

**SENTENCIA N° 646/2016**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA**

**RECURSO N° 615/14**

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D<sup>a</sup>. MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ

MAGISTRADOS

D. SANTIAGO CRUZ GOMEZ

D. CARLOS GARCIA DE LA ROSA

Sección funcional 3<sup>a</sup>

---

En la Ciudad de Málaga, a veintiocho de marzo de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, el Recurso Contencioso-Administrativo número 615/14, sostenido por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Sánchez Díaz, en nombre y representación de ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MÁLAGA contra la resolución del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía de fecha 29 de septiembre de 2014, en la que figura como parte demandada AGENCIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCIA, asistida y representada por el Sr. Letrado de la Junta de Andalucía, se procede a dictar la presente resolución.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Carlos García de la Rosa, quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Sánchez Díaz se interpuso recurso contencioso administrativo por medio de escrito de fecha 1 de diciembre de 2014 contra la resolución del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía de fecha 29 de septiembre de 2014 por la que se impone una sanción de 98.215 euros.

El anterior recurso se tuvo por interpuesto ante esta Sala por medio de decreto de fecha 5 de diciembre de 2014, se le concedió el trámite del procedimiento ordinario y se reclamó el expediente administrativo, ordenando la notificación a todos los interesados en el mismo.

Recibido el expediente se confirió traslado a la parte recurrente para que formalizara demanda, lo que efectuó en legal forma por medio de escrito de fecha 11 de mayo de 2015, en el que se interesaba en síntesis, se estimara la demanda y se anulara la resolución impugnada.

**SEGUNDO.-** Se confirió traslado de la demanda por el término legal a las partes demandadas.

Por medio de escrito de fecha 21 de julio de 2015 el Sr. Letrado de la Junta de Andalucía en nombre y representación de AGENCIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCIA compareció y contestó a la demanda en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso concluyó suplicando la admisión del escrito presentado y de la documental acompañada y que previos los tramites legales se dictase sentencia por la que se desestimase la pretensión de la actora.

**TERCERO.-** Mediante decreto de 23 de julio de 2015 se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada. Se recibió el pleito a prueba por tenerlo así solicitado las partes con el resultado que obra en autos.

Se dió traslado a las partes para que formularan conclusiones sucintas trámite que evacuaron oportunamente. Se señaló seguidamente día para votación y fallo por medio de providencia de fecha 14 de marzo de 2016.

**CUARTO.-** En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales de general y pertinente aplicación

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.- Planteamiento de la litis.**

Se impugna en el presente recurso la resolución dictada por el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía de fecha 29 de septiembre de 2014 por la que se impone al Colegio de Abogados de Málaga una sanción por importe de 98.215 euros por la infracción de las normas sobre defensa de la competencia consistente en un acuerdo limitativo de la distribución y reparto del mercado de los servicios de asistencia jurídica gratuita en el ámbito territorial del Colegio de Abogados de Málaga, en aplicación de lo tipificado en el art. 1.1.b) y c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia.

La resolución sancionadora juzga como práctica anticompetitiva la fijación de restricciones de carácter territorial para el acceso de los profesionales de la abogacía al servicio de asistencia gratuita comprendido en el ámbito territorial del Colegio de Abogados de Málaga, entre ellas la exigencia de colegiación y de despacho abierto en el partido judicial donde se haya de prestar el servicio.

En este sentido razona ampliamente que se compromete la recta aplicación de las normas sobre libre competencia de nuestra norma nacional de defensa de la competencia y de las normas europeas en particular de la directiva 2006/123/CE del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, sobre servicios en el mercado interior, también conocida como directiva servicios.

El órgano de competencia autonómico interpreta en suma que este tipo de restricciones por razón del territorio no resultan justificadas ni proporcionadas en orden a garantizar la correcta prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita y que en su consecuencia constituyen restricciones del mercado no amparadas por las razones excepcionales de interés general.

Frente a esta resolución sancionadora se alza la corporación de derecho público recurrente, interesando se anule y deje sin efecto por resultar contraria a derecho, sobre la base de los siguientes argumentos que se reproducen sintéticamente:

1) Alega un defecto procedimental en fase de información reservada, que pudiera comprometer su derecho a la defensa en la modalidad de derecho a no declarar contra si mismo por el hecho de ser requerido para aportar documentación sin ser informado previamente de los hechos por los que se seguía esta investigación preliminar.

