Con expresa imposición de costas Administración demandada>>.

SEGUNDO.- Como deja señalado la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional (F.J. 2º) la resolución sancionadora impugnada en el proceso expone en su fundamentación lo siguiente:

<<La actividad de asistencia jurídica gratuita se ha visto afectada por la Directiva de Servicios, cuya transposición al ordenamiento interno español se ha llevado a cabo a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (conocida como Ley Paraguas), y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (conocida como Ley Ómnibus).

La Directiva de Servicios se asienta en el principio básico de libertad de acceso a las actividades de servicios y su libre ejercicio, de forma que se eliminen por las autoridades competentes todos los regímenes de autorización, con la excepción de aquellos que cumplan la triple condición establecida en el artículo 5 de la Ley Paraguas : no ser discriminatorios, ser necesarios y proporcionados.

En relación con el establecimiento de restricciones territoriales al ejercicio de una actividad de prestación de servicios, resulta asimismo conveniente mencionar el Artículo 11.1.a de la Ley Paraguas , indicativo de que la normativa que regule el acceso o ejercicio de una actividad de servicios no puede supeditarse a restricciones de carácter territorial. La excepción a este principio se admite mediante Ley, en situaciones en las que exista una razón imperiosa de interés general, siempre que no sea discriminatorio ni proporcionada>>.

Partiendo de lo anterior, el fundamento jurídico tercero de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia justifica la imposición de la sanción en los siguientes términos:

<<esta Sala de Competencia de la CNMC considera que el Art. 2.1 del Reglamento del turno de oficio, asistencia al detenido o preso y derecho a la justicia gratuita del Iltre. Colegio de Abogados de Guadalajara, en su actual redacción (vid. Hecho Acreditado Segundo), es contrario a la vigente legislación en materia de Defensa de la Competencia.

(1) En primer lugar, la exigencia de estar incorporado al Colegio de Abogados de Guadalajara para ejercer la prestación de servicios de asistencia jurídica gratuita en su demarcación territorial supone una restricción de la competencia contraria al principio de colegiación única previsto en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, toda vez que compartimenta geográficamente el mercado y limita la oferta de abogados a aquellos colegiados en Guadalajara.

(2) Lo mismo cabe decir respecto de los requisitos de residencia y despacho profesional en la provincia de Guadalajara, pues ambos constituyen una clara compartimentación territorial que limita la competencia, favoreciendo a los abogados radicados en el territorio de la demarcación colegial en detrimento de los que no lo están, sin que dicha restricción pueda entenderse exenta en virtud de la Orden del Ministerio de Justicia de 1997, norma que carece del rango legal exigido por el Art. 4 de la vigente Ley de Defensa de la Competencia .

(3) Así mismo, la exigencia de experiencia profesional -3 años de ejercicio efectivo, 5 para el Turno Penal Especial- supone una barrera injustificada de acceso al turno de oficio para abogados de reciente colegiación, o simplemente con menos años de experiencia que los exigidos por el Colegio pero que, sin embargo, tengan capacidad técnica suficiente derivada del requisito de haber superado los cursos de formación correspondientes. A diferencia de este último requisito, previsto en el artículo 25 de la Ley 1/1996 , el de experiencia profesional carece de amparo legal, sin que la previsión contenida a tal efecto en el Art. 33 del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita pueda, a la luz del Art. 4 de la LDC , suplir esa carencia.

Adicionalmente, los requisitos descritos constituyen un obstáculo a la libre prestación de servicios y unidad de mercado, infringiendo el principio de no discriminación por razón de residencia o establecimiento contenido en el artículo 5 de la "Ley Paraguas " y en los artículos 3 y 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre , de garantía de la unidad de mercado cuyo artículo 17, por otro lado, desarrolla la instrumentación de los principios de necesidad y proporcionalidad>>.

La Sala de la Audiencia Nacional resuelve el recurso reiterando consideración que ya había expuesto en su anterior sentencia de 26 de marzo de 2018 (recurso contencioso-administrativo 709/2015) en la que se resolvía el recurso planteado por el Colegio de Abogados de Guadalajara contra la misma resolución sancionadora que aquí nos ocupa y contra la cual la Abogacía del Estado también preparó e interpuso recurso de casación (casación 4232/2018).

De la fundamentación de esa sentencia anterior de la Audiencia Nacional, que la sentencia ahora recurrida reproduce, interesa reseñar aquí los siguientes apartados o fragmentos:

<< (...) CUARTO.- En el caso presente debe partirse de la doble naturaleza de los Colegios Profesionales lo que conlleva la doble naturaleza, también, de los actos que emanan de dichos Colegios. Esta distinción será básica a la hora de concluir en la legalidad de las exigencias sobre residencia, domicilio y experiencia profesional que la resolución recurrida considera que infringen el artículo 1 de la LDC .

Es el momento de adelantar que en esta sentencia concluiremos que la resolución administrativa es contraria a derecho por haber infringido lo previsto en la LDC sin perjuicio de que se hubieran podido aplicar otras normas por entender que las exigencias descritas constituyen, aunque solo de facto, un obstáculo a la libre prestación de servicios y unidad de mercado.

Esta Sala en relación al funcionamiento dual de los Colegios profesionales, en la sentencia correspondiente al recurso 350/2004 afirma: "Si bien, el artículo 5.1 i) de la Ley 2/1974 , confiere a los Colegios la potestad para ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de sus colegiados, lo cierto es que, en ningún caso esta regulación podrá vulnerar las reglas del art. 1 de la LDC , sin perjuicio de lo dispuesto en su artículo 2 (STS de 20 de septiembre de 2006, rec. n.º 7937/2003)".

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. (Así lo ha afirmado esta Sala en diversos recursos y sus correspondientes sentencias, como la dictada en los recursos 1209/2001 y 749/2002)

En esencia la cuestión conflictiva puede resumirse como sigue: la naturaleza pública y privada del Colegio 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 LDC.

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, aun 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.

QUINTO.- Es necesario partir de la normativa aplicable al servicio de Justicia Gratuita:

La Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, prevé en su artículo 25 [...] que el Ministerio de Justicia "establecerá los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, con objeto de asegurar un nivel de calidad y de competencia profesional que garantice el derecho constitucional a la defensa".

El art. 22 otorga a los colegios profesionales la potestad normativa y de organización del servicio [...]

Artículo 26 del RD 996/2003 por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, establece [...]

También es de aplicación la Orden de 3 de junio de 1997 por la que se establecen los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita. Dicha Orden, que se encuentra vigente al no haber sido derogada, establece lo siguiente: [...]

SEXTO.- Obviamente, en el caso que nos ocupa, la prestación del servicio de justicia gratuita no es una función que desempeñen los Colegios de Abogados como libre ejercicio de servicios profesionales sino que se trata de una actividad en la que concurre un importante componente público y en el que el interés general aconseja la prestación de dicho servicio del modo más eficaz posible y manteniendo unos parámetros razonables de calidad.

