



Roj: **STS 4838/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4838**

Id Cendoj: **28079130032022100225**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **21/12/2022**

Nº de Recurso: **7662/2021**

Nº de Resolución: **1707/2022**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3274/2021,**
AAAN 7505/2021,
ATS 1411/2022,
STS 4838/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.707/2022

Fecha de sentencia: 21/12/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **7662/2021**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/11/2022

Ponente: Excm.a. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech

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

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

Transcrito por: BPM

Nota:

R. CASACION núm.: **7662/2021**

Ponente: Excm.a. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1707/2022

Excmos. Sres. y Excm.a. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas

D.ª María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 21 de diciembre de 2022.

Esta Sala ha visto, constituida por los magistrados al margen relacionados, el recurso de casación número **7662/2021**, interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2021, que estimó el recurso contencioso-administrativo n.º 230/2018, interpuesto contra la resolución de 8 de marzo de 2018 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el expediente sancionador S/DC/0587/16, "Costas Bankia", por recomendaciones de precios mediante la elaboración, publicación y difusión de baremos de honorarios.

Se ha personado como partes recurridas la Procuradora de los Tribunales D.ª Patricia Rosch Iglesias, en nombre y representación del Colegio de Abogados de Sevilla, con la asistencia letrada de D. Jorge Piñero Gálvez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª María Isabel Perelló Doménech.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso número 230/2018 seguido ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el Colegio de Abogados de Sevilla, impugnaba la resolución dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 8 de marzo de 2018, en el expediente sancionador nº S/DC/0587/16, COSTAS BANKIA, por la que se le impuso una sanción de multa de 145.000 euros por la comisión de una infracción consistente en recomendaciones de precios mediante la elaboración, publicación y difusión de baremos de honorarios.

La parte dispositiva de dicha resolución tuvo el siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- Declarar la existencia de nueve conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en recomendaciones de precios mediante la elaboración, publicación y difusión de baremos de honorarios por parte de los Colegios de Abogados incoados.

SEGUNDO.- Las conductas anteriormente descritas, tipificadas en el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, deben ser calificadas como muy graves.

TERCERO.- Declarar responsables de dichas conductas infractoras a los siguientes Colegios de Abogados con la duración que se indica:

(...) ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE SEVILA (ICAS), desde el 25 de marzo de 2010 hasta, al menos, el 21 de julio de 2016.

(...)

CUARTO.- De conformidad con la responsabilidad declarada, procede imponer las siguientes multas:

(...) ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE SEVILLA (ICAS): 145.000 euros.

(...)

QUINTO.- Intimar a los nueve Colegios de Abogados sancionados por que en el futuro se abstengan de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente resolución.

SEXTO.- Ordenar a los nueve Colegios de Abogados sancionados la difusión entre sus colegiados del texto íntegro de esta resolución.

SÉPTIMO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución."

La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 20 de julio de 2021, cuyo fallo dice literalmente:

- "1. Estimar el recurso contencioso-administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales Doña Patricia Rosch Iglesias, en nombre y en representación del ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE SEVILLA.
2. Declarar la nulidad de pleno derecho de la Resolución dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 8 de marzo de 2018, en el expediente sancionador nº S/DC/0587/16, COSTAS BANKIA, por lo que se refiere al Colegio recurrente.
3. Imponer las costas procesales a la Administración demandada."

Con posterioridad se dictó Auto de Aclaración de 30 de septiembre de 2021, cuya parte dispositiva es la siguiente:

"La Sala (Sección 6ª) acuerda completar la Sentencia dictada en el presente procedimiento a los efectos de declarar que la Administración viene obligada a reintegrar al ICAS el importe de la multa de ciento cuarenta y cinco mil euros, que fue pagada más los intereses de demora de dicha suma, calculados al tipo legal vigente, hasta la fecha en que tenga lugar el pago efectivo de dicha suma."