2) El servicio de asistencia jurídica gratuita constituye un servicio de naturaleza pública prestado y organizado por el Colegio de Abogados por delegación legal, y en tanto que administración de corte corporativa se trata de una actividad administrativa sujeta a derecho administrativo, de modo que la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía –ADCA en adelante-, no puede sancionar a una administración en el ejercicio de sus competencias, sino que a lo sumo le incumbe impugnar la legalidad de los acuerdos del Colegio controvertidos.

3) El servicio público de asistencia jurídica gratuita se caracteriza por la exigencia de inmediatez y urgencia en su prestación en la atención a detenidos, víctimas de violencia de género, por lo que concurren circunstancias de interés general que justifican la territorialización del servicio.

4) Este servicio público excede del ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia de marcado carácter empresarial, los abogados que prestan el servicio de asistencia jurídica gratuita no actúan como empresarios, sino que atienden un servicio público, lo que en definitiva descarta por su naturaleza que estemos propiamente ante un mercado abierto y sujeto a la libre competencia.

5) El comportamiento reprimido no restringe la competencia se trata de una territorialización del servicio amparada en la orden ministerial de 3 de junio de 1997 que establece los requisitos generales para acceder al servicio y que no se encuentra derogada por el actual reglamento de la Ley de asistencia jurídica gratuita RD 996/2003.

6) Para el caso de que desechando los anteriores argumentos se entendiera que el servicio de asistencia jurídica gratuita constituye un mercado sujeto a la aplicación de las normas sobre competencia, la restricción por territorialización del servicio vendría justificada por razones imperiosas de interés general aplicada con arreglo a criterios de necesidad y proporcionalidad de acuerdo con la directiva servicios y la norma nacional de transposición, Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

7) La resolución impugnada no valora la aplicación al caso de la excepción prevista en el art. 1.3 de la LDC que contempla el supuesto del mercado conexo favorecido por la práctica a priori anticompetitiva, que sería el caso del comportamiento sancionado puesto que concurren las tres exigencias cumulativas prevista en dicho precepto, a saber: 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. Como contrapartida el servicio se ve favorecido por las eficiencias que resultan de las exigencias de implantación territorial de los colegiados inscritos para la prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita.

8) La resolución combatida ignora la aplicación del art. 101 de TFUE, del tenor del art. 1 de nuestra Ley de Defensa de la Competencia pero cuyo espectro de aplicación se extiende al mercado interior de la UE.

9) En cualquier caso de apreciarse la existencia de un hecho típico encuadrable como comportamiento colusorio no justificado, no concurriría el elemento subjetivo del ilícito por cuanto no es predicable del comportamiento de la corporación pública la existencia de dolo o culpa de acuerdo con la exigencia de título de imputación con base al principio de responsabilidad, conclusión que hace descansar sobre el carácter discutible de la infracción basada en una interpretación razonable de las normas en liza.

10) En último extremo y con carácter más subsidiario achaca a la resolución sancionadora un error en el cálculo del importe de la multa, de un lado por a aplicación de la comunicación de 6 de febrero de 2009 de la Comisión Nacional de la Competencia que fue declarada contraria a las normas del derecho de la UE por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 29 de enero de 2015. De otra parte la aplicación de la agravante prevista en el art 64.2.c) de LDC que consiste en aplicar medidas disciplinarias en ejecución de los acuerdos colusorios, puesto que el colegio no ha aplicado medida disciplinaria a ningún colegiado por este motivo, su única trasgresión sería la de contar con un régimen disciplinario que insiste nunca llegó a aplicarse.

El letrado de la Junta de Andalucía en la representación que ostenta de la ADCA se popone al recurso planteado y solicita la confirmación de la resolución recurrida que considera conforme a derecho.

No existiría a su entender irregularidad procedimental derivada del requerimiento de documentación en el marco de la información reservada que precedió al expediente sancionador, puesto que la corporación atendió al requerimiento de documentación con carácter previo a solicitar información acerca de los hechos que motivaban la investigación.

