

I. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

LOS HONORARIOS DE LOS ABOGADOS PUEDEN NEGOCIARSE LIBREMENTE Y EL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA NO PUEDE PROHIBIR LA *CUOTA LITIS* EN SENTIDO ESTRICTO*

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco

I. INTRODUCCIÓN.—II. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2002.—III. JURISPRUDENCIA REITERADA DEL TRIBUNAL SUPREMO CONFIRMANDO LA LEGALIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE LA *CUOTA LITIS* EN SENTIDO ESTRICTO Y SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 27 DE JUNIO DE 2005 ANULANDO LA RESOLUCIÓN DEL TDC DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2002.—IV. DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO —PLENO DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO— DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2008.—V. REACCIÓN DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA Y EXAMEN DE SENTENCIAS RECIENTES EN DERECHO COMPARADO QUE ANALIZAN SIMILAR PROBLEMÁTICA.—VI. REFLEXIONES FINALES.

RESUMEN

En España, hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008 se prohibía la *cuota litis* en sentido estricto. En realidad, no se prohibía cobrar a los abogados por los resultados obtenidos, sino cobrar sólo por resultados, sin derecho a pactar la no percepción de honorarios si se perdía el pleito. En la actualidad tal prohibición ha sido declarada sin cobertura legal por vulnerar en esencia la libre competencia, al impedir que los precios se fijen libremente mediante negociación entre abogado y cliente.

Palabras clave: *cuota litis*; abogado; honorarios; libre competencia; colegio profesional.

ABSTRACT

Earnings based on a no-win-no-fee basis were forbidden in Spain up until the sentence of Spain's High Court on 4th November 2008. Charging fees for winning a case was not what was forbidden; instead, what was forbidden was to charge only if the case was won, as there was no right to agree to not charging a fee if the case was lost. Currently, there is no law that forbids that prohibition, as it infringes the free competition between lawyers.

Key words: no-win-no-fee; contingency fee; lawyer; solicitor; barrister; fee.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación —del Departamento de Educación del Gobierno vasco— de ayudas para grupos de investigación del sistema universitario vasco (ref. IT-371-07).

I. INTRODUCCIÓN

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008 confirma prácticamente en su totalidad la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de septiembre de 2002¹, que declaraba, en esencia, que el Consejo General de la Abogacía había tomado una decisión de las prohibidas —por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC)— con la finalidad de establecer honorarios mínimos de los abogados, impidiendo que los precios de sus servicios se fijan libremente mediante negociación entre abogado y cliente. Esta decisión colectiva fue instrumentada por el citado Consejo General mediante la aprobación en sesión plenaria —de 30 de junio de 2000— del artículo 16 del Código Deontológico de la Abogacía con la siguiente redacción literal sobre la *cuota litis*:

«1) Se prohíbe, en todo caso, la cuota litis, en sentido estricto, que no está comprendida en el concepto de honorarios profesionales. 2) Se entiende por cuota litis, en sentido estricto, aquel acuerdo entre el abogado y su 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, independientemente de que consista en una suma de dinero o cualquier otro beneficio, bien o valor que consiga el cliente por el asunto. 3) No es cuota litis el pacto que tenga por objeto fijar unos honorarios alternativos según el resultado del asunto, siempre que se contemple el pago efectivo de alguna cantidad que cubra como mínimo los costes de prestación del servicio jurídico concertado para el supuesto de que el resultado sea totalmente adverso, y dicha cantidad sea tal que, por las circunstancias concurrentes o las cifras contempladas, no pueda inducir razonablemente a estimar que se trata de una mera simulación. 4) La retribución de los servicios profesionales también puede consistir en la percepción de una cantidad fija, periódica, o por horas, siempre que su importe constituya adecuada, justa y digna compensación de los servicios prestados».

Tras la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de septiembre de 2002, el artículo 16 del Código Deontológico de la Abogacía fue suspendido de vigencia y eficacia por acuerdo del Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 10 de diciembre de 2002. Sin embargo, reuértese que el artículo 44.3 del Estatuto General de la Abogacía Española (aprobado mediante Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, BOE de 10 de julio) establecía ya de igual modo que *«se prohíbe en todo caso la cuota litis*

¹ AC 2002\1319.

en sentido estricto, entendiéndose por tal el acuerdo entre el abogado y el cliente, previo a la terminación del asunto, en virtud del cual éste se compromete a pagarle únicamente un porcentaje del resultado del asunto, independientemente de que consista en una suma de dinero o cualquier otro beneficio, bien o valor que consiga el cliente por ese asunto». Queda así claro que lo que prohíbe el texto reglamentario no es que los honorarios sean distintos según que el proceso resulte más o menos favorable a los intereses del cliente, sino el pacto en el que todos los honorarios se calculen de forma exclusiva en un porcentaje de lo obtenido en el asunto, de modo que no haya lugar a que el abogado cobre cantidad alguna en el supuesto de que el pleito se pierda.

II. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2002

El 13 de septiembre de 2000 se dio entrada en el Tribunal de Defensa de la Competencia a un escrito del abogado José Luis Mazón mediante el que denunciaba al Consejo General de la Abogacía por una conducta presuntamente prohibida por el artículo 1 LDC consistente en haber aprobado, en su reunión del Pleno de 30 de junio de 2000, el artículo 16 del ya citado Código Deontológico de la Abogacía. El instructor del expediente considera que la aprobación del mencionado artículo constituye una conducta de las prohibidas por el artículo 1 LDC, porque se trata de *«una decisión colectiva que limita la autonomía de los Abogados para establecer sus honorarios, con el objeto y el efecto de restringir la competencia entre los mismos»*. Por supuesto, el Consejo General de la Abogacía solicita el sobreseimiento del expediente.

En concreto, en su escrito el Consejo General de la Abogacía argumenta que la prohibición de la *cuota litis* en sentido estricto establecida en el artículo 16 de su Código Deontológico, en primer lugar, no implica imposición de honorarios mínimos, ni por su finalidad ni por su contenido, puesto que el artículo 15 del propio Código Deontológico establece que *«la cuantía y régimen de los honorarios será libremente convenida entre el cliente y el Abogado con respeto a las normas deontológicas y sobre competencia desleal»*. Al efecto responde el Tribunal de Defensa de la Competencia que la declaración del artículo 15 del Código Deontológico *«resulta meramente retórica ante la expresa prohibición limitativa de tal libertad contenida en el artículo 16 del propio Código»*.