La Sala de instancia fundamenta la decisión estimatoria del recurso, con base en la exposición de las siguientes consideraciones jurídicas:

"SÉPTIMO. - Expuestas las posturas discrepantes del Colegio de Abogados recurrente y de la CNMC, podemos ya adelantar que, a juicio de la Sala, el mercado geográfico afectado por las conductas sancionadas no es el nacional como se sostiene en la resolución recurrida sino el ámbito propio de actuación de cada uno de los Colegios de Abogados incoados y que, como consecuencia de ello, la CNMC no es competente para instruir y resolver el expediente sancionador que culminó con la resolución por la que se impuso al Colegio de Abogados de Sevilla, una sanción de multa de 145.000 euros por la comisión de una infracción consistente en recomendaciones de precios mediante la elaboración, publicación y difusión de baremos de honorarios, y ello por las razones que pasamos a exponer.

En primer lugar, es importante recordar que el expediente sancionador fue incoado como consecuencia de la denuncia presentada por Bankia, por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC, consistentes en "recomendaciones de precios, mediante la elaboración y publicación de criterios orientativos para la tasación de costas judiciales que no tienen en cuenta la existencia de pleitos masivos idénticos o muy parecidos entre sí". Como se recogió en el Pliego de concreción de hechos, las conductas que determinaron la incoación del expediente sancionador se centraron en la actuación de los Colegios en relación con los Criterios orientativos para la tasación de costas, en concreto, acerca de la adecuación de los criterios, y/o de su aplicación por parte de los Colegios, a las características específicas de los pleitos, en concreto, a la masividad propia de los ciclos hostiles de demandas y de ahí que, centrado así el objeto del análisis, el mercado afectado se considerase de alcance nacional, por cuanto las características de los procedimientos masivos que subyacen a la controversia planteada por Bankia no permiten segmentación territorial alguna. Por ello se entendió en la propuesta de resolución dictada con fecha de 6 de julio de 2017 que los servicios jurídicos prestados en el marco de este tipo de procedimientos y que dan lugar a la tasación de costas se caracterizan por tener un alcance nacional, por ser prestados por despachos especializados, por la existencia de campañas publicitarias masivas en medios de alcance nacional, y, finalmente, por la similitud de los demandados y condenados en costas (grandes entidades, normalmente financieras, de implantación nacional).

Sin embargo, cerrada la fase de instrucción del procedimiento, se dictó Propuesta de Resolución por la que se propuso que se declarara que no ha quedado acreditada la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la ley 15/2007". Así las cosas, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó Acuerdo de Recalificación por el que acordó modificar la calificación propuesta por la DC, por entender que los hechos estaban calificados de forma incorrecta, calificando las conductas imputadas como infracciones muy graves contrarias al artículo 1 de la LDC, consistentes en la elaboración, publicación y difusión de baremos de honorarios en recomendaciones de precios mediante la elaboración, publicación y difusión de baremos de honorarios por parte de los Colegios de Abogados. En virtud de esta recalificación de los hechos se abandona toda referencia a la existencia de pleitos masivos idénticos o muy parecidos entre sí, razón por la que no puede fundamentarse la competencia de la CNMC para conocer del presente expediente por lo que se refiere al Colegio de Abogados de Sevilla en el argumento atinente a las características de los procedimientos masivos que subyacen a la controversia planteada por Bankia.

Tampoco podemos admitir que la competencia de la CNMC resulte avalada por la aplicación del artículo 1.1 y 1.2 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia. Como se recoge en el apartado V de la Exposición de Motivos de dicha disposición, La Ley contiene cinco artículos que desarrollan los apartados que, según el Tribunal Constitucional, deben establecerse para el adecuado ejercicio de las competencias relacionadas

con la defensa de la competencia, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria y una disposición final, estableciendo el artículo 1 los puntos de conexión que delimitan genéricamente el ejercicio de las competencias por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas, puntos que se basan en el Fundamento Jurídico séptimo de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999, dictada en los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 2009/1989 y 2027/1989, que estimó parcialmente los citados recursos y declaró la inconstitucionalidad de la cláusula "en todo o en parte del mercado nacional" contenida expresamente o por remisión en los artículos 4, 7, 9, 10, 11 y 25, a) y c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Por lo demás, debemos subrayar que en el expediente sancionador que nos ocupa, los incoados y sancionados por prácticas anticompetitivas son los Colegios de Abogados y no los despachos de abogados ni los colegiados de cada uno de ellos individualmente considerados por lo que la competencia territorial de la CNMC no puede resultar avalada por la posible coordinación en la minutación de honorarios entre abogados colegiados en distintos Colegios.