Considera que los colegios profesionales aun cuando actúen las competencias que se le atribuyen en cuanto que administración corporativa están sujetas a las normas sobre defensa de la competencia por venir así expresado en la normativa reguladora de colegios profesionales. No se cuestiona la capacidad del Colegio para regular el servicio sino su organización restrictiva de la libre competencia que se revela por razón de una territorialización del servicio en base a exigencias de colegiación e implantación de los profesionales que no resultan justificadas para una adecuada prestación del servicio. De este modo no es amparable esta conducta en lo dispuesto en el art. 1.3 de LDC puesto que con este tipo de restricciones no se mejora el servicio sino que se restringe la oferta y la facultad de elección en algún caso de los profesionales.

El Colegio de Abogados no puede acogerse a la ignorancia de la norma para eximir su responsabilidad, precisamente por su consideración de profesionales del derecho, por lo que no es admisible la alegación basada en la ausencia de dolo o culpa por consecuencia de la buena fe derivada de la creencia en la legalidad de su proceder.

**SEGUNDO.- Del requerimiento de documentación en la diligencia de información reservada.**

Entrando a examinar la alegación de la actora según la cual la Administración habría denegado dar traslado de las denuncias formalizadas en su contra, negativa que habría lesionado su derecho de defensa, es preciso recordar que el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993 establece:

*"Artículo 11. Forma de iniciación.*

*1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio , por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior; petición razonada de otros órganos o denuncia.*

*A efectos del presente Reglamento, se entiende por:*

*a) Propia iniciativa: La actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las conductas o hechos susceptibles de constituir infracción por el órgano que tiene atribuida la*

*competencia de iniciación, bien ocasionalmente o por tener la condición de autoridad pública o atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación.*

*b) Orden superior: La orden emitida por un órgano administrativo superior jerárquico de la unidad administrativa que constituye el órgano competente para la iniciación, y que expresará, en la medida de lo posible, la persona o personas presuntamente responsables; las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; así como el lugar, la fecha, fechas o período de tiempo continuado en que los hechos se produjeron.*

*c) Petición razonada: La propuesta de iniciación del procedimiento formulada por cualquier órgano administrativo que no tiene competencia para iniciar el procedimiento y que ha tenido conocimiento de las conductas o hechos que pudieran constituir infracción, bien ocasionalmente o bien por tener atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación.*

*Las peticiones deberán especificar, en la medida de lo posible, la persona o personas presuntamente responsables; las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; así como el lugar, la fecha, fechas o período de tiempo continuado en que los hechos se produjeron.*

*d) Denuncia: El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa.*

*Las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan, el relato de los hechos que pudieran constituir infracción y la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsables.*

*2. La formulación de una petición no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador; si bien deberá comunicar al órgano que la hubiera formulado los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación del procedimiento.*

*Cuando se haya presentado una denuncia, se deberá comunicar al denunciante la iniciación o no del procedimiento cuando la denuncia vaya acompañada de una solicitud de iniciación."*

Resulta en consecuencia que, en contra de lo manifestado por el recurrente, el procedimiento no se inicia por las denuncias en cuestión, sino de oficio, como todos los procedimientos sancionadores. Y en cuanto a la puesta en su conocimiento de las denuncias, la norma reproducida únicamente obliga a informar al denunciante no al denunciado.

En todo caso, el propio Reglamento contempla igualmente la realización por parte de la Administración de actuaciones previas:

*"Artículo 12. Actuaciones previas.*

*1. Con anterioridad a la iniciación del procedimiento, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación. En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros.*

*2. Las actuaciones previas serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de éstos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento."*

Las actuaciones previas no forman parte del expediente administrativo, salvo que se acuerde por la Administración su incorporación; su existencia no determina per se la incoación de un expediente sancionador ni su tramitación está sujeta a las normas que si se aplican a este, no teniendo tales actuaciones otro valor que la averiguación previa de la realidad de determinados hechos puestos en conocimiento de la Administración por alguno de los medios previstos en el precepto más arriba reproducido, a fin de determinar si procede o no la incoación del expediente.

Ahora bien cuando en el curso de estas actuaciones preliminares se solicita la colaboración de la persona investigada, como en nuestro caso, mediante un requerimiento de documentación, el traslado previo de la denuncia que le permita cobrar cabal conocimiento de la naturaleza y entidad de los hechos objeto de examen, se transforma en garantía del derecho de defensa del potencial sancionado, si bien es cierto que la necesidad de preservar el éxito de la investigación puede condicionar el modo y el tiempo en el que se pongan en conocimiento del investigado las denuncias y otros elementos de los que dimana la incipiente actuación investigadora.