En segundo lugar, el Consejo General de la Abogacía esgrime el fundamento de las normas legales y corporativas que rigen la deontología profesional del abogado (art. 437 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial, y art. 2 del propio Código Deontológico), donde se prescribe la independencia del abogado como una exigencia del Estado de Derecho y del efectivo derecho de defensa de los ciudadanos, independencia que se vería condicionada, a su juicio, si la remuneración del abogado pudiera establecerse en aplicación de la *cuota litis* en sentido estricto. Sin embargo, el

Tribunal de Defensa de la Competencia entiende que la independencia del abogado como exigencia del Estado de Derecho no puede sostenerse sobre la prohibición de la *cuota litis* en sentido estricto, y ni siquiera la circunstancia de que las normas dictadas por el Consejo permitan que un abogado, en determinados supuestos, pueda prestar gratuitamente sus servicios jurídicos suaviza los efectos contrarios a la competencia de las restricciones que se contienen en el artículo 16 del Código Deontológico de la Abogacía.

En tercer lugar, el Consejo General de la Abogacía anuda la prohibición de la *cuota litis* en sentido estricto con su obligación de impedir la venta a pérdida, que expresamente prohíbe la Ley de Competencia Desleal en sus artículos 5 y 17. Por su parte, el Tribunal de Defensa de la Competencia rechaza tal interpretación, porque entiende que la venta a pérdida se reputará desleal cuando pueda inducir a error a los consumidores, desacredite la imagen de un producto o establecimiento ajeno o cuando forme parte de una estrategia para eliminar del mercado a los competidores. Evidentemente, ninguno de estos supuestos resulta acreditado en el presente caso. Pero es que, además, el Tribunal de Defensa de la Competencia argumenta que cuando un abogado se encarga de un caso, es decir, en el momento de concertar la venta de sus servicios profesionales, los resultados son inciertos y los costes desconocidos. Así, aunque el abogado se comprometiera a no cobrar si pierde el caso, la transacción que tuviera lugar entre abogado y cliente no podría reputarse de una venta a pérdida, incluso si finalmente el caso llegara a perderse.

En cuarto lugar, el Consejo General de la Abogacía fundamenta la interdicción de la *cuota litis* en sentido estricto con mantener la independencia del abogado e impedir que se «asocie» con el cliente asumiendo parte de los costes del servicio, como expresamente queda indicado a este propósito en el Preámbulo del Código Deontológico². No obstante, el Tribunal de Defensa de la Competencia recuerda que aunque se admitiera a efectos dialécticos que vincular los honorarios de un abogado a los resultados obtenidos pudiera atentar a su independencia, la cuestión que se debate aquí no es ésta, pues el propio controvertido artículo 16 del Código Deontológico acepta que se dé tal vinculación, al admitir en dicho artículo que el abogado pueda cobrar en función de resultados. Sin embargo, lo que no admite es que la cantidad así percibida sea insuficiente para cubrir los costes, lo que supone «una injustificada discriminación que afecta de modo importante a la competencia del sector al constituir una barrera de entrada para los abogados menos experimentados». De forma complementaria, tampoco puede sostenerse, como pretende el Consejo de la Abogacía, que su pretensión sea impedir que el abogado se «asocie» con el cliente, porque eso lo permite expre-

² El Preámbulo reza del siguiente tenor: «La “cuota litis”, en cuanto asociación y participación con el cliente en el resultado del pleito, pone en riesgo la independencia y la libertad del abogado que deja de ser defensor para convertirse en socio de su cliente en pos de un resultado material, lo que, además de adular la función de la defensa, provoca el desamparo o discriminación de los ciudadanos que han de reivindicar derechos de escasa entidad patrimonial o cuya tutela resulta dificultosa».

samente también el artículo 16 controvertido, ya que lo que expresa y únicamente se prohíbe es que esa «asociación» se haga en términos que no permitan cubrir al abogado la totalidad de los costes en que incurre para prestar el servicio. Por consiguiente, a juicio del Tribunal de Defensa de la Competencia, la *cuota litis* en sentido estricto constituye una restricción a la libre fijación de honorarios. Téngase en cuenta que el artículo 16 del Código Deontológico de la Abogacía, al admitir ciertos tipos de *cuota litis* (aunque no en su sentido estricto), desnaturaliza el carácter de contrato de prestación de servicios que venía siendo propio de la relación entre abogado y cliente, y lo aproxima al contrato de obra. Pero esta desnaturalización es obra del propio Consejo General al dar carta de naturaleza a ciertos tipos de *cuota litis*, en oposición a la calificada como *cuota litis* en sentido estricto.

En quinto lugar, el Consejo General de la Abogacía añade que el contenido del artículo 16 es más permisivo que el Código Deontológico Europeo de la Abogacía, aprobado en Lyon el 28 de noviembre de 1998³. Al respecto, el Tribunal de Defensa de la Competencia señala que la supuesta mayor permisividad de la normativa española con respecto al Código Deontológico Europeo, cualquiera que sea la opinión que se tenga al respecto, no debe afectar a lo que haya de resolverse en el presente expediente, dado que carece de fuerza normativa en el ordenamiento jurídico español.

Y, finalmente, como argumento de cierre, en su escrito de conclusiones ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, el Consejo General de la Abogacía indicaba que, aun en el supuesto de que se estimase que la prohibición contenida en el artículo 16 del Código Deontológico supusiera una restricción de la competencia, estaría plenamente justificada. Al respecto, el Tribunal entiende que la supuesta justificación carece de cobertura legal, y si bien coincide al entender que las resoluciones en materia de Derecho de la competencia han de tener en cuenta el contexto global en el que se adoptan, considera «*que el establecimiento de honorarios mínimos que implica la conducta probada del Consejo General de la Abogacía es particularmente dañina para la competencia en este sector, en el contexto español actual, caracterizado por un nivel elevado de paro entre los abogados jóvenes, porque perjudica particularmente la entrada en el mercado de abundantes abogados que empiezan su carrera profesional y que, por ello, podrían estar más dispuestos, en general, que*

³ En la actualidad, la *Charte des principes essentiels de l'avocat européen et code de déontologie des avocats européens*, elaborada por el *Conseil des barreaux européens - Council of Bars and Law Societies of Europe*, determina —en su última versión, aprobada por unanimidad en Bruselas el 24 de noviembre de 2006 y en Oporto el 19 de mayo de 2006— que: «L'avocat ne peut pas fixer ses honoraires sur la base d'un pacte "de quota litis". Le pacte "de quota litis" est une convention passée entre l'avocat et son client, avant la conclusion définitive d'une affaire intéressant ce client, par laquelle le client s'engage à verser à l'avocat une part du résultat de l'affaire, que celle-ci consiste en une somme d'argent ou en tout autre bien ou valeur. Ne constitue pas un tel pacte la convention qui prévoit la détermination de l'honoraire en fonction de la valeur du litige dont est chargé l'avocat si celle-ci est conforme à un tarif officiel ou si elle est autorisée par l'autorité compétente dont dépend l'avocat».

los abogados de solvencia profesional acreditada, a cobrar unos honorarios profesionales que no cubrieran sus costes cuando no ganasen los casos a ellos confiados». Por todo lo cual, el Tribunal —mediante su Resolución de 26 de septiembre de 2002— considera acreditado que el Consejo General de la Abogacía ha infringido el artículo 1 LDC, al haber adoptado una decisión colectiva para establecer honorarios mínimos de los abogados, impidiendo que los precios de los mismos se fijen libremente por negociación entre abogado y cliente⁴.