También deber tomarse en consideración que, en relación a la prestación del servicio de justicia gratuita, nos encontramos ante lo que es, claramente, una actividad económica pero que se encuentra notablemente regulada y en la que no existe un mercado libre; por lo tanto, la aplicación de las exigencias de la LDC no puede realizarse del mismo modo que si estuviéramos ante otro tipo de actividad económica en la que no concurriera tal importante regulación pública.

Son muchas las razones que permiten justificar las exigencias que la resolución ahora impugnada considera contrarias a la LDC y que obligan a la estimación de la demanda:

- Permite garantizar un nivel de calidad en la prestación del servicio y para ello se justifica la exigencia de un plus de excelencia profesional que se garantiza con la necesidad de unos años de experiencia profesional.
- El propio Colegio asume la posible declaración de responsabilidad de la actuación de su colegiado por lo que es necesario que sea miembro del Colegio en cuestión.
- El Colegio está obligado a garantizar la rapidez y agilidad en la referida prestación del servicio; de ahí la obligación de residencia y de disponer de despacho abierto.

La prestación de un servicio en el mercado libre no es lo que está en juego en el caso presente en que se trata de la prestación de un servicio público y de interés general y que debe hacerse con las máximas garantías; la ley 17/2009 que traspone la Directiva de Servicios en su artículo 9.2 establece unos requisitos claros a estos efectos: "Todos los requisitos que supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio deberán ajustarse a los siguientes criterios:

- a) No ser discriminatorios.
- b) Estar justificados por una razón imperiosa de interés general.
- c) Ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general.
- d) Ser claros e inequívocos.

- e) Ser objetivos.
- f) Ser hechos públicos con antelación.
- g) Ser transparentes y accesibles.

Obviamente, el interés general justifica el establecimiento de determinadas limitaciones resultando que no se ha acreditado la desproporción de las esas mencionadas limitaciones pues tienen, claramente, un objetivo que cumplir.

No puede dejar de señalarse, porque también a ello se refiere la resolución impugnada al final de su Fundamento Jurídico Tercero, la posible aplicación a un supuesto como el presente del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado cuando afirma lo siguiente: Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes.

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

No obstante, dicha norma no era aplicable al caso presente en el que la denuncia que dio lugar a la incoación del procedimiento se presentó en Marzo de 2013 cuando la Ley 20/2013 de garantía de la unidad de mercado entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, lo que se produjo en Diciembre de ese mismo año.

SÉPTIMO.- La sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el recurso 3242/2014, citada por la parte recurrente en el escrito de conclusiones, en relación a la impugnación del Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Servicios de Representación Gratuita y Turno de Oficio de adscripción universal y forzosa de sus colegiados al turno especial de asistencia jurídica gratuita, resulta relevante a estos efectos y orienta, también, el sentido estimatorio del fallo que debe dictarse.

Esta sentencia reconoce la autonomía organizativa de los Colegios, de donde deriva, aplicando el mismo criterio, la posibilidad auto normativa cuando afecta a un interés general y, además no se excede de su ámbito general de aplicación: "Aquí nos encontramos ante una -de otras posibles- formas de prestación de una obligación legalmente impuesta, cual es la de garantizar el derecho constitucional de asistencia jurídica gratuita (representación procesal, en este caso), establecida por el Colegio de Procuradores de Madrid, Corporación profesional que ostenta legalmente la potestad normativa y organizativa para asegurar la eficacia y continuidad de esa asistencia, y que constituye un deber colegial de los procuradores adscritos al dicho colegio".

La resolución recurrida sanciona al Colegio recurrente por una supuesta infracción del artículo 1 de la ley 15/2007 de Defensa de la Competencia; dicho artículo establece, por lo que ahora interesa que: "1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

Hay una razón sustancial que impide entender que este precepto se aplique en el caso ahora recurrido (indebida aplicación del artículo 1 de la LDC que obliga a la estimación de la demanda) y es la que hace referencia a que no existe libre competencia en la prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita que pudiera ser restringida o falseada; ahora existe un turno de letrados que actúan en el turno de oficio y que son llamados a actuar según viene siendo necesario para cubrir las asistencia a las que son llamados.

La normativa europea sobre competencia, así como la normativa interna, tratan de garantizar el beneficio del consumidor en las actividades de contenido económico y garantizar que sea el consumidor el que obtenga el mayor beneficio al mejor precio; sin embargo, en materia de justicia gratuita, dicho beneficio no existe y ello puesto que ni el consumidor puede elegir quien debe prestarle el servicio que demanda, ni tampoco existe competencia real entre todos aquellos que prestan el servicio y ello pues la llamada a la prestación del servicio es por medio de un turno, de una lista, en la que se producen llamamientos sucesivos>>.

Por tales razones -tomadas, como decimos de lo razonado por la propia Sala de la Audiencia Nacional en su anterior sentencia de 26 de marzo de 2018 (recurso contencioso-administrativo 709/2015 - la

sentencia recurrida estima el recurso interpuesto por el Consejo General de la Abogacía y anula la resolución sancionadora de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación de la Administración del Estado, siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de 24 de septiembre de 2018 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

En la parte dispositiva del auto de admisión se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) 2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si resulta o no aplicable la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, a la actuación y regulación de los Colegios de Abogados en sus funciones de organización del turno de oficio.

3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, los artículos 1 y 4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con los artículos 3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, y 25 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.>>

CUARTO.- La Abogacía del Estado formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 30 de octubre de 2018 en el que alega, en síntesis, que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 1 y 4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con los artículos 3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales; 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, y 25 de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita.

Señala la Abogacía del Estado que la jurisprudencia que debe fijarse en la sentencia respecto de la cuestión de interés casacional objetivo indicada en el auto de admisión es la siguiente:

Que la actuación y regulación de los Consejos y Colegios de Abogados en sus funciones de organización del turno de oficio constituyen una actividad económica de interés general sujeta a las normas de competencia y por tanto al artículo 1 de la LDC, y no exceptuada por el artículo 4 de la citada Ley.

Añade que, aunque no quedó recogida en el auto de admisión, en su escrito de preparación del recurso de casación pidió -y sigue considerándolo necesario- que se fije jurisprudencia sobre las consecuencias subsiguientes a la cuestión de interés casacional objetivo recogida en el apartado 2º) de la parte dispositiva del auto de admisión; y ello en el siguiente sentido:

- Que las restricciones geográfica y profesional establecidas para los abogados que quieran incorporarse al turno de oficio en las normas del Colegio de Abogados de Guadalajara vulneran las libertades de establecimiento y prestación de servicios, no están justificadas en imperiosa razón de interés general, con innecesarias y desproporcionadas, sin que la Orden de 3 de junio de 1997 pueda ampararlas por su rango reglamentario y su derogación tácita por Ley 17/2009.