Interesa destacar, al hilo de lo anterior lo declarado en otras sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, como la dictada el día 4 de noviembre de 2013 -recurso de casación nº 251/2011-, (1) que la incoación de las actuaciones previas es potestativa, esto es, que la administración no está obligada a abrir actuaciones previas y puede, si así lo considera, acordar la incoación directa del procedimiento sancionador; y (2) que dichas actuaciones están orientadas, conforme expresa el artículo 12 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos que pudieran justificar la incoación del procedimiento, identificar la persona u órgano que pudiera resultar responsable y fijar las circunstancias relevantes que pudieran concurrir en el caso, por lo que en suma tiene una naturaleza informativa de la que sin duda puede prescindir la Administración.

En esta tesitura, si la administración opta por el empleo del expediente de las actuaciones previas para recabar la información oportuna, y en su curso se dirige al investigado recabando su colaboración, debe proporcionar a éste la información suficiente para no mermar su derecho a la defensa en su modalidad de derecho a no declarar contra sí mismo.

En el supuesto de autos sin embargo no se aprecia que se haya ocasionado con el requerimiento de documentación dirigido al ICAM quiebra alguna de este derecho. Así es de ver en el expediente administrativo que una vez evacuado el requerimiento de documentación con fecha 27 de septiembre de 2011, la demandante evacua dicho requerimiento por medio de escrito de fecha 26 de octubre de 2011, en el que acompaña la documentación requerida y es entonces cuando solicita el traslado de lo actuado, incluidas las denuncias. Pues bien, en el requerimiento de documentación se expone con suficiencia el motivo de la iniciación de actuaciones previas por posible vulneración de las normas sobre competencia relacionadas con la ordenación del turno de asistencia a detenidos y presos del servicio de asistencia jurídica gratuita. Por otro lado la documentación solicitada no es comprometedora desde el punto de vista del derecho a la defensa de la recurrente, puesto que se trata de normas estatutarias y de ordenación del servicio que son de público conocimiento, constituyendo el requerimiento un medio de colaboración que persigue facilitar la tarea del órgano regulador autonómico. Por último como apunta la defensa de la demandada la solicitud del traslado de lo actuado la cursa la recurrente después de haber hecho entrega de dicha documentación, por lo que en su caso el eventual compromiso a su derecho no vendría dado como razona la actora por la negativa de la Administración a entregar las denuncias. Y es que como ya hemos advertido arriba, el valor de lo actuado en el seno de unas diligencias preliminares es meramente informativo, y solo de modo facultativo puede la Administración incorporarlo si lo entiende oportuno al expediente administrativo luego que se acuerde la iniciación del procedimiento, en el que el denunciado tendrá derecho a acceder en su integridad al expediente.

Por todo lo expuesto en este punto la alegación de la actora debe ser desechada.

**TERCERO.- De la naturaleza del servicio de asistencia jurídica gratuita y alcance de las normas de competencia.**

Cuando el art. 22 de la Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita y el art. 26 del RD 996/2003, asignan a los colegios profesionales la potestad normativa y de organización del servicio de asistencia jurídica gratuita, parece natural entender que lo hacen en su consideración de administración pública de corte corporativa, puesto que en esta faceta de intervención en la regulación de la profesión, su papel trasciende al de mero ente asociativo destinado a tutelar los intereses profesionales de sus asociados, y se extiende sin ambages a la participación trascendente en la configuración de un servicio público, vinculado de manera inmediata por su relación de instrumentalidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que de acuerdo con el mandato del art. 119 de CE, debe tener un alcance universal, que no excluya a quienes no dispongan de los medios económicos necesarios para litigar, asumiendo el Estado la financiación de tal servicio con carácter gratuito para el justiciable depauperado.

Dos son por tanto las premisas exactas que enuncia la recurrente al comienzo de su demanda. El servicio de asistencia jurídica gratuita es un servicio público y la función atribuida por Ley a los colegios profesionales para la regulación de la organización del servicio implica la realización de funciones netamente administrativas sujetas por tanto a derecho administrativo.