Además, intima al Consejo General de la Abogacía para que, en el plazo de tres meses, proceda a modificar el artículo 16 del Código Deontológico de la Abogacía, liberando de la ilegal prohibición que contiene a la fijación de los honorarios de los abogados, para que queden a la libre negociación entre abogado y cliente. Asimismo, impone al Consejo General de la Abogacía una multa sancionadora de 180.000 euros, y la obligación de enviar mediante circular a todos los Colegios de Abogados de España integrados en el Consejo la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, así como la publicación de su parte dispositiva en el *Boletín Oficial del Estado* y en la Sección de Economía de dos diarios de información general y circulación nacional de entre los cinco de mayor tirada⁵.

Por último, cabe recordar que la Resolución de 26 de septiembre de 2002 cuenta con un voto particular⁶ que considera al abogado como parte de la Administración de Justicia (arts. 264 y ss. LOPJ), siendo la actividad del abogado fruto de una obligación y no de un interés. En consecuencia, la relación del abogado y el cliente se configura como un contrato de prestación de servicios jurídicos a cambio de una remuneración, en la que la prohibición de la *cuota litis* en sentido estricto ni desvirtúa la naturaleza como arrendamiento de servicios de la relación abogado-cliente, que consagra el artículo 44 de los Estatutos Generales de la Abogacía, aprobados por

⁴ En su comentario a la Resolución, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2002) señala, acertadamente, que «tanto el abogado como el cliente que pactan los honorarios profesionales de acuerdo con una *cuota litis* saben o deben saber que esos son los riesgos que corren, al igual que cualquier otro agente en el mercado: el precio debe ponderarse en relación con los riesgos que puedan derivar del mismo, así como de las características derivadas de la naturaleza de las prestaciones y demás circunstancias concurrentes en la contratación». «Honorarios profesionales de los Abogados», *Aranzadi Civil*, núm. 13.

⁵ También se impone al Consejo General de la Abogacía una multa coercitiva de seiscientos euros por cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación que se le impone para modificar el artículo 16 del Código Deontológico de la Abogacía, y otra multa coercitiva de seiscientos euros por cada día de retraso en el cumplimiento de cada una de sus obligaciones de publicar la Resolución.

⁶ De la vocal María Jesús Muriel Alonso. Incluso en sentido más radical, por ejemplo, en la doctrina se ha sostenido al comentar esta Resolución «que la exigencia de unos niveles estrictos de ética y competencia profesional en el ejercicio de la profesión de abogado debería llevar a prohibir no sólo el *pacto de cuota litis* en sentido estricto, sino todo *pacto de cuota litis*». LUIS GÓMEZ AMIGO y ROSARIO CAÑABATE POZO (2002), «Prohibición del pacto de “cuota litis” y Derecho de la competencia. Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (Pleno) de 26 de septiembre de 2002», *Aranzadi Social*, núm. 15. Por el contrario, se admite y justifica su práctica generalizada en determinados sectores de la abogacía en JOSÉ TÁRRAGA POVEDA (2003), «El pacto de “cuota litis” en el proceso laboral», *Aranzadi social*, núm. 9.

Real Decreto de 22 de junio de 2001, ni tiene como finalidad la fijación de honorarios mínimos por parte de los abogados, sino que, por contra, es tan sólo desarrollo de los principios consagrados en el citado artículo 44 de los referidos Estatutos, y cuyo núm. 1.º dispone «que el abogado tiene derecho a una compensación económica adecuada por los servicios prestados...». «Se prohíbe, en todo caso, la *cuota litis* en sentido estricto, entendiéndose por tal el acuerdo entre el abogado y su cliente, previo a la terminación del asunto, en virtud del cual éste se compromete a pagarle únicamente un porcentaje del resultado del asunto». En conclusión, considera el voto particular «que el referido art. 16 de las normas deontológicas, que no es sino desarrollo del precepto citado anteriormente contenido en los Estatutos Generales, lo que consagra es la obligación-derecho del abogado “a cobrar”, es decir, lo que está prohibiendo es la aplicación de la máxima “si no gana, no cobra”, tratando de evitar que pueda “a priori” pactarse sobre el resultado adverso de la relación abogado-cliente, cuya admisión podría dar lugar, sin duda, a una captación irregular de clientes y a actos de competencia desleal». Por ello, se estima que dicha obligación de cobrar ni tiene la finalidad ni siquiera la aptitud de afectar a la libre competencia, como exige el artículo 1 de la LDC, sino que es tan sólo respuesta adecuada a la naturaleza del servicio que el abogado presta, de manera que su actividad sea coherente y efectiva, tratando de evitar la competencia desleal.

III. JURISPRUDENCIA REITERADA DEL TRIBUNAL SUPREMO CONFIRMANDO LA LEGALIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE LA *CUOTA LITIS* EN SENTIDO ESTRICTO Y SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 27 DE JUNIO DE 2005 ANULANDO LA RESOLUCIÓN DEL TDC DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2002

Tras la propuesta que el Consejo General de la Abogacía elevó al Gobierno, en uso de las facultades de autorregulación que tiene atribuidas, se aprobó mediante Real Decreto 658/2001, de 22 de junio (BOE de 10 de julio), el Estatuto General de la Abogacía Española. Su artículo 44.1 dispone que: «El Abogado tiene derecho a una compensación económica adecuada por los servicios prestados, así como al reintegro de los gastos que se le hayan causado. La cuantía de los honorarios será libremente convenida entre el cliente y el abogado, con respeto a las normas deontológicas y sobre competencia desleal...». Y, en concreto, su artículo 44.3 determina, como ya se ha indicado, que: «Se prohíbe en todo caso la *cuota litis* en sentido estricto, entendiéndose por tal el acuerdo entre el Abogado y su cliente, previo a la terminación del asunto, en virtud del cual éste se compromete a pagarle únicamente un porcentaje del resultado del asunto, independientemente de que consista en una suma de dinero o cualquier otro beneficio, bien o valor que consiga el cliente por ese asunto».