- Y, que, en consecuencia, dichas restricciones recogidas en las normas colegiales del turno de oficio vulneran los artículos 3 LCP en relación con el artículo 25 LAJG y 3.11 de la Ley 17/2009, constituyendo una infracción del artículo 1 LDC no excluida por el artículo 4 LDC.

Termina el escrito de la Abogacía del Estado solicitando que se dicte sentencia en la que se declare

<< (...) Que la actuación y regulación de los Consejos y Colegios de Abogados en sus funciones de organización del turno de oficio constituye una actividad económica de interés general sujeta a las normas de competencia, siendo las restricciones territoriales y profesionales de dicha regulación contrarias al artículo 1 LDC y no amparadas por el artículo 4 LDC; fijando la jurisprudencia correspondiente en los términos solicitados o, en los que pueda considerar esa Sala y Sección más ajustados a Derecho; y, con arreglo a dicha doctrina case y anule la sentencia recurrida, para, en su lugar dictar nueva sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso interpuesto en la instancia y se confirme la Resolución de la CNMC, de 1 de septiembre de 2015 (expediente S/0491/13)>>

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 12 de noviembre de 2018 se tuvo por interpuesto el recurso y se acordó dar traslado a la parte recurrida para que pudiese formular su oposición.

SEXTO.- La representación del Consejo General de la Abogacía Española formalizó su oposición mediante escrito presentado el 3 de enero de 2019 en el que, tras formular sus alegaciones en contra de lo aducido por la parte recurrente, termina solicitando que se dicte sentencia por la que desestime en su integridad el recurso de casación interpuesto de contrario, con imposición de costas al recurrente.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de 6 de febrero de 2019 se acordó la celebración de vista pública, que tuvo lugar a las 930 horas del día 18 de junio de 2019 y se celebró conjuntamente con la del recurso de casación nº 4232/2018, quedando el contenido de dicho acto documentado en la correspondiente acta y en el soporte digital (CD) que obra unido a las actuaciones, procediendo es Sala a continuación a la deliberación y votación, que se llevó a cabo de forma concordada con la del citado recurso de casación nº 4232/2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº 3883/2018 lo interpone la representación de la Administración del Estado contra la sentencia de la

Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de abril de 2018 dictada en el recurso contencioso-administrativo 724/2015 .

Como hemos visto en el antecedente primero, la sentencia ahora recurrida en casación estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación del Consejo General de la Abogacía Española contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 1 de septiembre de 2015 en la que se acuerda imponer al citado Consejo General de la Abogacía una sanción de multa de 59.983 € por una infracción a la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia cometida en la gestión del servicio de asistencia jurídica gratuita, anulando la sentencia la citada resolución sancionadora.

En el antecedente segundo hemos reseñado las razones que expone la Sala de instancia para fundamentar la estimación del recurso contencioso- administrativo y la anulación de la resolución sancionadora, que, como ha quedado señalado, no hacen sino reiterar las razones que la propia Sala de la Audiencia Nacional había expuesto en su anterior sentencia de 26 de marzo de 2018 (recurso contencioso-administrativo 709/2015), en la que se resolvía el recurso planteado por el Colegio de Abogados de Guadalajara contra la misma resolución sancionadora que aquí nos ocupa. Y, en fin, hemos visto que contra esa anterior sentencia de la Audiencia Nacional la Abogacía del Estado también interpuso recurso de casación (casación nº 4232/2018), cuya deliberación se ha llevado a cabo conjuntamente con la del presente recurso (véanse antecedentes segundo y séptimo de esta sentencia).

Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en casación, en particular la señalada en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 24 de septiembre de 2018 , en el que, como vimos, se declara que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en << (...) *determinar si resulta o no aplicable la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, a la actuación y regulación de los Colegios de Abogados en sus funciones de organización del turno de oficio*>>.

El propio auto deja señaladas como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación los artículos 1 y 4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , en relación con los artículos 3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales , 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, y 25 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

SEGUNDO.- La resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a la que se refiere la controversia vino a sancionar tanto al Consejo General de la Abogacía Española, entidad aquí recurrente en casación, como al Colegio de Abogados de Guadalajara. Y la propia resolución sancionadora viene a establecer un diferente título de imputación, pues mientras al Colegio de Abogados de Guadalajara le reprocha el haber aprobado la reglamentación que se considera vulneradora de la competencia ("Reglamento del turno de oficio, asistencia al detenido o preso y derecho de justicia gratuita" aprobado en sesión de la Junta General del citado Colegio celebrada el 18 de diciembre de 1998), la conducta por la que se sanciona al Consejo General de la Abogacía Española consiste, en síntesis, en haber emitido, y puesto en conocimiento de los diferentes colegios territoriales, una *interpretación orientadora* acerca de los requisitos que han de reunir los abogados que quieran acceder al turno de oficio en cualquier Colegio, lo que, según la resolución sancionadora, <<... *equivale a un recomendación cuyo objeto es homogeneizar la conducta de los Colegios a fin de que todos ellos exijan despacho y residencia en su demarcación, compartimentando el mercado e impidiendo de forma injustificada el acceso al turno de oficio a los abogados que no cumplan esos requisitos* " (F.J. cuarto de la resolución de la CNMC).

Ahora bien, una vez señalada esa diferencia en el título de imputación -al Colegio de Abogados de Guadalajara se le reprocha el haber aprobado el Reglamento; y al Consejo General de la Abogacía Española el haber elaborado y remitido a los diferentes colegios territoriales aquella interpretación orientadora o recomendación homogeneizadora a la que antes nos hemos referido- lo cierto es que la resolución de la CNMC esgrime luego

razones y argumentos comunes para sancionar a ambas entidades. Y, como hemos visto, la sentencia aquí recurrida, que resolvió el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de la Abogacía Española, no hace sino reproducir la fundamentación de la anterior sentencia de la propia Sala de la Audiencia Nacional que había resuelto el recurso interpuesto por el Colegio de Abogados de Guadalajara.

Así las cosas, y dado que los argumentos de impugnación esgrimidos por la Abogacía del Estado en sus recursos de casación dirigidos contra esas dos sentencias de la Audiencia Nacional son enteramente coincidentes, si no idénticos, no haremos aquí sino reiterar las consideraciones que hemos expuesto en nuestra sentencia nº 955/2019 de 1 de julio de 2019 (casación 4232/2018). Veamos.

TERCERO.- El pronunciamiento de la Sala de la Audiencia Nacional, que anula la resolución sancionadora de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 1 de septiembre de 2015, se sustenta en el argumento de que, partiendo de la autonomía organizativa de los Colegios de Abogados, tal como sostiene la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de enero de 2016 (RC 3242/2014), debe descartarse que se haya infringido en este caso el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , que prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada que tenga por objeto, que produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia. Considera la Sala de instancia que en la prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita no existe competencia que pudiera ser restringida o falseada, puesto que los letrados que forman parte del turno de oficio son llamados según resulta necesario para cubrir las asistencias a los que son requeridos, sin que el beneficiario pueda elegir quién lo presta.