Ahora bien lo anterior no significa que en el desarrollo de estas atribuciones los colegios no puedan incurrir en transgresiones del derecho de la competencia, y que estas eventuales contravenciones no puedan ser objeto de control por parte de los reguladores.

El art. 4.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC en adelante), previene que *“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.”* Esta norma puesta en relación con el apartado primero del mismo art. 4 de la LDC permite entender que, salvo que una Ley de manera clara lo autorice, las administraciones no podrán en el ejercicio de sus competencias desarrollar prácticas restrictivas de la competencia, quedando en otro caso sujetas a los mecanismos correctores y sancionadores prevenidos en la Ley de Defensa de la Competencia.

Así lo ha entendido recientemente el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 9 de marzo de 2015 (rec. 294/2013), en la que se explica de un lado que *“En definitiva, el artículo 4.1 de la Ley 15/2007 -como el anterior artículo 2.1 de la Ley 16/1989 - no pretende sustraer del ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia cualquier conducta que se realice al amparo de una norma sino, únicamente, aquéllas conductas a las que una Ley autorice con la específica finalidad -expresa o implícita- de excluirlas del ámbito de aplicación de las prohibiciones del artículo 1 de la propia Ley 15/2007. Y tal cosa no sucede en el caso que estamos examinando”*. Así las cosas no basta con que la Administración actúe sus competencias legales para quedar excluida de la aplicación de las normas de defensa de la competencia, o para resultar exonerada de respetar el contenido del art. 1,1 de LDC, en aplicación del expediente del art. 4.1 de LDC, sino que la mención legal a la que se refiere el art. 4.1 de LDC debe estar presidida por la finalidad específica de permitir la elusión de las normas de defensa de la competencia cuando se constate algún comportamiento restrictivo patrocinado por una norma legal.

Y sigue razonando el Alto Tribunal en la sentencia citada, en orden a sostener la vinculación de las Administraciones a las normas de competencia, y su sometimiento a las medidas disciplinantes del regulador correspondiente que *“En el motivo de casación, también único, que formula la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha se alega la infracción del artículo 153 de la Constitución, aduciendo al efecto la Administración autonómica recurrente que la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas no puede ser objeto de control por parte de otra Administración, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en STC 76/1983 de 5 de agosto . Pues bien, el motivo así planteado no puede ser acogido.*

*Ante todo es obligado recordar -ya lo señala la sentencia recurrida- que según establece el artículo 4.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia " (...) 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 .”*

*El tenor de ese precepto pone de manifiesto que, como también señala la sentencia de instancia -que cita, a su vez, a la resolución administrativa impugnada- en el ámbito del Derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado.*

*La sentencia recurrida -lo mismo que la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que en ella se confirma- no ignora, ni desde luego cuestiona, las competencias de la Administración autonómica de Castilla y La Mancha en relación con la regulación y gestión del servicio público sanitario. Lo que hacen la resolución administrativa y la sentencia es, sencillamente, salir al paso de una conducta que, aunque se dice llevada a cabo en el ejercicio de aquellas competencias, resulta vulneradora del derecho de la competencia.”*

Así las cosas concluimos nosotros que la Administración que incurre en prácticas restrictivas de la competencia puede ser corregida desde una doble perspectiva, de un lado su actuación sería anulable por contravención del orden jurídico tal y como propone la recurrente, declaración a instar de la jurisdicción contencioso administrativa, pero no solo desde este punto de vista, sino que como operador con incidencia en un mercado cuya actividad perturba la libre competencia puede ser objeto de represión en aplicación de las normas de defensa de la competencia que no excluyen, sino al contrario permiten dirigir correcciones también a las Administraciones cuya actividad incide en el mercado puesto que según reiterada jurisprudencia, en el contexto del Derecho de la competencia, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (véase, en particular, la sentencia Wouters de 19 de febrero de 2002, C-309/99).