Pues bien, han sido múltiples los recursos directos resueltos por el Tribunal Supremo, planteados por distintos colectivos de abogados, contra el artículo 44.3 del Estatuto General de la Abogacía (EGA). Todos ellos resuel-

tos confirmando la legalidad del precepto reglamentario. En concreto, la primera sentencia es de 3 de marzo de 2003⁷; los abogados recurrentes impugnaban el artículo 44.3 EGA tanto por razones formales o procedimentales como de fondo o contenido. Así, en primer lugar, imputan al precepto impugnado que su texto haya sido introducido en el procedimiento de elaboración del Reglamento después de que el anteproyecto hubiera sido sometido a informe del Consejo General del Poder Judicial, de la Dirección General de Servicios Jurídicos del Estado, de la Secretaría General Técnica y del Consejo de Estado, que, en consecuencia, no tuvieron ocasión de pronunciarse sobre su legalidad. Sin embargo, al respecto el Tribunal Supremo entiende que *«el Estatuto no es un Reglamento ejecutivo de una Ley, sino la manifestación de una potestad normativa reconocida a las Corporaciones colegiales, que son las encargadas de elaborar las normas que se incorporarán al ordenamiento jurídico mediante el acto de su promulgación por Real Decreto del poder ejecutivo, de modo que aquellas audiencias e informes, centrados fundamentalmente en criterios de legalidad, servirán al ejecutivo para tomar o no su decisión homologadora, pero no tienen la esencialidad en la formación de la norma que ofrecen en el caso de disposiciones generales preparadas por la propia Administración, por lo que consideramos que el defecto apuntado no es determinante de nulidad»*.

Por lo que concierne a la cuestión de fondo o de legalidad del artículo 44.3 EGA en cuanto pudiere vulnerar el artículo primero de la Ley de Defensa de la Competencia, en línea de continuidad con los argumentos de la Resolución de 26 de septiembre de 2002 del Tribunal de Defensa de la Competencia, el Tribunal Supremo entiende, en primer lugar, que la Ley de Defensa de la Competencia resulta de aplicación a las remuneraciones de los abogados, pero lo es en toda su integridad, y por lo tanto, en segundo lugar, destaca que son válidas las excepciones a su artículo primero que merezcan la calificación de *«conductas autorizadas por Ley»* que se regulan en su artículo segundo. Por consiguiente, concluye que si la Ley de Colegios Profesionales autoriza al Consejo General de la Abogacía *«a reglamentar las respectivas profesiones “velando por la ética y por el respeto debido a los derechos de los particulares”, la eventual colisión de intereses entre la libre competencia que por mandato legal ha de presidir la fijación de las remuneraciones de los Abogados y las potestades reglamentarias que la Ley otorga a las Corporaciones colegiales, han de resolverse atendiendo a determinar si efectivamente la delimitación del supuesto normativo concreto que se reglamenta encuentra justificación legal que permita integrarlo, desde el punto de vista de la competencia, en la noción de conducta autorizada por Ley, habida cuenta que ésta comprende también las descritas en “las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley”»*.

Además, el Tribunal Supremo destaca *«que dentro de nuestro sistema jurídico la actividad del Abogado ha sido calificada con uniforme reiteración como un supuesto del contrato de arrendamiento de servicios, con las modu-*

⁷ STS de 3 de marzo de 2003, Ar. 2643, ponente Ramón Trillo Torres.

laciones y especialidades derivadas de que esta figura contractual se desarrolla en el delicadísimo ámbito de auxiliar o cooperador esencial de la Administración de Justicia». Esta caracterización de las prestaciones que el abogado hace a su cliente en la vía procesal, por su propia naturaleza excluye en nuestro sistema, a juicio del Tribunal Supremo, «la idea de convertir al abogado en titular de un contrato de obra o de empresa, en el que su papel de prestador de un servicio esencial para el correcto funcionamiento del poder judicial del Estado lo convierta en exclusivo financiador del riesgo que siempre implica la decisión de iniciar un proceso, pudiendo llegar así a comprometer implícitamente su independencia de criterio al asesorar al cliente, al hacer pasar a primer plano no el riesgo de éste, sino el asumido personalmente por él. Es por esta razón que situados en el contexto de la concepción de la Abogacía que rige en nuestro sistema, la mínima restricción a la libre competencia que supone la prohibición del pacto de cuota litis en sentido estricto halla suficiente respaldo legal en que su admisión no es que atentase a la dignidad de la Abogacía, sino que sobre todo desdibujaría el concepto mismo de tal actividad profesional y no respetaría debidamente los derechos de los particulares, que en determinadas circunstancias podrían verse abocados a constituirse en meros instrumentos de la conducta empresarial de los abogados».

Idénticos argumentos se desarrollan en otras dos posteriores sentencias del Tribunal Supremo⁸, que juzgan como plenamente conforme en nuestro ordenamiento jurídico la prohibición de *cuota litis* en sentido estricto, establecida en el artículo 44.3 EGA. No obstante, la primera STS, de 3 de marzo de 2003, incorpora un extenso voto particular del magistrado Jesús Ernesto Peces Morate, que, desde el punto de vista formal y general, entiende que «el Estatuto de una profesión colegiada es simultáneamente una norma estatal y una regla corporativa, para cuya elaboración y aprobación definitiva han de seguirse los trámites establecidos para cada una de dichas normas, lo que requiere cumplir en su tramitación no sólo el procedimiento previsto en la Ley de Colegios Profesionales sino también el establecido para el ejercicio de la potestad normativa del Gobierno, quien, en definitiva, aprueba el Estatuto, que así queda integrado en el ordenamiento jurídico como una disposición de carácter general que no sólo obliga a los que ejercen la profesión colegiada sino a todos los ciudadanos en cuanto les sea aplicable». De lo que deduce también «la imperiosa necesidad de oír en el procedimiento de elaboración y aprobación del Estatuto General de la Abogacía Española no sólo a todos los Colegios de Abogados sino también a los Consejos Generales o Colegios Nacionales de otras profesiones colegiadas, a las que alcance la vigencia del citado Estatuto, cuyo defecto acarrea inexorablemente la nulidad de pleno derecho de (todo) el Real Decreto impugnado».