En el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado se alega la infracción de los artículos 1 y 4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , en relación con el artículo 3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero , de Colegios Profesionales, el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y el artículo 24 de la Ley 1/1996, de 10 de enero , de asistencia jurídica gratuita.

Sostiene la Abogacía del Estado que la Ley de Defensa de la Competencia resulta de aplicación a la actuación y regulación de los Colegios de Abogados en sus funciones de organización del turno de oficio, en cuanto que, conforme a dicho texto legal, están únicamente exceptuados los servicios no económicos de interés general y la prestación del turno de oficio no constituye un servicio público, puesto que no existe *publicatio* del mismo, sino una actividad económica desarrollada por abogados en un mercado constituido por los servicios profesionales prestados por los abogados inscritos en el turno de oficio. Y aduce además que, según el artículo 50 del Tratado de la Comunidad Europea (actual artículo 57 TFUE), las actividades propias de las profesionales liberales se incluyen, a tal efecto, como servicios.

CUARTO.- Sobre el marco normativo aplicable y acerca del contexto jurisprudencial que resulta relevante para resolver el recurso de casación.

Antes de abordar el examen de las cuestiones jurídicas planteadas por el Abogado del Estado para fundamentar el recurso de casación, procede reseñar el marco jurídico aplicable y la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que consideramos relevante para resolver este litigio.

A) El Derecho estatal.

El artículo 119 de la Constitución española dispone que "La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar".

Por su parte, el artículo 24 del Texto Constitucional reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías, en los siguientes términos:

"1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

Los artículos 22 , 23 , 24 , 25 y 26 de la Ley 1/1996, de 10 de enero , de asistencia jurídica gratuita, establecen:

"Artículo 22. Gestión colegial de los servicios de asistencia letrada, de defensa y de representación gratuitas.

Los Consejos Generales de la Abogacía Española y de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España y sus respectivos Colegios regularán y organizarán, a través de sus Juntas de Gobierno, los servicios obligatorios de asistencia letrada y de defensa y representación gratuitas, garantizando, en todo caso, su prestación continuada y atendiendo a criterios de funcionalidad y de eficiencia.

Los profesionales que presten el servicio obligatorio de justicia gratuita, tendrán derecho a una compensación que tendrá carácter indemnizatorio.

Los Colegios de Abogados implantarán servicios de asesoramiento a los peticionarios de asistencia jurídica gratuita, con la finalidad de orientar y encauzar sus pretensiones. Dicho asesoramiento tendrá, en todo caso, carácter gratuito para los solicitantes.

Los Colegios de Abogados facilitarán a los solicitantes de asistencia jurídica gratuita la información necesaria en relación al cumplimiento de los requisitos para su concesión, así como el auxilio en la redacción de las solicitudes correspondientes.

Artículo 23. Autonomía profesional y disciplina colegial.

Los profesionales que presten el servicio obligatorio de justicia gratuita, a los que se refiere esta ley, desarrollarán su actividad con libertad e independencia de criterio, con sujeción a las normas deontológicas y a las normas que disciplinan el funcionamiento de los servicios colegiales de justicia gratuita.

Artículo 24. Distribución por turnos.

Los Colegios profesionales establecerán sistemas de distribución objetiva y equitativa de los distintos turnos y medios para la designación de los profesionales de oficio. Dichos sistemas serán públicos para todos los colegiados y podrán ser consultados por los solicitantes de asistencia jurídica gratuita.

Los Colegios de Abogados, salvo aquéllos en los que por la reducida dimensión de la actividad no sea necesario, contarán con un turno de guardia permanente para la prestación del servicio de asistencia letrada al detenido y otro para la prestación de los servicios de asesoramiento previo y de asistencia letrada para las víctimas de violencia de género, terrorismo, trata de seres humanos y de menores de edad y personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental que sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato.

Artículo 25. Formación y especialización.

El Ministerio de Justicia, de manera coordinada con las Comunidades Autónomas competentes, previo informe de los Consejos Generales de la Abogacía y de los Procuradores de los Tribunales de España, establecerá los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios para prestar los servicios obligatorios de asistencia jurídica gratuita, con objeto de asegurar un nivel de calidad y de competencia profesional que garantice el derecho constitucional a la defensa. Dichos requisitos serán de obligado cumplimiento para todos los Colegios Profesionales.

Artículo 26. Responsabilidad patrimonial.

En lo que afecta al funcionamiento de los servicios de asistencia jurídica gratuita, los Colegios de Abogados y de Procuradores estarán sujetos a los mismos principios de responsabilidad patrimonial establecidos para las Administraciones públicas por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

La Exposición de Motivos de la citada Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, partiendo de la idea de que la Constitución se sustenta "en una concepción social o asistencial del Estado Democrático de Derecho", que, en el ámbito del poder judicial, diseña un marco regulador del derecho a la tutela judicial efectiva que incluye el deber del Estado de desarrollar una actividad procedimental que asegure a todos los que carezcan de recursos económicos, el derecho a la justicia gratuita, para hacer que aquel derecho sea real y efectivo, señala el carácter de servicio público del servicio prestacional de asistencia jurídica gratuita que prestan los abogados del turno de oficio, cuya retribución corre a cargo de fondos públicos:

"1. Justificación de la reforma.

Los derechos otorgados a los ciudadanos por los artículos 24 y 25 de la Constitución son corolario evidente de la concepción social o asistencial del Estado Democrático de Derecho, tal y como ha sido configurado por nuestra Norma Fundamental. En lógica coherencia con los contenidos de estos preceptos constitucionales, y al objeto de asegurar a todas las personas el acceso a la tutela judicial efectiva, el artículo 119 del propio texto constitucional previene que la Justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Con todo ello, nuestra Norma Fundamental diseña un marco constitucional regulador del derecho a la tutela judicial que incluye, por parte del Estado, una actividad

prestacional encaminada a la provisión de los medios necesarios para hacer que este derecho sea real y efectivo incluso cuando quien desea ejercerlo carezca de recursos económicos.

Suprimidas por la Ley 25/1986 las tasas judiciales, el núcleo de los costes económicos derivados del acceso a la tutela judicial viene determinado por la intervención en el mismo, por imperativo legal, en la mayor parte de las ocasiones, de profesionales especializados en la defensa y representación de los derechos e intereses legítimos. En efecto, una vez que el Estado ha renunciado a la percepción de cualquier cantidad por el acceso al aparato judicial, son los honorarios de abogados, de procuradores y, en su caso, de cualesquiera otros profesionales, así como el coste de la obtención de las pruebas documentales o periciales necesarias, los que implican un coste económico inasumible para los ciudadanos que no disponen de los recursos económicos necesarios para hacerles frente.