En este sentido viene expresándose el Tribunal Supremo desde tiempo atrás en el particular caso de los Colegios Profesionales, resultando ejemplificativa la sentencia de fecha 2 de junio de 2009 (rec. 5763/2006), en la que se afirma que *“En efecto, esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo comparte los razonamientos de la Sala de instancia referidos a la plena aplicabilidad al Colegio Notarial recurrente de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y concernientes a la consideración del mecanismo compensatorio enjuiciado de conducta incurso en las prohibiciones del artículo 1 del referido Cuerpo legal, puesto que la circunstancia de que el Acuerdo de 17 de enero de 2001 se adopte en el ejercicio de la potestad de ordenación de la actividad profesional de los colegiados, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 2/1974, de 13 de julio, sobre Colegios Profesionales, no excluye que dicho Acuerdo deba someterse al principio de legalidad administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 36 y 103 de la Constitución, y deba respetar específicamente la legislación de defensa de la competencia.*

*En este sentido, cabe significar que el artículo 2.4 de la Ley sobre Colegios Profesionales, en la redacción debida a la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios profesionales, establece que «los acuerdos, decisiones y recomendaciones de*

*los Colegios con transcendencia económica observarán los límites del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el artículo 3 de dicha Ley », lo que permite deducir la condición de los Colegios profesionales de sujetos activos de los ilícitos competitivos, no obstante su reconocimiento como Corporaciones de Derecho Público, en cuanto sus conductas afecten a la libre prestación de servicios, por lo que no procede determinar, en abstracto, selectivamente un ámbito material de conductas relacionadas con las funciones que ejercen los Colegios profesiones, que, por su naturaleza o su contenido regulatorio, quede excluido o exceptuado a priori de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia.*

*Resulta adecuado recordar que el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de noviembre de 2008 (RC 5837/2005), ha calificado de erróneas las tesis argumentativas que entienden que los Colegios profesionales, en aquellos supuestos en que ejercen funciones públicas, y por ello, actúan con carácter de Administración Pública, quedan eximidos de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia, y que el Tribunal de Defensa de la Competencia no tiene competencia para declarar que las conductas son anticompetitivas”*

En este caso el Colegio profesional con su regulación influye en un mercado, el de los profesionales de la Abogacía, una de cuyas actividades profesionales genuinas, por cuanto solo pueden ser prestadas por estos profesionales, es la de incorporarse y prestar el servicio de asistencia jurídica gratuita, una regulación restrictiva que condiciona el libre acceso a las listas del turno de asistencia jurídica gratuita afecta necesariamente al mercado capitalizado por estos profesionales, esto es, en los términos de la sentencia *Wouters*, solo “ *una actividad que por su naturaleza, las normas que la regulan y su objeto es ajena a la esfera de los intercambios económicos (...)no está sujeta a la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado*”, circunstancia ésta que no se da pues la actividad de la que se trata tiene trascendencia económica y afecta al mercado de los profesionales de la abogacía por lo ya dicho.

#### **CUARTO.- Del carácter justificado de las restricciones territoriales para el acceso a las listas.**

Dicho lo anterior en nuestro caso el reproche que el organismo de la competencia autonómica dirige al Colegio de Abogados recurrente, consiste en una limitación del derecho de acceso a las listas de profesionales al turno de asistencia jurídica gratuita por razones territoriales, y concretamente la posibilidad de acceder al turno se condiciona en el art. 5 de los acuerdos de 7 de julio de 2009 a un doble requisito, por una parte el abogado debe estar colegiado en el Colegio de Abogados de Málaga, y de otra parte, debe estar domiciliado en Málaga y debe tener despacho profesional abierto en el partido judicial donde haya de prestar el servicio. No cabe indagar demasiado en la naturaleza restrictiva de estas medidas que inciden negativamente en el mercado interior fragmentándolo territorialmente, limitando por ende de manera sustancial la oferta de

profesionales con posibilidades de servir en el turno de asistencia jurídica gratuita, práctica que el regulador sanciona en la resolución que se recurre.

Por su parte el art. 1 de la Ley 15/2007, que reza “ *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.*

Objetivamente estamos ante una restricción de la libre competencia, pero como apunta la recurrente el derecho de la competencia admite supuestos en los que limitación puede venir justificada, ya sea en base a la concurrencia de razones imperiosas de interés general aplicadas de acuerdo a criterios de necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con la jurisprudencia elaborada al efecto por el TJUE, ya sea a partir del expediente previsto en el art. 1.3 de LDC ( art. 101.3 TFUE), cuando de una restricción puntual resulten eficiencias constatables para el desarrollo del sector de actividad de que se trate.