Asimismo, añade en su voto particular que la Sala, desde la perspectiva del artículo 105.a) de la Constitución, artículo 86.4 de la Ley 30/1992, artículos 2.1, 2.2 y 6.2 de la Ley de Colegios Profesionales y artículo 24 de la

⁸ STS de 1 de junio de 2003, Ar. 585/2004, y STS de 17 de diciembre de 2003, Ar. 9584, ambas con el mismo ponente: Enrique Lecumberri Martí.

Ley del Gobierno, elude declarar la nulidad del Real Decreto impugnado por el defecto de audiencia denunciado con el falso argumento de que los Colegios de Abogados han sido oídos por formar parte del Consejo General de la Abogacía los Decanos de cada uno de ellos, quienes, por imperativo del artículo 7.4 de la propia Ley de Colegios Profesionales, ostentan la representación legal del Colegio, mientras que la norma aprobada es de naturaleza corporativa y no un reglamento ejecutivo o disposición de carácter general, cuya elaboración y aprobación deba seguirse por la tramitación prevista en el artículo 24 de la Ley del Gobierno⁹. Igualmente, debiera haberse dado audiencia a los Consejos Generales o Colegios nacionales cuyas profesiones resultan afectadas por el Estatuto aprobado como consecuencia de las incompatibilidades en él establecidas, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 105.a) de la Constitución, 24 de la Ley del Gobierno, 86.4 de la Ley 30/1992 y 2.2 de la Ley de Colegios Profesionales¹⁰. Todo ello agravado con la vulneración de la reserva de ley contenida en el artículo

⁹ Literalmente, se indica que «la conculcación en el procedimiento de elaboración del Estatuto General de la Abogacía Española de lo ordenado categóricamente por el artículo 6.2 de la Ley de Colegios Profesionales, me parece ostensible y manifiesta porque la representación legal que, por imperativo del artículo 7.4 de esta misma Ley, ostentan los Decanos, quienes, en su condición de tales, forman parte del Consejo General de la Abogacía Española, es intrasendente en cuanto al cumplimiento del requisito esencial de audiencia de todos los Colegios de Abogados de España, que tampoco puede eludirse con el argumento, usado al contestar la demanda por el representante procesal de dicho Consejo, de que la elaboración del Estatuto General contó con la suficiente publicidad como para que los Colegios interesados hubieran presentado las alegaciones que hubiesen estimado oportunas. Las alegaciones sólo pueden formularse a la vista del concreto proyecto de que se trata, que debió ser remitido a cada uno de los Colegios para que éstos tuvieran la oportunidad de adoptar decisiones colectivas a través de sus propios órganos, ya que no se puede olvidar que por imperativo constitucional (art. 36 de la Constitución) el funcionamiento de los Colegios Profesionales debe ser democrático, cuya regla de funcionamiento se desconoce si la formación de la voluntad colectiva se sustituye por el criterio o parecer de los respectivos Decanos por mucho que éstos detenten la representación legal del Colegio, ya que, como en cualquier comunidad, asociación o corporación no se puede confundir el órgano que las representa con el sistema de formación de la voluntad colectiva, que requiere la convocatoria del órgano competente, que en el caso enjuiciado no pudo llevarse a cabo por no haberse solicitado el parecer de cada Colegio de Abogados, con lo que no se dio oportunidad a éstos de pronunciarse por mucho que sus respectivos Decanos formasen parte del Consejo General llamado por la Ley a elaborar el Estatuto de la profesión... En este caso se ha soslayado el mandato legal de audiencia con el subterfugio de que el que debe oír representa al que debe ser oído, incurriendo en una confusión entre las atribuciones del Consejo General y las de los Colegios contraria a la letra del comentado artículo 6.2 de la Ley de Colegios Profesionales y a la finalidad perseguida por éste, que no es otra que hacer realidad el funcionamiento democrático de los Colegios Profesionales, que no se lograría si la voluntad colegial se personifica en el Decano, a pesar de que éste ostente la representación legal del Colegio, la que no le autoriza a sustituir la formación de la voluntad colectiva de dicho Colegio. La mayoría de los magistrados entiende que la falta de audiencia de todos los Colegios es una irregularidad insuficiente para producir la nulidad del procedimiento de elaboración del Estatuto General de la Abogacía Española, mientras que, por el contrario, pienso que, al tratarse de la omisión de un trámite esencial, categóricamente impuesto por el artículo 6.2 de la Ley de Colegios Profesionales, constituye un vicio sustancial que acarrea la nulidad del acuerdo aprobatorio de dicho Estatuto».

¹⁰ En concreto, el artículo 2.2 de la Ley de Colegios Profesionales «exige taxativamente que los Consejos Generales o los Colegios de ámbito nacional **informen preceptivamente** los proyectos de disposiciones de cualquier rango que se refieran al régimen de incompatibilidades

36.1 de la Constitución, puesto que «la llamada del artículo 36.1 de la Constitución a la Ley, en cuanto a la regulación de las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas, sólo puede considerarse cumplida con la Ley de Colegios Profesionales si en la elaboración de los Estatutos Generales se respeta estrictamente lo dispuesto por los artículos 2.2 y 6.2 de dicha Ley». Finalmente, la falta de informe del Tribunal de Defensa de la Competencia en el trámite de elaboración o de aprobación del Estatuto General (necesario desde la perspectiva del artículo 2.1 de la Ley de Colegios Profesionales) y su omisión es un vicio sustancial del procedimiento que determina, al igual que todos los examinados, la nulidad de pleno derecho del conjunto del Real Decreto aprobatorio del Estatuto General de la Abogacía.

Si el examen se centra en la *cuota litis* en sentido estricto, es decir, exclusivamente en el artículo 44.3 EGA, desde el punto de vista formal, el voto particular del magistrado Peces Morate adiciona, a todos los defectos ya indicados¹¹, el hecho de que este precepto se sustrajo al informe del Consejo

con otras profesiones, defecto que tampoco puede entenderse subsanado porque los Consejos Generales o Colegios de Gestores Administrativos, Procuradores y Agentes de Negocios hubiesen podido hacerse oír como lo hicieron los Economistas o los Graduados Sociales, ya que el mencionado artículo 2.2 de la Ley de Colegios Profesionales no se limita a permitir la audiencia de los Consejos o Colegios afectados por el régimen de incompatibilidades sino que dispone categóricamente que “informarán preceptivamente... los proyectos de disposiciones de cualquier rango que se refieran... al régimen de incompatibilidades con otras profesiones”. Recuérdese que la STS de 22 de diciembre de 1982 (Ar. 8081) anuló el Estatuto General de los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, aprobado por Real Decreto 1613/1981, de 19 de junio, por falta de audiencia del Consejo General de Gestores Administrativos de España, a quienes afectaba dicho Estatuto.