De acuerdo también con la citada exposición de motivos de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, la competencia objetiva que cabe atribuir a las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, se halla limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en el territorio de cada Comunidad Autónoma y que no afecten al mercado supraautonómico. Ello implica que la competencia del Estado se extiende no sólo a la normación, sino también a todas las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en el ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.

Así las cosas, a la vista del tenor literal del artículo 1, apartados 1 y 2 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, antes transcrito, puede afirmarse que la afectación de la libre competencia en un ámbito supraautonómico no puede venir determinada por la única circunstancia de que los hechos sancionados se produzcan en los territorios de 9 de las 50 provincias que componen el estado español, ubicadas en 9 Comunidades Autónomas diferentes, siendo en todo caso necesario para ello que las conductas sancionadas alteren la competencia en dicho ámbito supra-autonómico o en el conjunto del mercado nacional, lo que no acontece en el caso examinado por cuanto que la elaboración, publicación y difusión de baremos de honorarios por un concreto Colegio de Abogados no proyecta efectos fuera del ámbito territorial de dicho Colegio, sin que esta conclusión queda desvirtuada por el principio de colegiación única recogido en el artículo 3 de la ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.

Este precepto establece que 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. Sin embargo de ello no resulta una afectación de la competencia supraautonómica que fundamente, en el caso examinado, la competencia de la CNMC por cuanto que, en todo caso, los denominados "criterios orientativos" de cada uno de los colegios de Abogados incoados y finalmente sancionados únicamente puedan llegar a producir efectos dentro del ámbito de actuación geográfico y competencial de cada uno de ellos.

Es cierto que, como consecuencia de lo dicho y en virtud del principio de colegiación única, los denominados "criterios orientadores" de cada uno de los Colegios de Abogados serán de aplicación a todos los colegiados que intervengan en el ámbito propio de actuación de cada Colegio, aunque no se encuentre colegiado en éste. Ahora bien, de ello no resulta ninguna otra consecuencia ni una afectación de la libre competencia supraautonómica o en el conjunto del mercado nacional. Los criterios orientadores de cada uno de los Colegios de Abogados se aplican a todos los colegiados que ejerzan sus funciones y dentro del ámbito territorial y competencia de cada uno de ellos y por esa exclusiva razón y con independencia de cuál sea el lugar de su colegiación.

Cabe añadir que el criterio de defendemos fue el adoptado por la propia CNMC en la resolución dictada en el expediente SACANI31/2013 HONORARIOS PROFESIONALES COLEGIO ABOGADOS LAS PALMAS en la que se consideró que el mercado geográfico quedaba delimitado al territorio de las islas de Gran Canaria y Fuerteventura, correspondientes al ámbito de actuación del Colegio de Abogados de Las Palmas y, añadía que dado que en España el ejercicio de la profesión de abogado requiere de colegiación obligatoria, las conductas analizadas en este Expediente afectan a todos los abogados ejercientes en el ámbito geográfico descrito. Así también en la resolución dictada en el expediente S/CD/0560/15 COLEGIO DE ABOGADOS DE GUADALAJARA 2, en el que afirmó que el mercado relevante por razón de la geografía se corresponde con el ámbito de actuación del Ilustre Colegio de Abogados de Guadalajara (ICAGU), esto es, la provincia de Guadalajara.

Por lo demás, es importante reiterar que en el expediente sancionador que nos ocupa, los incoados y sancionados por prácticas anticompetitivas son los Colegios de Abogados y no los colegiados individualmente considerados por lo que la competencia de la CNMC no puede resultar avalada por la posible coordinación en la minutación de honorarios entre abogados colegiados en distintos Colegios.