La previsión constitucional del artículo 119 ha sido ya objeto de desarrollo por la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, que en sus artículos 20.2 y 440.2 recoge el mandato constitucional y remite, para la regulación del sistema de justicia gratuita, a la ley ordinaria. En virtud de esta reserva de ley, corresponde al legislador ordinario dar cumplimiento a la encomienda constitucional de que se articule un sistema de justicia gratuita para aquellos que carezcan de recursos

[...]

6. Financiación pública.

Esta meta legal de proporcionar a los ciudadanos que lo precisen un sistema rápido y eficaz de justicia gratuita se articula, como hasta ahora, sobre la base de un servicio público, prestado por la Abogacía y la Procuraduría, financiado con fondos igualmente públicos. De hecho, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional, el Estado es el responsable del recto funcionamiento del servicio por la sola obligación constitucional de proveer a la defensa de quienes carezcan de recursos; esta jurisprudencia ha dejado claramente establecida la responsabilidad pública en tal sentido, como deber positivo del Estado de garantizar el derecho de acceso a la Justicia o, lo que es lo mismo, a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental que es.

Ello conduce a la obligación de establecer mecanismos de control que aseguren el adecuado destino de los fondos públicos asignados al servicio, de tal forma que no se beneficien de dichos fondos quienes no precisen de asistencia alguna.

Así pues, la Ley fija los criterios básicos de la financiación del servicio, cuyo coste deberá ser periódicamente evaluado por los poderes públicos, que en todo caso deberán seguir el principio de que el servicio de asistencia jurídica gratuita esté digna y suficientemente remunerado, haciéndose efectiva su retribución en plazos razonables. Tanto lo relativo a la financiación, como las reglas referentes a la prestación y funcionamiento del servicio se conciben con la flexibilidad y generalidad propias de una norma de rango legal, que habrán de permitir que su desarrollo por normas de rango inferior facilite el adecuado ajuste a las cambiantes situaciones económicas y sociales, evitando así la petrificación del ordenamiento y la consagración en normas con la rigidez legal de materias que, por su propia naturaleza, son susceptibles de sucesivas transformaciones en muy poco tiempo. Tal regulación reglamentaria fue llevada a cabo con carácter urgente, y como paso inicial y transitorio de la actual reforma del sistema de justicia gratuita, mediante el Real Decreto 108/1995, de 27 de enero, sobre medidas para instrumentar la subvención estatal a la asistencia jurídica gratuita."

El artículo 3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, dispone:

"1. Quien ostente la titulación requerida y reúna las condiciones señaladas estatutariamente tendrá derecho a ser admitido en el Colegio Profesional que corresponda.

2. Será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal. La cuota de inscripción o colegiación no podrá superar en ningún caso los costes asociados a la tramitación de la inscripción. Los Colegios dispondrán los medios necesarios para que los solicitantes puedan tramitar su colegiación por vía telemática, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de esta Ley.

3. Cuando una profesión se organice por colegios territoriales, bastará la incorporación a uno solo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio español. A estos efectos, cuando en una profesión sólo existan colegios profesionales en algunas Comunidades Autónomas, los profesionales se registrarán por la legislación del lugar donde tengan establecido su domicilio profesional único o principal, lo que bastará para ejercer en todo el territorio español.

Los Colegios no podrán exigir a los profesionales que ejerzan en un territorio diferente al de colegiación comunicación ni habilitación alguna ni el pago de contraprestaciones económicas distintas de aquellas que

exijan habitualmente a sus colegiados por la prestación de los servicios de los que sean beneficiarios y que no se encuentren cubiertos por la cuota colegial.

En los supuestos de ejercicio profesional en territorio distinto al de colegiación, a los efectos de ejercer las competencias de ordenación y potestad disciplinaria que corresponden al Colegio del territorio en el que se ejerza la actividad profesional, en beneficio de los consumidores y usuarios, los Colegios deberán utilizar los oportunos mecanismos de comunicación y los sistemas de cooperación administrativa entre autoridades competentes previstos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Las sanciones impuestas, en su caso, por el Colegio del territorio en el que se ejerza la actividad profesional surtirán efectos en todo el territorio español.

4. En el caso de desplazamiento temporal de un profesional de otro Estado miembro de la Unión Europea, se estará a lo dispuesto en la normativa vigente en aplicación del Derecho comunitario relativa al reconocimiento de cualificaciones."

El apartado 11 del artículo 3 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, establece:

"11. "Razón imperiosa de interés general": razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural."

El artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia, establece:

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

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
- b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
- c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia."

Por su parte, el artículo 4 de la citada Ley, dispone:

"[...] 1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.

2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal."

B) El Derecho de la Unión Europea.

La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, establece normas mínimas relativas al derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos de ejecución de una orden de detención europea, conforme a la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (5) (procedimientos de la orden de detención europea), al derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. De ese modo, promueve la aplicación de la Carta y, en particular, de sus artículos 4, 6, 7, 47 y 48, desarrollando lo establecido en los artículos 3, 5, 6 y 8 del CEDH, conforme a la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, en su jurisprudencia, establece con frecuencia normas sobre el derecho a la asistencia de letrado. Dicha jurisprudencia establece, entre otras cosas, que la imparcialidad del proceso exige que el sospechoso o acusado pueda obtener toda la gama de servicios que se asocian específicamente con la asistencia letrada. En tal sentido, el letrado del sospechoso o acusado debe poder ejercer sin restricciones los aspectos fundamentales de la defensa.

En el artículo 11 de la Directiva, bajo el epígrafe "asistencia jurídica gratuita", se establece:

"La presente Directiva se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa nacional en materia de asistencia jurídica gratuita, que se aplicará de conformidad con la Carta y con el CEDH."

La ulterior Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2017, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención expone que su objetivo es garantizar la efectividad del derecho a la asistencia de letrado según lo dispuesto en la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, ofreciendo la asistencia de un letrado, financiada por los Estados miembros, a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención en virtud de la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, (en lo sucesivo, "personas buscadas").

El artículo 7 de la citada Directiva, bajo el enunciado "Calidad de los servicios de asistencia jurídica gratuita y formación", dispone:

"1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias, también en materia de financiación, para asegurarse de que:

- a) existe un sistema eficaz de asistencia jurídica gratuita de calidad adecuada, y
- b) los servicios de asistencia jurídica gratuita son de una calidad adecuada para garantizar la equidad de los procesos, con el debido respeto a la independencia de la profesión jurídica.

2. Los Estados miembros velarán por que se proporcione formación adecuada al personal que intervenga en la toma de decisiones sobre la asistencia jurídica gratuita en los procesos penales y en los procedimientos de orden europea de detención.

3. Con el debido respeto por la independencia de la profesión jurídica y la función de los responsables de la formación de los abogados, los Estados miembros adoptarán medidas adecuadas para promover que los letrados que presten que presten jurídica gratuita reciban una formación apropiada.

4. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los sospechosos, acusados y las personas buscadas tengan derecho a que, si lo solicitan, se sustituya al letrado que les haya sido asignado para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, cuando así lo justifiquen las circunstancias específicas."

El artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, dispone:

"1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, ES C 325/64 Diario Oficial de las Comunidades Europeas 24.12.2002

cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,

cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate."

El artículo 82 del Tratado de la Constitutivo de la Unión Europea, prescribe:

"Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos."

C) La jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008 (RC 5837/2005) enjuicia la legalidad del artículo 16 del Código Deontológico de la Abogacía, que prohibía la *cuota litis* en sentido estricto, es decir, todo 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. Concluye la sentencia que la prohibición controvertida, en la medida que supone imponer la obligación de mantener al menos unos honorarios profesionales mínimos, resulta contrario a la libertad de fijación de honorarios y, por ende, "choca formalmente con lo establecido en el artículo 1.1 a) de la Ley de Defensa de la competencia".

La sentencia del Tribunal Supremo parte de la premisa de que, conforme a la ley de Colegios Profesionales, el ejercicio de las profesiones colegiadas se ha de realizar en régimen de libre competencia y sujeto, en cuanto a la

oferta de servicios y a la fijación de su remuneración, a las previsiones de la Ley de Defensa de la Competencia, de modo que los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con transcendencia económica, han de observar los límites del referido artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia .

En este contexto, la sentencia del Pleno de esta Sala del Tribunal Supremo afirma:

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

Y previamente, con carácter general, se formula en la sentencia la siguiente declaración:

"[...] Pues bien, es preciso dejar sentado que ambas tesis son erróneas. Ni el ejercicio de funciones públicas exime a un Colegio Profesional -ni a la Administración Pública en general- de su sometimiento a la legislación de defensa de la competencia, ni la habilitación legal con que necesariamente actúan las Administraciones Públicas o las entidades que ejerzan funciones públicas implica, por su sola existencia, la aplicación del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia ."

La ulterior sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2016 (RC 3242/2014) se pronuncia de forma explícita acerca de la inaplicabilidad de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, al ámbito regulatorio referido a la organización y funcionamiento de los servicios de asistencia gratuita y turno de oficio aprobado por el Colegio de Procuradores de Madrid, que establecía la adscripción universal y forzosa de todos los colegiados en orden a la prestación del servicio de representación gratuita, partiendo del reconocimiento de la potestad de dicho Colegio profesional para establecer las reglas necesarias para garantizar la eficacia y continuidad del servicio.

E) La doctrina del Tribunal Constitucional.

La sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 95/2003, de 22 de mayo , enjuiciando la constitucionalidad de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, vincula al derecho a la asistencia jurídica gratuita con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo que comporta que a todos aquéllos que pueden beneficiarse del derecho a la justicia gratuita, debido a la insuficiencia de recursos económicos para litigar, se les debe reconocer necesariamente este derecho prestacional, en el modo y manera que lo configura el legislador, que deberá respetar el contenido constitucional indisponible.

F) La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de junio de 1974 (Asunto C-2/74), en relación con la interpretación del artículo 55 del Tratado CE , cuyo párrafo primero dispone que las disposiciones del Capítulo, relativas a la libertad de establecimiento, no se aplicarán a las actividades que en un Estado miembro estén relacionadas con el ejercicio del poder público.

Se declara que, a estos efectos, no procede considerar como una participación en el ejercicio del poder público las actividades más típicas de la profesión de abogado, como el asesoramiento y la asistencia jurídica, así como la representación y defensa de las partes ante los tribunales aun cuando la intervención del letrado sea preceptiva o constituya una exclusividad impuesta por la ley:

"[...] La excepción a la libertad de establecimiento prevista en el párrafo primero del artículo 55 del Tratado CEE debe restringirse a aquellas actividades contempladas en el artículo 52 que, consideradas en sí mismas, impliquen una relación directa y específica con el ejercicio del poder público. En el marco de una profesión liberal como la de Abogado, no se puede calificar de esta manera a actividades como el asesoramiento y la asistencia jurídica o la representación y defensa de las partes ante los Tribunales, aun cuando el desempeño de dichas actividades sea preceptivo o constituya una exclusividad impuestos por la ley."

En la posterior sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de febrero de 2002 (Asunto C-309/99), desde la perspectiva de aplicación del Derecho a la competencia a norma reguladoras de la profesión de Abogado, se establece el criterio de que, a los efectos del artículo 85 del Tratado, cabe considerar a las normas de los Colegios de Profesionales, como decisiones adoptadas por una asociación de empresas, por

lo que, con carácter general y en principio, son susceptibles de ser esgrimidas acerca de si sus disposiciones tienen por objeto o por defecto restringir la competencia en el interior del mercado común y pueden afectar al comercio entre Estados miembros.

El Tribunal de Justicia parte de la premisa de que cabe tomar en consideración el marco jurídico aplicable respecto de la ordenación de la profesión de abogado en cada Estado miembro, ya que no todo acuerdo entre empresas ni toda decisión de una asociación de empresas que restrinjan la libertad de acción de las partes o de una de ellas están comprendidos necesariamente en la prohibición del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

En efecto, para aplicar esta disposición a un caso concreto, debe tenerse en cuenta el contexto global en que se adoptó la decisión de la asociación de empresas de que se trate y en la que produce sus efectos, y más en particular, sus objetivos, relacionados en el presente caso con la necesidad de establecer normas de organización, capacitación, deontología, control y responsabilidad, que proporcionen la necesaria garantía de honorabilidad y competencia a los usuarios finales de los servicios jurídicos y a la buena administración de justicia (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 1996, *Reisebüro Broede*, C-3/95, Rec. p. I-6511, apartado 38). A continuación deberá examinarse si los efectos restrictivos de la competencia que resultan son inherentes a la consecución de dichos objetivos.

En relación con la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los Colegios profesionales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 28 de febrero de 2013 (Asunto C-1/12), ha declarado que un reglamento que establece un sistema de formación obligatoria de los expertos contables para garantizar la calidad de los servicios prestados por éstos, como el Reglamento sobre la obtención de créditos, adoptado por un colegio profesional como la *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, constituye una restricción de la competencia prohibida por el artículo 101 TFUE, en la medida en que, como corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, elimine la competencia en una parte sustancial del mercado pertinente en beneficio de dicho colegio profesional e imponga en la otra parte de este mercado condiciones discriminatorias en detrimento de sus competidores, y, asimismo, ha precisado que la circunstancia de que estas normas no tengan influencia directa en la actividad económica de los miembros de dicho colegio profesional no afecta a la aplicación del artículo 101 TFUE, cuando la infracción imputada al mismo colegio profesional se refiere a un mercado en el que el propio colegio profesional desarrolle una actividad económica.