¹¹ «Ha sido sustraída de la audiencia preceptuada por los artículos 105.a) de la Constitución, 24, apartados 1.c) y d) de la Ley 50/1997, de 25 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno, 86.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 2.2 y 6.2 de la Ley de Colegios Profesionales, y del dictamen previsto por el artículo 22 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, ya que, si bien los Estatutos son normas corporativas que regulan las profesiones colegiadas, no se puede negar su naturaleza de reglamento o disposiciones de carácter general que, en definitiva, desarrollan o ejecutan lo establecido en el artículo 36 de la Constitución y en la Ley de Colegios Profesionales y deben atenderse, al regular el ejercicio profesional en cuanto al régimen de libre competencia, oferta de servicios y fijación de retribución, a la Ley de Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal, como dispone expresamente el aludido artículo 2.1, párrafo segundo, de la Ley de Colegios Profesionales, por lo que, en definitiva, constituyen en esas concretas materias auténticos reglamentos ejecutivos, que no pueden sustraerse del dictamen del Consejo de Estado, ni de la audiencia de los Colegios de la misma profesión, así como de aquellas agrupaciones y asociaciones interesadas en la forma de retribuirse los servicios prestados por los abogados, ni tampoco del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia por cuanto que, entre otros, el precepto, ahora examinado, afecta directamente al ejercicio de la libre competencia, como lo demuestra la intimación y la sanción que dicho Tribunal de Defensa de la Competencia impuso en su Resolución de 26 de septiembre de 2002 como consecuencia de la aprobación el 30 de junio de 2000, en sesión plenaria del Consejo General de la Abogacía Española, del artículo 16 del Código Deontológico de la Abogacía, cuyo contenido es prácticamente idéntico al del artículo 44.3 del Estatuto General de la Abogacía, a pesar de lo cual la redacción de este precepto se sustrajo a los informes del Consejo de Estado y del Tribunal de Defensa de la Competencia por no haberse interesado el de éste y por haberse introducido en el texto, definitivamente aprobado, después del dictamen preceptivo de aquél».

de Estado, por haberse introducido en el texto definitivamente aprobado, después del dictamen preceptivo emitido por el Consejo de Estado. Al efecto, el voto particular reza señalando *«que tal modificación sustancial, introducida después del dictamen del Consejo de Estado y sobre la que no se pidió informe al Tribunal de Defensa de la Competencia, ni fueron oídos los Colegios de Abogados, debe considerarse nula de pleno derecho por no haberse observado el procedimiento legalmente establecido para su aprobación, como solicitan los demandantes»*¹².

En cuanto al juicio de fondo sobre el artículo 44.3 EGA, comienza recordando el magistrado Peces Morate que *«la práctica es demostrativa de su aceptación general a pesar de las proclamas contenidas en los Códigos Deontológicos, por lo que no deja de ser un contrasentido que éstos, y ahora el nuevo Estatuto aprobado, continúen prohibiendo un modo de retribuir los servicios profesionales de los abogados que es comúnmente admitido y qu,...* no sólo no afecta a su independencia, sino que **favorece la efectividad del derecho a la tutela judicial y garantiza la libre competencia**, principio éste que debe regir como en las demás profesiones colegiadas en virtud de lo dispuesto por el artículo 2.1 y 4 de la Ley de Colegios Profesionales, sin que esté justificado eludir su cumplimiento con el argumento de la función que cumplen los abogados en orden a una más recta e imparcial administración de justicia, pues cualquier otro profesional titulado debe ejercer su cometido con idéntica rectitud estando sujeto a ese principio de libre competencia. **La cuota litis es la única forma de que los ciudadanos puedan reclamar ante los tribunales de justicia pequeñas cantidades** que les son debidas por terceros o que les han sido de traídas por vía de impuestos o de cualquier otra forma recaudatoria por las Administraciones Públicas, realidad que no requiere de más explicaciones por ser tan evidente que **nadie promueve un pleito para reclamar una suma que va a resultar absorbida por los honorarios del letrado** que le asista, sin que este argumento pueda enervarse con la invocación de los riesgos de incremento de la litigiosidad o de la posibilidad que los ciudadanos tienen de agruparse para ejercitar colectivamente sus acciones, porque ni esto es siempre factible ni los tribunales de justicia están exclusivamente para atender reclamaciones de gran cuantía o de singular trascendencia jurídica o social, dado que el acceso a la justicia no puede quedar condicionado al "status" económico y social de quien pretende el reconocimiento de un derecho, habiendo sido esta circunstancia la determinante del uso generalizado de la cuota litis en sentido estricto en determinados y concretos ámbitos de la asistencia jurídica».

¹² A lo que cabe añadir un argumento formal más cuando se indica que *«aunque ni en el escrito de demanda ni en la vista del pleito se aludiese a ello, no se puede negar que el precepto contenido en el artículo 44.3 del Estatuto General de la Abogacía incide directamente en el coste de los servicios por la asistencia jurídica que demandan los ciudadanos, lo que requiere respetar también la preceptiva audiencia de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios más representativas requerida por el artículo 22.1 y 2.b) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por lo que su omisión abunda en la ilegalidad del procedimiento de aprobación de dicho precepto prohibitivo de la cuota litis, razones todas que me llevan a la conclusión de que procede estimar la pretensión ejercitada de nulidad radical del referido precepto por razones formales o procedimentales».*

Con idénticos argumentos a los esgrimidos por la Resolución de 26 de septiembre de 2002 del Tribunal de Defensa de la Competencia, niega que la *cuota litis* en sentido estricto incurra en competencia desleal, vulnere la independencia del abogado o suponga asociación distinta con el cliente que la *cuota litis* admitida por los Estatutos Generales de la Abogacía, todo ello sin perjuicio de que «no cabe excepcionar la aplicabilidad de lo dispuesto por el artículo 1 de la referida Ley de Defensa de la Competencia en virtud de una regla contenida en un Estatuto General, que es lo que, en definitiva, viene a hacer el precepto contenido en el artículo 44.3 del Estatuto General de la Abogacía, por lo que dicho precepto, a mi parecer, es contrario a lo establecido en el citado artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y, por tanto, es nulo y así lo debería declarar esta Sala»¹³.