Tampoco la publicación de los denominados "criterios orientativos" en páginas webs diferentes a las oficiales de cada uno de los Colegios fundamenta la competencia territorial de la CNMC. El hecho de que la difusión de aquellos no se haya limitado al concreto ámbito territorial de cada uno de los Colegios y la existencia de las herramientas de minutación Lextools y Jurisoft, no lleva a aparejada una potencial afectación supraautonómica de la libre competencia.

Para terminar, cumple manifestar que la atribución de competencia a la CNMC en ningún caso puede venir fundamentada para los Colegios ubicados en Comunidades con órgano de competencia propia, en la circunstancia de que, de los nueve Colegios de abogados imputados, 2 no disponen de autoridad de competencia autonómica (el ICALBA y el ICAR) y 1 sólo cuentan con órganos de instrucción (el ICASCT). La CNMC será competente para conocer de los expedientes sancionadores incoados respecto de aquellos Colegios de Abogados que carecen de órgano de competencia propio, pero no de aquellos que cuentan con éste, como acontece en el supuesto examinado.

Pues bien recordemos que mediante la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, se crea un organismo autónomo especializado e independiente con capacidad jurídica pública diferenciada que se denomina Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.

En la Exposición de Motivos de la citada ley se recoge que " conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, referida a la Ley 16/1989, de 17 de julio, la defensa de la competencia corresponde al Estado de forma exclusiva en la vertiente legislativa, mientras que la vertiente ejecutiva puede corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus propios Estatutos, si bien limitada a las actuaciones que se realicen en su territorio y que no afecten al conjunto nacional o al mercado supracomunitario, supuestos que son competencia del Estado. Como consecuencia de dicha Sentencia se aprobó la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

En el mismo sentido, el artículo 13.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia dispone que *"los órganos de las Comunidades Autónomas competentes para la aplicación de esta Ley ejercerán en su territorio las competencias ejecutivas correspondientes en los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley de acuerdo con lo dispuesto en la misma y en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia"*.

OCTAVO .- A la vista de lo expuesto en el anterior fundamento de derecho debemos concluir que, por lo que se refiere al Colegio de Abogados de Sevilla, las conductas sancionadas no han afectado a competencias supraautonómicas y que, contando Andalucía con órgano competente en materia de defensa de la competencia, a éste correspondía la instrucción y resolución del correspondiente expediente sancionador incoado contra el Colegio recurrente, lo que a su vez determina la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida por haber sido dictada por órgano manifiestamente incompetente.

Así las cosas, el presente recurso ha de ser estimado, resultando innecesario entrar a examinar los restantes motivos de impugnación a invocados en la demanda."

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado al tiempo que emplazaba a los litigantes ante este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dicto auto el 9 de febrero de 2022, cuya parte dispositiva dice literalmente:

<<1.º) Admitir el recurso de casación n.º **7662/2021**, preparado por el Abogado del Estado contra la sentencia de 20 de julio de 2021, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 230/2018. .

2.º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en aclarar si resulta determinante, o no, la existencia de procedimientos masivos a efectos de verificar los efectos supraautonómicos de prácticas restrictivas de la competencia (consistente en la elaboración, publicación y difusión de baremos de honorarios por parte de los Colegios de Abogados) a fin de determinar la autoridad administrativa competente para la instrucción y resolución de procedimientos sancionadores.

3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, el artículo 1.1 y 2 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, y el artículo 3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales; ello sin perjuicio de que la Sala de enjuiciamiento pueda extenderse a otras, si así lo exigiese el debate procesal finalmente trabado (art. 90.4 LJCA).

4.º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala de lo Contencioso-administrativo, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las vigentes normas sobre reparto de asuntos. >>

CUARTO.- El Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la CNMC, presentó escrito de interposición del recurso de casación el 28 de marzo de 2022, en el que expuso las infracciones en que incurría la sentencia impugnada, denunciando la no aplicación de los artículos 1.1 y 2 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia (LCCDC), en lo relativo a la competencia de la CNMC, en relación con el artículo 3.2 de la ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (LCP), en cuanto al principio de colegiación única sin perjuicio del ámbito territorial limitado del colegio de abogados.