QUINTO.- Sobre el análisis de la cuestión que presenta interés casacional objetivo referida a la fijación de jurisprudencia relativa a la aplicabilidad de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, a la regulación organizativa del turno de oficio, y acerca del examen de las pretensiones deducidas.

La cuestión sobre la que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debe pronunciarse se centra en dilucidar si la regulación de las condiciones de la prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita por los abogados del turno de oficio, por la naturaleza de esta actividad profesional, que trata de dar cumplimiento a una obligación constitucionalmente impuesta de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y de asegurar el ejercicio del derecho de defensa de todos aquéllos que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, está sometida al ámbito de aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Según se expone en el auto de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2018, la controversia jurídica que se suscita consiste en determinar si resulta o no aplicable la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, a la actuación y regulación de los Colegios de Abogados en sus funciones de organización del turno de oficio.

La respuesta que demos a esta cuestión permitirá resolver si, tal como propugna el Abogado del Estado, la sentencia de la Sección Sexta de la Sala Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional impugnada ha infringido los artículos 1 y 4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Como vimos, la sentencia recurrida considera, tras analizar el contexto jurídico y económico en que se desarrolla la actividad de prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita por los letrados colegiados inscritos en el turno de oficio, que no resultan aplicables las prohibiciones contenidas en el artículo 1 del referido texto legal, por entender la Sala de instancia que no existe un mercado real en el desempeño de esta función que determine que el juego de la dicha competencia pueda ser restringida o falseada.

Del régimen jurídico regulador de los servicios de asistencia jurídica gratuita que prestan los abogados incorporados al turno de oficio, establecido en la ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, interesa destacar que el servicio se presta por letrados específicamente formados, a quienes se les reconozca el derecho a la justicia gratuita, y que, en el marco de la relación profesional entablada, el beneficiario no tiene la facultad de designar al letrado que asuma su defensa ni fijar o pactar su remuneración, que es sufragada

por el Estado, así como la naturaleza jurídica de la actividad de la asistencia jurídica gratuita, que el legislador califica de servicio público de carácter prestacional.

Partiendo de esas notas, no resulta irrazonable ni carente de lógica la apreciación de la Sala de instancia de que en este caso no nos encontramos ante la existencia de un mercado en el que entren en juego las reglas de la libre competencia, que constituye el presupuesto objetivo para poder aplicar la prohibición contenida en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, referida a aquellas conductas que impidan, restrinjan o falseen la competencia.

En efecto, a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo que antes hemos reseñado, bien puede decirse que los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas de los Colegios de Abogados, o, como en este caso, del Consejo General de la Abogacía Española, son susceptibles de vulnerar las reglas de la libre competencia cuando inciden en la regulación del ejercicio profesional de los abogados que corresponde a la actuación en el mercado de libre prestación de servicios de defensa y asesoría jurídica, en cuanto se refiere a la oferta de servicios profesionales prestados y a las condiciones de remuneración de los mismos. Sin embargo, cuando se trata de los servicios profesionales prestados por abogados del turno de oficio, al amparo de la Ley 1/1996, de 13 de enero, de asistencia jurídica gratuita, no resultan aplicables las normas comunitarias o nacionales de competencia.

Entendemos que el marco regulador de la prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita por los abogados no concurren las notas determinantes de la aplicación del principio de libre competencia, que se sustenta en la idea de base económica de que el mercado se rige por la ley de la oferta y de la demanda, debiendo estar abierto a la iniciativa empresarial, con el objetivo de que se produzca un funcionamiento equilibrado del mismo, en beneficio de los consumidores. En el ámbito estricto al que nos venimos refiriendo -prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita- los abogados no compiten entre sí, no existe libertad de contratación de los servicios profesionales del abogado, ni libertad para fijar los honorarios, ni hay propiamente retribución que deba satisfacer el cliente, al corresponder al Estado la obligación jurídica de compensar adecuadamente el trabajo realizado al servicio de la Administración de Justicia.

Por ello, no compartimos la tesis expuesta por el Abogado del Estado en el escrito de interposición del recurso y en el acto de la vista cuando afirma que la organización y regulación del servicio de justicia gratuita es una actividad económica desarrollada por abogados en un mercado constituido por los servicios profesionales de los abogados privados y los abogados inscritos al turno de oficio.

Ahora bien, la conclusión que alcanzamos sobre la inaplicabilidad de la Ley de Defensa de la Competencia al ámbito estricto de la regulación corporativa del servicio de asistencia jurídica gratuita no implica que los acuerdos de los Colegios de Abogados adoptados respecto de la ordenación del servicio de asistencia jurídica gratuita estén exentos del control de juridicidad que corresponde a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106 de la Constitución; que incluye, en su caso, examinar si las medidas adoptadas para garantizar la regularidad y calidad en la prestación del servicio son adecuadas e idóneas para cumplir los objetivos fijados en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita y en las normas complementarias.

SEXTO.- Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala, dando respuesta a la cuestión planteada en este recurso de casación que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declara que:

1.- La organización de los servicios de asistencia jurídica gratuita a que se refieren los artículos 22 y siguientes de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, tiene como finalidad garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y a la prosecución de un proceso justo y equitativo, así como el derecho de defensa respecto de aquellas personas a las que se les reconozca, debido a la insuficiencia de recursos económicos para litigar, el derecho a la justicia gratuita. Las decisiones adoptadas en este ámbito regulatorio son legítimas en cuanto sean necesarias para el buen ejercicio de la abogacía y se justifiquen por pretender satisfacer el derecho a una correcta administración de justicia.

2.- Las prohibiciones contenidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia no resultan aplicables a los servicios de asistencia jurídica gratuita que prestan los abogados del turno de oficio, cuya regulación organizativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, compete a los Colegios de Abogados.

En consecuencia con lo razonado, debemos declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 26 de marzo de 2018, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 709/2015.

SÉPTIMO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas de recurso de casación a ninguna de las partes, manteniéndose el pronunciamiento sobre costas procesales efectuado en la sentencia de instancia.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

No ha lugar al recurso de casación nº 3883/2017 interpuesto en representación de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de abril de 2018 (recurso contencioso-administrativo 724/2015); sin imponer las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes y manteniendo, en cuanto a las costas del proceso de instancia, el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espín Templado José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat Eduardo Calvo Rojas

José María del Riego Valledor María Isabel Perelló Doménech

Diego Córdoba Castroverde Ángel Ramón Arozamena Laso

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Contencioso-Administrativo****VOTO PARTICULAR**

Fecha de sentencia:

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número: 3883/2018

Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

VOTO PARTICULAR que formula el magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado a las sentencias dictadas en los recursos de casación 4232/2018, 3883/2018 y 3699/2018.