Por su parte, desde la jurisdicción civil, la STS de 13 de mayo de 2004¹⁴ aborda la resolución de un recurso de casación que denuncia la infracción del artículo 1275 del Código Civil, precepto que complementa al artículo 1255, y que pretende la nulidad e ineficacia absoluta del contrato celebrado por los contendientes, con fundamento en que el pacto de *cuota litis* está prohibido por el a la sazón vigente artículo 56 del Estatuto General de la Abogacía de 24 de julio de 1982. Al respecto, el Tribunal Supremo confirma que el pacto de *cuota litis* estaba prohibido en la fecha que se produjeron los hechos, como en el ya examinado artículo 44.3 del Estatuto de 22 de junio de 2001, si bien al mismo tiempo «nadie ignora que este sistema de retribución de los servicios del abogado viene siendo comúnmente admitido en el ámbito de las relaciones entre determinadas entidades (especialmente la finan-

¹³ Asimismo, responde al otro argumento usado por la Sala, relativo a la naturaleza del contrato entre abogado y cliente, en la medida que tampoco «parece relevante para declarar ajustado a derecho el precepto combatido, dado que la libertad de pactos establecida por el artículo 1255 del Código Civil permite configurar la relación entre el abogado y su cliente como un contrato de ejecución de obra, en el que sólo la consecución de un resultado legitima el cobro del precio, libertad de estipulaciones que el precepto del Estatuto examinado impide en aras de la independencia del abogado en su ejercicio profesional, que, según lo expuesto, no resulta afectada tanto si se pacta una cuota litis en sentido amplio, permitida por dicho precepto, como si se conviene la cuota litis en sentido estricto, según la denomina el propio Estatuto, y que, como hemos dicho también, viene a convertirse en una forma encubierta de fijar honorarios profesionales mínimos, en contra de lo dispuesto por el artículo 1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, sin que se pueda negar que con la cuota litis, permitida por el precepto cuestionado y por el apartado 3 del artículo 16 del Código Deontológico de la Abogacía Española, se está configurando el contrato entre abogado y cliente como un arrendamiento de obra, pues salvo ese mínimo coste del servicio, que tendrá que pagar el cliente, el resto de la retribución se puede convenir en atención al resultado de la encomienda, pleito o gestión, de modo que, con toda razón, afirma el Tribunal de Defensa de la Competencia en el fundamento séptimo de su Resolución de 26 de septiembre de 2002 que quien ha desnaturalizado el carácter de contrato de prestación de servicios que venía siendo propio de la relación entre abogado y cliente, aproximándolo al contrato de obra, ha sido el propio Consejo General de la Abogacía Española al permitir el pacto de cuota litis en los términos que lo hace el mencionado apartado 3 del artículo 16 del Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado en su sesión plenaria de 30 de junio de 2000, razones todas por las que el artículo 44.3 del Estatuto de la Abogacía Española, aprobado por el Real Decreto impugnado, resulta contrario a derecho y procede, en consecuencia, declarar su nulidad».

¹⁴ Ar. 2739/2004, ponente Antonio Romero Lorenzo.

cieras) y sus letrados externos, es decir, aquellos que no se hallan integrados en los servicios de asesoría jurídica de que las mismas disponen, como fórmula que permite una economía para estos concretos clientes y que, a la vez, es interesante para los mencionados profesionales pues les aseguran un número considerable de asuntos que en general son de fácil tramitación y favorable pronóstico, al referirse a la reclamación de créditos para cuya concesión se han exigido específicas garantías reales o personales. Desde este punto de vista, no cabe duda de que las partes interesadas (abogados y sociedades) actúan con absoluta libertad y conociendo el alcance de los compromisos que voluntariamente contraen, por lo que no puede hablarse de imposición o abuso de posición dominante del que el abogado haya sido víctima. En cuanto a la prohibición de los pactos de cuota litis, ha de decirse que la misma no aparece en texto legal alguno, siendo establecida únicamente en el citado precepto del Estatuto de la Abogacía».

Por lo tanto, la imposición de sanciones disciplinarias sería la consecuencia administrativa para el pacto a cuya existencia pretende acogerse el abogado recurrente, sanciones que, por cierto, habrían de recaer exclusivamente sobre el propio recurrente, lo que revela que el ordenamiento corporativo establece un efecto de la contravención distinto de la nulidad de dicha convención, lo que sería un argumento más para excluir la aplicación del artículo 6.3.º del Código Civil, cuya infracción también se imputa a la sentencia recurrida, que, sin embargo, resulta totalmente confirmada. De todo ello se extrae la doctrina de la validez civil del pacto de cuota litis, sin perjuicio de que el letrado pudiera ser sancionado disciplinariamente por el Colegio de Abogados.

En este último sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo confirma la legalidad de las sanciones impuestas a abogados por su Colegio respectivo con fundamento en que «el Abogado no debe adquirir ningún interés económico en los asuntos que esté dirigiendo, ... ni, en general, llevar a cabo acto alguno que implique "cuotas litis" pues siempre se ha entendido que constituye una falta contra la debida ética profesional, falta que se agrava cuando, como sucede en este caso, no se trata de un supuesto aislado, sino de una pluralidad de ofertas a una pluralidad de personas»¹⁵. Más recientemente, por ejemplo, la STS de 18 de octubre de 2006¹⁶ rechaza el recurso de casación interpuesto por un abogado sancionado por su Colegio de Abogados con fundamento en que el núcleo central del problema estriba «en determinar si ha habido o no pacto de cuota litis, el cual (por mucho que se intente en contrario por el actor) **está totalmente prohibido**, no pudiendo confundirse con pactos de participación parcial en el resultado ventajoso del pleito, que tal prohibición aparece en el artículo 56 del Estatuto General de la Abogacía, en el artículo 7.11 del Código Deontológico de la Abogacía Española, en las resoluciones de la Asamblea General de la Federación de Colegios de Abogados de Europa, en el Código Deontológico del Consejo de Colegios de Abogados

¹⁵ STS de 9 de noviembre de 1988, Ar. 8915, ponente Ángel Martín del Burgo y Marchán.

¹⁶ Ar. 8984/2006, ponente Manuel Vicente Garzón Herrero.

de Europa (art. 3), en el Pleno del Consejo General de la Abogacía (30 Jun. 2000), en su artículo 16. Esto es así y ni lo niega ni puede negarlo el recurrente».

En tal contexto, en que se sanciona disciplinariamente el pacto de *cuota litis*, y en el que —a pesar de lo bien fundado del voto discrepante del magistrado Peces Morate— la jurisprudencia del Tribunal Supremo confirmaba de forma rotunda la legalidad del artículo 44.3 EGA, prohibiendo la *cuota litis* en sentido estricto, examina la Audiencia Nacional el recurso interpuesto por el Consejo General de la Abogacía contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de septiembre de 2002. Pues bien, la sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de junio de 2005¹⁷ estima el recurso y declara no ajustada a Derecho la Resolución recurrida, que en consecuencia se anula.