Desde el punto de vista de la primera de estas construcciones excepcionales no resulta dificultoso apreciar la presencia de un interés general preponderante que justifica la limitación territorial que aquí se cuestiona, que pueda calificarse de razón imperiosa de interés general incardinable en la definición del art. 3.11 de la Ley 17/2009, de de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, por la que se traspone la directiva europea del Parlamento y del Consejo 2006/123/CE, de 12 de diciembre, sobre servicios en el mercado interior, conocida como directiva servicios. En particular concurre aquí la afectación a derechos fundamentales de usuarios del servicio de asistencia jurídica gratuita.

Esta se relaciona con la existencia de unas demarcaciones judiciales en cuyo ámbito se hace efectiva la prestación del servicio, y que invitan a pensar en lo idóneo de una cierta correspondencia territorial en la organización del servicio de asistencia jurídica gratuita coadyuvante imprescindible del servicio público esencial de la Administración de Justicia. Pero no radica aquí el fundamento de la justificación de la medida limitativa estudiada.

El regulador autonómico en el epígrafe b) del fundamento tercero de la resolución sancionadora que se combate realiza un esfuerzo argumentativo para descartar el carácter proporcionado de la restricción a la libre competencia que se imputa al Colegio profesional actor, y así entiende que la exigencia de inmediatez en la atención a detenidos se puede satisfacer sin necesidad de unas limitaciones territoriales tan exigentes acudiendo a las propias reglas del Colegio de Abogados y a lo previsto en la LECrim, que contemplan un plazo máximo de ocho horas desde que el abogado es contactado hasta la efectiva atención al detenido, plazo que admite una mayor apertura de los contornos territoriales de los requisitos de acceso al turno según el regulador.

Este razonamiento es incompleto, sesgado y debe ser rechazado por la Sala. En esta modalidad de prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita, la atención al detenido o preso, así como a las víctimas de violencia de género, que de suyo es servicio que también se vincula en no pocas ocasiones con la privación de libertad del imputado, la prioridad que informa el requisito de la perentoriedad es la resolución de la situación personal de la persona privada de libertad. Aquí entre en juego un derecho fundamental de máxima trascendencia cual es el derecho a la libertad deambulatoria consagrado en el art. 17 de CE, cuya privación sólo puede extenderse durante el tiempo estrictamente indispensable. No encontramos que case con esta exigencia constitucional avalar la posibilidad de dispersión geográfica de los profesionales del turno, convirtiendo la excepción en regla y asumiendo como criterio de normalidad la eventualidad del agotamiento de los plazos de máximos previstos legalmente para la asistencia letrada, por la evidente merma que significa para el derecho del detenido la exposición a mayores períodos de espera generalizados. Este potencial compromiso para un derecho fundamental de la trascendencia del que nos ocupa es el fundamento y justificación de la limitación territorial que se impone, que es indispensable, y que a priori, y a falta de mayores razonamientos por parte del regulador es medida proporcionada, para asegurar la correcta atención al detenido con la exigencia de inmediatez inherente, pues aparentemente la exigencia de domiciliación en la Provincia y de titularidad de un despacho profesional en la demarcación, son medidas aptas orientadas a este fin, máxime si se atiende como hace el propio Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, a la futura reducción de los plazos máximos de respuesta que sustancialmente se restringen de ocho a tres horas, evidenciando la necesidad de que el letrado de guardia se encuentre a una distancia muy reducida del centro de detención. Se favorece con estas medidas colegiales organizativas del servicio la operatividad de los derechos de los justiciables privados de libertad y la más eficaz coordinación con el servicio de guardia judicial aspectos prioritarios que no es viable supeditar a las más prosaicas exigencias del mercado con las que no guardan término de comparación.

La jurisprudencia europea, entre otras desde la tan citada sentencia del asunto *Wouters* vino admitiendo la compatibilidad con el mercado interior de aquellas medidas restrictivas de la competencia que obedecieran a fines de interés general, siempre que tales medidas se mostraran indispensables para tal fin, y así en sus párrafos 97, 109 y 110 la sentencia del TJUE de 19 de febrero de 2002 concluye “97 Sin embargo, debe señalarse 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 Dic. 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.