En resumen, realiza alegaciones sobre:

-La competencia de la CNMC y la referencia a los "pleitos masivos".

- La competencia territorial.

-El "carácter manifiesto" de esa "incompetencia Territorial".

-La jurisprudencia que se pretende.

Termina suplicando:

"con estimación de este recurso de casación, se fije jurisprudencia en el sentido señalado y con arreglo a dicha doctrina, case y anule la sentencia recurrida, y ordene la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia y su devolución a la Sala de la que proceden, para que dicte nueva sentencia resolviendo lo que proceda sobre las cuestiones y pretensiones planteadas".

QUINTO.- Dado traslado del escrito de interposición a la parte recurrida, y personado el Colegio de Abogados de Sevilla (ICAS), evacuó el trámite mediante escrito de oposición presentado el 20 de mayo de 2022, en el que realizó las consideraciones oportunas:

-de forma preliminar, sobre los "criterios orientativos".

-las alegadas causas de nulidad de pleno derecho, la primera basada en la incompetencia manifiesta de la CNMC para instruir y resolver el expediente sancionador en lo referente al ICAS, y la segunda, por dictar el órgano decisor una resolución del expediente apartándose por completo del objeto de la denuncia. La segunda causa se encuentra imprejuizada.

-Sobre las supuestas infracciones legales que el recurso de casación atribuye a la sentencia de instancia.

-Sobre la supuesta vulneración en la sentencia de instancia, por no aplicar los apartados 1 y 2 del artículo 1º de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

- Respecto a los supuestos "pleitos masivos idénticos o muy parecidos entre sí" ni siquiera se encuentra probada la realidad, con la supuesta consecuencia de configurar un mercado de ámbito nacional.

-A favor de la tesis de la sentencia de instancia y en contra de las pretensiones del recurso de casación.

-Sobre la supuesta carencia del carácter de "manifiesta" que el recurso de casación reprocha a la incompetencia territorial de la CNMC estimada por la sentencia de instancia.

-Sobre la jurisprudencia pretendida en la casación impugnada.

Concluye suplicando, dicte sentencia por la que, desestimando en su integridad el recurso de casación referenciado, se confirme también enteramente la aludida sentencia de la Audiencia Nacional que en él se impugna, con expresa imposición a la Administración recurrente de las costas del recurso de casación.

Por Diligencia de Ordenación de 30 de mayo de 2022 queda unido el escrito de oposición del ICAS, y transcurrido el plazo concedido a la recurrida Bankia SA para oponerse al recurso sin que por la misma se haya presentado escrito alguno, se le tiene por precluido en el trámite de oposición.

SEXTO.- Quedando las actuaciones conclusas, se señaló para votación y fallo el 22 de noviembre de 2022 en que ha tenido lugar con observancia de las disposiciones legales, continuando la deliberación el día 13 de diciembre de 2022.

Se ha deliberado el presente recurso de casación **7662/2021** de forma conjunta con los recursos de casación RCA 7649/2021 y RCA 8003/2021, con los que existe relación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El Abogado del Estado impugna la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2021 (rec. 230/2018), que se estima el recurso contencioso deducido por el Colegio de Abogados de Sevilla y declara la nulidad de la resolución dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 8 de marzo de 2018 que impuso a dicho Colegio una sanción de 145.000 € por la comisión de una infracción consistente en recomendación de precios mediante la elaboración, publicación y difusión de baremos de honorarios.

La sentencia anuló la resolución administrativa por entender que la CNMC era un órgano manifiestamente incompetente para instruir el expediente ya que "las conductas sancionadas no han afectado a competencias supraautonómicas" y dado que la Comunidad Autónoma de Andalucía contaba con la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, a ésta correspondía la instrucción del correspondiente expediente sancionador incoado contra el Colegio de Sevilla recurrente.