Con la debida consideración al criterio mayoritario en la Sala, discrepo del planteamiento y razonamientos que han llevado al fallo en los tres procedimientos indicados, fallo que comparto. Creo además, tal como expuse en la deliberación, que incluso dentro del planteamiento adoptado por la sentencia, determinados argumentos que expongo en este voto particular no son contradictorios con la *ratio decidendi* de la sentencia y debían haber sido incorporados a la misma, a fin de dar una plena respuesta al litigio planteado por las partes y no sólo al auto de admisión.

1. Sobre el planteamiento de la sentencia.

El planteamiento de la sentencia es que el servicio de justicia gratuita queda fuera, lisa y llanamente, del derecho de la competencia. En consecuencia, su regulación, si bien sometida *in genere* al resto del ordenamiento jurídico -lo que es una obviedad- no está sometida a ninguna verificación de idoneidad y proporcionalidad. En particular en el presente litigio, en el que las partes recurrentes han planteado la ilegalidad de determinados requisitos en la organización del servicio de justicia gratuita, tales alegaciones no han obtenido respuesta de la Sala como consecuencia del citado planteamiento, al estar enfocado el litigio precisamente desde la perspectiva del derecho de la competencia, al provenir de una sanción de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por infracción del artículo 1 de la Ley de la Competencia.

En mi opinión, semejante planteamiento, carente de matices, es equivocado y refleja una concepción de la actividad de la abogacía escasamente compatible con la jurisprudencia recaída hasta la fecha. A mi juicio, la especial consideración que necesariamente recibe la prestación del servicio de justicia gratuita, en aras de una adecuada tutela judicial efectiva a todos los ciudadanos con independencia de su condición económica, no supone que la labor profesional desarrollada por los abogados al prestar dicho servicio deba quedar al

margen de su consideración como una actividad de contenido económico. Para la sentencia, sin embargo, las características del servicio de la justicia gratuita (organizada, sin libertad de elección de profesional, sin remuneración pactada) impiden que pueda hablarse de mercado en el marco de dicha actividad y ya eso le excluye directamente de su sometimiento al derecho de la competencia.

Creo, sin embargo, que el planteamiento hubiera debido ser otro. Creo que no debiera concebirse la actividad profesional del abogado como constituida por compartimentos estancos sometidos a una consideración jurídica distinta, la ordinaria sometida al derecho de la competencia y la regulada del servicio de justicia gratuita ajena al mismo. Creo que las características propias y específicas del servicio de la justicia gratuita, organizado por los Colegios de Abogados en ejercicio de funciones públicas, debiera haber encontrado amparo en la cláusula del artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia, para lo que hay apoyo legal claro, como lo sería la propia Ley que regula la asistencia jurídica gratuita (Ley 1/1996, de 10 de enero). Creo que dicho enfoque es más congruente con la regulación de una actividad profesional de claro contenido económico y que además, permite un control de legalidad más estricto sobre su regulación.

En efecto, el planteamiento que sostuve en la deliberación lleva aparejada la consecuencia de que la regulación del servicio de justicia gratuita efectuada por los Colegios de Abogados, aun amparada en la cláusula del artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia, estaría sometida al escrutinio de no imponer condiciones excesivas, desproporcionadas o arbitrarias ajenas al estricto cumplimiento de la exención proporcionada por el artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia. En este sentido, las alegaciones efectivamente formuladas por las partes recurrentes (en particular por Administración del Estado en los recursos de casación 4232/2018 y 3883/2018) contra determinados requisitos (muy destacadamente, la territorialización del servicio, esto es, la obligada pertenencia al colegio que organiza el servicio, contrariando un principio hoy básico del ejercicio de la abogacía, como lo es la colegiación única) podrían tener cabida incluso en el propio ámbito del derecho de la competencia.

2. Sobre determinadas alegaciones no respondidas en la sentencia.

El rígido planteamiento que se sostiene en la sentencia (la justicia gratuita es una actividad ajena al derecho de la competencia / el pleito deriva de una sanción por recomendación colectiva contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia / luego cualquier objeción a la sentencia recurrida basada en el derecho de la competencia es ajena al pleito) ha dejado sin respuesta algunas alegaciones que, aunque no condujeran a la estimación de los recursos, a mi juicio si hubieran debido ser objeto de atención en las sentencias dictadas.

Pese a las diferencias existentes entre las demandas formuladas por la Administración del Estado y la Autoridad Vasca de la Competencia, en todas ellas se objetan determinados requisitos establecidos para la participación en el turno de justicia gratuita. De ellos el más significativo, probablemente, es la necesaria colegiación en el Colegio en el cuyo servicio de justicia gratuita se quiera participar. Pues, aunque es inverosímil que un letrado pretenda ejercer dicho servicio en una ciudad alejada de su residencia, no lo es que pretenda hacerlo en varios colegios territorialmente próximos (Guadalajara y Madrid, los de diversos colegios vascos, por poner ejemplos pertinentes a los recursos de que se trata). Y la mayor abundancia de letrados en el turno de cualquier colegio, si bien por sí mismo no supone crear un mercado competitivo propiamente tal entre los letrados que lo integren por las razones antes señaladas (turno y remuneración reglados, no elección de profesional), muy bien pudiera entenderse que redundaría en una mayor oferta de profesionales y un mejor servicio de justicia gratuita. Tales alegaciones hubieran tenido cabida en el enfoque propugnado en este voto particular, sin que ello implique que hubieran sido estimadas.

Por otra parte, en alguno de los recursos se ha esgrimido también la libertad de ejercicio profesional. Pues bien, estando de acuerdo con la sentencia en que la previsión de determinadas medidas en la regulación del servicio de justicia gratuita no podría conceptuarse como una conducta contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (en mi opinión, por aplicación del artículo 4 de dicha Ley), ello no impedía advertir en respuesta a concretas alegaciones de las partes, incluso en el propio planteamiento acogido por la sentencia, que dichas medidas estaban sometidas a los parámetros de idoneidad y proporcionalidad requeridos por el libre ejercicio de la profesión, aunque no fuera posible entrar en su examen detenido ni pudieran afectar al fallo por venir los recursos dirigidos contra la imposición de una sanción por comportamiento anticompetitivo. Que tales consideraciones encajasen más en el planteamiento propuesto por mí no supone que no pudieran o debieran haberse incorporado a la sentencia ante la específica formulación de tales alegaciones.

Creo, en fin, que no es acertado afirmar que una respuesta semejante era desviarse del pleito o que la mera advertencia del sometimiento de la regulación del servicio de justicia gratuita a una concreta normativa, distinta al derecho de la competencia pero también invocada por las partes, pudiera en modo alguno prejuzgar el resultado de tal examen. Y, siendo así que se deliberaron los tres litigios de forma simultánea, expresar en todos ellos las consideraciones que acabo de mencionar hubiera sido, a mi juicio, más adecuado y coherente



con el recurso formulado por las partes, que es el objeto esencial del pleito, no ya la mera respuesta al auto de admisión.

Dado en Madrid, en la misma fecha que la sentencia de la que se discrepa.

Eduardo Espín Templado

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