*109. En vista de estos elementos, no se puede afirmar que los efectos restrictivos de la competencia como los impuestos a los abogados que ejercen en los Países Bajos por un reglamento como el Samenwerkingsverordening 1993 vayan más allá de lo necesario para garantizar el buen ejercicio de la abogacía (véase en este sentido, la sentencia de 15 Dic. 1994, DLG, C-250/92, Rec. p. I-5641, apartado 35).*

*110. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión que una normativa nacional como el Samenwerkingsverordening 1993, adoptada por un organismo como el Colegio de Abogados de los Países Bajos, no infringe el artículo 85, apartado 1, del Tratado, dado que dicho organismo pudo considerar razonablemente que tal normativa, a pesar de los efectos restrictivos de la competencia que le son inherentes, era necesaria para el buen ejercicio de la abogacía tal y como está organizada en el Estado miembro de que se trata.”*

En otro orden de cosas, para aquellas modalidades asistenciales desprovistas de la nota de la parentoriedad que se vincula a la asistencia a personas privadas de libertad, se puede admitir una mayor flexibilización de la comarcalización del servicio, pero en cualquier caso la territorialización, en mayor o menor grado, es recurso preciso para garantizar la correcta prestación del servicio en términos de eficacia de modo que se posibilite la relación directa, personal y periódica entre abogado y beneficiario del derecho a la asistencia jurídica gratuita, en condiciones de intimidad y soporte material y técnico adecuados. En este punto la limitación territorial contemplada permite el correcto desarrollo del servicio en esos términos, y no se cuestiona de modo concreto por el órgano de defensa de la competencia que se trate de medidas desproporcionadas, pues para emitir este juicio es necesario razonar la facilidad de comunicación entre letrado designado y beneficiario pese a una mayor distancia geográfica, lo que se vincula a la existencia de condiciones objetivas relativas a la extensión territorial de los partidos judiciales, calidad de las vías de comunicación, medios de transporte públicos al alcance de los titulares del derecho cuyo presupuesto es la situación económicamente desfavorecida, circunstancias que han de ser ponderadas para emitir un juicio de proporcionalidad/utilidad que de otro modo no es posible validar, ante la libérrima facultad que la LAJG concede en su art. 22 a los Colegios Profesionales para la regulación de la organización del servicio, lo que nos invita a concluir que a priori y a falta de un examen fáctico más exhaustivo, las medidas restrictivas adoptadas por el ICAM responden a la finalidad de dotar de una mayor eficiencia al servicio –en la línea de lo contemplado por el art. 1.3 de LDC y 101.3 de TFUE-, sin que de otro lado se haya logrado evidenciar su desproporción o inadecuación en aras a la consecución de esta finalidad, ni una afectación al mercado de la intensidad de la que tratan los subapartados 1), 2) y 3) del art. 1.3 de LDC, por lo que se excluye en este caso la presencia de una finalidad espuria de segmentación territorial del mercado con el ánimo de falsear la libre competencia favoreciendo a los propios colegiados respecto de otros profesionales, con la consecuente limitación de la oferta de profesionales no incluidos dentro del campo de las restricciones territoriales, por lo que en suma no concurre en fundamento de la sanción impuesta que debe ser anulada estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto en base a los razonamientos que preceden, sin que se estime preciso indagar en el resto de motivos impugnatorios blandidos por la actora.

**QUINTO.- De las costas del proceso.**

Conforme a lo codificado en el artículo 139.1 de LJCA en su redacción dada por la Ley 37/2011 de medidas de Agilización Procesal, que impone el criterio del vencimiento objetivo, las costas del proceso correrán de cargo de la parte que vea enteramente desestimadas sus pretensiones, en nuestro caso la parte demandada.

Vistos los preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación,

**FALLAMOS**

Estimar el recurso contencioso-administrativo sostenido por Procurador de los Tribunales D. Ignacio Sánchez Díaz, en nombre y representación de ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MALAGA contra la resolución del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía de fecha 29 de septiembre de 2014 que se anula por no ser conforme a derecho, con expresa imposición de costas a cargo de la parte demandada.

Notifíquese la presente sentencia a las partes.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior sentencia ha sido leída y publicada por los Magistrados que la suscriben estando celebrando audiencia pública de lo que yo la Secretaría. Doy fe.