La sentencia aquí impugnada, tras apreciar este motivo de nulidad, no entró a enjuiciar el fondo del asunto y, por tanto, no emitió ningún pronunciamiento sobre si la conducta desarrollada por el colegio recurrente - elaboración, publicación y difusión de unos criterios orientativos para las tasaciones de cuentas y juras de cuentas- constituye una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Por ello, y al igual que en los recursos de casación números 7649 y 8003/2021, nuestro pronunciamiento en casación se circunscribirá a esta única cuestión, la competencia de la CNMC para conocer y resolver el expediente sancionador seguido contra el colegio de abogados recurrente, quedando al margen de esta sentencia todo pronunciamiento o consideración sobre la calificación que corresponda a la conducta desarrollada por el colegio recurrente que, por exceder del debate sobre la competencia de la CNMC para dictar la resolución impugnada, ha quedado imprejuizada en la instancia.

SEGUNDO. La presente controversia se centra, por tanto, en determinar la autoridad administrativa competente para la instrucción de procedimientos sancionadores referidos a la elaboración, publicación y difusión por parte de los Colegios de Abogados, en este caso concreto del Colegio de Abogados de Sevilla, de criterios orientativos de honorarios para la tasación de costas. Se plantea la cuestión litigiosa en términos sustancialmente similares a los del recurso de casación nº 7649/2021, resuelto en la Sentencia nº 1692/2022, de 19 de diciembre, a cuya fundamentación nos vamos a remitir.

El motivo de nulidad apreciado por la sentencia impugnada es el descrito en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que en su apartado b) establece que serán nulos de plenos derechos los actos de las Administraciones Públicas <<...dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio >>.

Y ello por entender que la CNMC carecía manifiestamente de competencia para instruir estos procedimientos, interpretando la previsión contenida en el artículo 1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

Esta Ley, que trata de delimitar las competencias ejecutivas del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, dispone en su artículo 1.1 que "Corresponderá al Estado el ejercicio de las competencias reconocidas en la Ley 1/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas".

Y el apartado 2º de este mismo precepto aclara que <<En todo caso, se considera que se altera o se puede alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, en los siguientes casos:

a) Cuando una conducta altere o pueda alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional o pueda afectar a la unidad de mercado nacional, entre otras causas, por la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.

b) Cuando una conducta pueda atentar contra el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, implicar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, suponer la compartimentación de los mercados o menoscabar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.

3. Corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia el ejercicio en su territorio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al Conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma >>.

En definitiva, tal y como señala la exposición de motivos de la ley y la STC 208/1999, de 15 de noviembre de 1999 (rec. 2027/1989) la competencia del Estado se extiende a todas las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en el ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma, mientras que la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, se halla limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en el territorio de cada Comunidad Autónoma y que no afecten al mercado supraautonómico.

Así pues, las Comunidades Autónomas que tengan reconocida competencias en esta materia, tendrán competencia respecto de los procedimientos que se sigan por prácticas que cumplan los dos siguientes requisitos cumulativos: que se desarrollen en el ámbito territorial autonómico y que no afecten a un ámbito superior al autonómico.

Por el contrario, la competencia será de la CNMC si las conductas afectan a un ámbito supraautonómico, aunque se desarrollen en el ámbito territorial autonómico.

TERCERO. La Sentencia de la Audiencia Nacional impugnada, en contra del criterio sostenido por la CNMC, consideró que el mercado geográfico afectado por las conductas sancionadas no es nacional, sino que se circunscribe al ámbito territorial propio de actuaciones de cada uno de los Colegios de Abogados implicados. Varios son los argumentos que utiliza a tal fin.

a) En primer lugar, entiende que el foco de la conducta anticompetitiva sancionada se pone en los acuerdos de los Colegios de Abogados prescindiendo de la exigencia de pleitos masivos idénticos y de la actuación de los derechos de abogados a nivel nacional. A tal efecto se argumenta que en la fase de instrucción se produjo una recalificación de los hechos y "...se abandona toda referencia a la existencia de pleitos masivos idénticos o muy parecidos entre sí, razón por la que no puede fundamentarse la competencia de la SNMC para conocer del presente expediente por lo que se refiere al Colegio de Abogados...en el argumento atinente a las características de los pleitos masivos que subyacen a la controversia planteada por Bankia".

b) En segundo lugar, entiende que la afectación de la libre competencia en un ámbito supraautonómico no puede venir determinada por la única circunstancia de que los hechos sancionados se produzcan en los territorios de 9 de las 50 provincias ubicadas en nueve Comunidades Autónomas diferentes, siendo en todo caso necesario que las conductas sancionadas alteren la competencia en dicho ámbito supra autonómico o en el conjunto del mercado nacional.

c) En tercer lugar, afirma que los llamados "criterios orientativos" de cada uno de los colegios de Abogados sancionados únicamente pueden llegar a producir efectos en el ámbito geográfico y competencial de cada uno de ellos, pues solo se aplican a los colegiados que intervengan en el ámbito propio de actuación de cada Colegio, aunque no se encuentre colegiados en este.

Pues bien, la actividad sancionada se circunscribe a los diferentes acuerdos adoptados por nueve Colegios profesionales de Abogados pertenecientes a diferentes territorios (Valencia, Barcelona, Ávila, La Rioja, Vizcaya, Santa Cruz de Tenerife, Albacete, A Coruña y el ahora recurrente, Sevilla) que ubicados en nueve Comunidades Autónomas diferentes aprobaron los denominados "criterios orientativos para la tasación de costas y jura de cuentas". Es cierto que dichos criterios despliegan en principio sus efectos directos sobre las actuaciones profesionales realizadas por los Abogados en el ámbito territorial correspondiente. Ahora bien, las conductas enjuiciadas tienen, a juicio de este Tribunal, una proyección supra autonómica.

La actividad analizada en el expediente instruido por la CNMC, no versa sobre la conducta aislada de un solo colegio de abogados, con un ámbito de actuación circunscrito a una Comunidad Autónoma o a partir de su territorio, sino que afecta a la conducta desplegada por los nueve colegios territoriales ubicados en otras tantas Comunidades Autónomas, que adoptaron acuerdos similares durante períodos de tiempo cercanos o coincidentes, o que unido a la circunstancia de que tales acuerdos tuvieron una difusión general entre todos los profesionales y en algunos casos se publicaron en páginas web de los propios colegios, pudiendo ser consultados en internet, tuvieron una proyección que excede de su propio ámbito territorial con una dimensión supra autonómica.

Y a los solos efectos de determinar la proyección de la conducta analizada para establecer la competencia del órgano instructor no es necesario probar que las conductas desarrolladas por distintos colegios estaban concertadas ente sí, sino que resulta suficiente constatar que existieron acuerdos similares de forma cercana o simultánea en el tiempo en las distintas Comunidades Autónomas, pues en esa conducta coincidente de distintos colegios, al actuación de cada uno en su demarcación territorial, sirve reforzar la actuación de los demás, dotándola de una proyección supra autonómica.

Por otra parte, el principio de colegiación única (art. 3 de la Ley 2/19714, de 13 de febrero) en cuya virtud basta que el abogado se incorpore a uno solo de los colegios profesionales territoriales para que se le permita ejercer en todo el territorio español, determina que los criterios de un colegio territorial se aplican a todos los profesionales que actúen en su territorio, circunstancia esta que ha de ponerse en relación con la existencia de un fenómeno de litigiosidad en masa a nivel nacional que motivó la denuncia origen de este expediente lo que dota a estos acuerdos de una proyección que excede del ámbito territorial del colegio respectivo.

Frente a ello no se comparte el criterio sostenido por la sentencia impugnada al afirmar que con la recalificación producida en la propuesta de resolución se abandonó toda referencia a la existencia de pleitos masivos idénticos o muy parecidos entre sí que pudiera ser utilizada para establecer la competencia de la CNMC.

Lo cierto es que el acuerdo de recalificación del Consejo de la CNMC no implica que se abandonase toda referencia a los pleitos masivos ni que dicha circunstancia no pueda ser utilizada para establecer el alcance supra autonómico de la conducta enjuiciada.

El acuerdo de recalificación, basado en el artículo 51.4 de la LDC, se fundamentó por el Consejo en los hechos que constan acreditados en las actuaciones *"...no han sido calificados correctamente a la luz de lo previsto en el artículo 1 de la LDC y de la interpretación que del mismo ha hecho esta Comisión en previas resoluciones"*. Por tanto, la discrepancia entre la Comisión y la Dirección de Competencia versaba de forma exclusiva sobre la calificación, esto es, la valoración jurídica de los hechos acreditados en el expediente, sin que exista, por el contrario, ningún desacuerdo en los hechos tenidos en cuenta, que son en todo caso, sin alteración alguna, los relacionados en el Pliego de Concreción de Hechos. Y como tales, al tiempo de delimitar el mercado se afirmaba *"Así centrado el objeto del análisis, el mercado afectado ha de considerarse de alcance nacional, por cuanto las características de los procedimientos masivos que subyacen a la controversia planteada por Bankia no permiten segmentación territorial alguna. Efectivamente, los servicios jurídicos prestados en el marco de este tipo de procedimientos y que dan lugar a la tasación de costas se caracterizan por tener un alcance nacional, por ser prestados por despachos especializados, por la existencia de campañas publicitarias masivas en medios de alcance nacional, y, finalmente, por la similitud de los demandados y condenados en costas (grandes entidades, normalmente financieras, de implantación nacional). Todo esto hace que, sin perjuicio de la conclusión que pueda alcanzarse en relación con otras conductas colegiales, en el presente expediente, el mercado afectado tenga carácter nacional."*

El acuerdo del Consejo de recalificación no modifica ni introduce cambio alguno en la definición del mercado geográfico, que es el que ahora interesa, ni en ninguno de los hechos incluidos en el PCH, sino que se circunscribe a realizar una distinta calificación o valoración jurídica de los hechos que el PCH consideró acreditados, que permanecen inalterados y los mismos antes y después del acuerdo de recalificación. No existe, por tanto, en el acuerdo de recalificación abandono alguno de los hechos narrados en el pliego de concreción de hechos, ni alteración o modificación de los mismos, bien se trate de hechos relacionados con la existencia de pleitos masivos o con cualquier otro extremo.



Estos criterios, apreciados de forma conjunta, dotan a estas conductas de una dimensión supra autonómica que desborda el concreto ámbito territorial del colegio en el que se adopta cada uno de los acuerdos que a la postre se sancionan, aunque la sanción se imponga a cada uno de los colegios de forma individual, que justifica la intervención de la CNMC para valorar tales conductas con un criterio único que evite diferencias entre los órganos de defensa de la competencia autonómicos ante acuerdos similares que persiguen la misma finalidad.

Por todo ello, no se aprecia en el presente caso la concurrencia de la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015, que tan solo permite declarar un acto nulo de pleno derecho cuando se dicta "por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio", lo que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo - STS de 2 de febrero de 2017 (recurso 91/2016) y más recientemente la sentencia de 13 de octubre de 2020 (rec. Casación 3997/2019), entre otras- exige una incompetencia que *<<se manifieste de modo ostensible, patente, claro e incontrovertido, en definitiva, que la incompetencia vaya acompañada de un nivel de gravedad proporcionada a la gravedad de los efectos que comporta su declaración>>*, circunstancias estas que no concurren en el supuesto que nos ocupa.

Como resultado de todo lo expuesto procede la estimación del recurso de casación y la anulación de la sentencia impugnada ordenando retrotraer las actuaciones al momento previo a dictar sentencia para que partiendo de la competencia de la CNMC se enjuicien el resto de los motivos de impugnación planteados en la instancia.

CUARTO. Costas

No ha lugar a imponer las costas causadas en casación al no apreciarse temeridad o mala fe (art. 93.4 de la LJCA).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico tercero:

1.- Estimar el recurso de casación número **7662/2021**, interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2021, dictada en el recurso contencioso-administrativo n.º 230/2018, que se casa y anula ordenando retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia en los términos expuestos en el fundamento tercero *in fine*.

2.- No procede imponer las costas de casación a ninguna de las partes litigantes.

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

Así se acuerda y firma.