De forma correcta, esta sentencia de la Audiencia Nacional parte de dos fundamentos básicos: «1. La Ley 7/1997 liberalizó el ejercicio de las profesiones colegiadas en su aspecto de oferta del servicio y establecimiento de remuneración, por ello tales aspectos en su manifestación de libre competencia quedan fuera de la potestad administrativa de ordenación de la Administración Corporativa, pues han pasado a ser determinados por Ley, precisamente la que regula la libre competencia. 2. Dado que la regulación relativa a prácticas anticompetitivas se establece por norma con rango de Ley, solo otra norma de igual rango puede establecer exclusiones y limitaciones en la materia que nos ocupa, salvo, claro está, la autorización de la conducta cuyo régimen también se regula en norma con rango de Ley». Sin embargo, a continuación se pierde con la reproducción literal de los extensos fundamentos de la STJCE de 19 de febrero de 2002 (asunto C-309/99)¹⁸, que en absoluto puede ser de ninguna ayuda para resolver la legalidad de la *cuota litis* en sentido estricto, ni la legalidad de la Resolución impugnada del TDC.

Finalmente, la sentencia de la Audiencia Nacional concluye afirmando que «el artículo 16 del Código Deontológico es reproducción del artículo 44.3 del Estatuto General de la Abogacía Española aprobado por Real Decreto

¹⁷ RJCA 2005\1083, ponente Concepción Mónica Montero Elena.

¹⁸ Cuya conclusión y fallo es el siguiente: «1) Un reglamento sobre la colaboración entre abogados y otras profesiones liberales como el Samenwerkingsverordening 1993 (Reglamento de 1993 sobre la colaboración), adoptado por un organismo como el Nederlandse Orde van Advocaten (Colegio de Abogados de los Países Bajos), debe considerarse una decisión adoptada por una asociación de empresas a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado C (actualmente art. 81 CE, apartado 1). 2) Una normativa nacional como el Samenwerkingsverordening 1993, adoptada por un organismo como el Nederlandse Orde van Advocaten, 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. 3) Un organismo como el Nederlandse Orde van Advocaten no constituye ni una empresa ni una asociación de empresas a efectos del artículo 86 del Tratado CE (actualmente art. 82 CE). 4) Los artículos 52 y 59 del Tratado CE (actualmente arts. 43 CE y 49 CE, tras su modificación) no se oponen a una normativa nacional como el Samenwerkingsverordening 1993, que prohíbe toda colaboración integrada entre abogados y auditores, dado que se pudo considerar razonablemente que era necesaria para el buen ejercicio de la abogacía tal y como está organizada en el país de que se trata».

658/2001 de 22 de junio. Nos encontramos pues en el primero de los supuestos señalados por el Tribunal de Luxemburgo, cuando el Estado se reserva la decisión última sobre las normas emanadas de las asociaciones profesionales, por lo que tales normas tienen carácter estatal y no están sometidas a las normas aplicables a las empresas. Por tanto la regulación de honorarios cuando se haga por normativa estatal en los términos expuestos, no está sometida al TDC... En conclusión, el contenido del artículo 16 que dio origen al presente recurso, en cuanto reproduce una disposición contenida en una norma estatal —pues el Estatuto de la Abogacía se aprueba por Real Decreto—, queda fuera del control del TDC»¹⁹. Como resulta obvio, en ningún caso el artículo 16 del Código Deontológico enjuiciado es reproducción del artículo 44.3 EGA, sino que en todo caso resulta en el tiempo a la inversa, puesto que el primero fue aprobado en el año 2000 y el segundo en el 2001. Por lo tanto, el artículo 16 no reproduce una disposición contenida en una norma estatal, y menos en una norma de carácter legal o ley formal, que en todo caso permitiera excepcionar los fundamentos básicos de los que parte la construcción de la sentencia, es decir, que la Ley 7/1997 «liberalizó el ejercicio de las profesiones colegiadas en su aspecto de oferta del servicio y establecimiento de remuneración, por ello tales aspectos en su manifestación de libre competencia quedan fuera de la potestad administrativa de ordenación de la Administración Corporativa, pues han pasado a ser determinados por Ley... solo otra norma de igual rango puede establecer exclusiones y limitaciones en la materia que nos ocupa...».

IV. DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO —PLENO DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO— DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2008

El primer dato que resulta necesario destacar es que el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional, en defensa de la legalidad de la Resolución del TDC enjuiciada, no lo lleva a cabo la Abogacía del Estado²⁰, sino el abogado José Luis Mazón²¹, que, como se recordará, es

¹⁹ Por supuesto, la sentencia de la Audiencia Nacional recuerda también que «el Tribunal Supremo en sus sentencias de 3 de marzo de 2003, dictada en el recurso 496/2001, y de 1 de junio de 2003, dictada en el recurso 494/2001, declaró conforme a derecho el artículo 44.3 del Estatuto General de la Abogacía Española».

²⁰ Que, por supuesto, sí ha defendido la legalidad del artículo 44.3 EGA, en todos los contenciosos examinados en el apartado precedente, y asimismo defendió la legalidad de la Resolución de 26 de septiembre de 2002 del TDC en primera instancia ante la Audiencia Nacional.

²¹ Que, pese a su éxito en cuanto al fondo de la cuestión debatida en la STS de 4 de noviembre de 2008, Ar. 2800/2009 (ponente Eduardo Espín Templado), es objeto de un comentario, en algún punto quizá innecesario, en el fundamento de derecho tercero, en el que se analiza la admisibilidad del recurso de casación en los siguientes términos: «es también forzoso reconocer que el recurso se encuentra apenas fundado. Sin embargo, por muy escaso que resulte el desarrollo argumental del mismo, manifiestamente inadecuado para un recurso de casación ante este Tribunal, permite conocer las razones en que se apoya el recurrente... la inadmisión del recurso reclamada por la parte opuesta al mismo sería una consecuencia desproporcionada respecto a la deficiencia consistente en una escasa argumentación del escrito de interposición».

quien denunció ante el Tribunal de Defensa de la Competencia la legalidad del artículo 16 del Código Deontológico de la Abogacía. En síntesis, la argumentación del recurrente consiste en afirmar que el Consejo General de la Abogacía al aprobar el artículo 16 del Código Deontológico incurrió en una conducta prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, conculcando con ello el artículo 2.4 de la Ley de Colegios Profesionales, que somete los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica a los límites del referido artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, y el 5.º), que otorga al Consejo General la facultad de establecer baremos de honorarios sólo con carácter orientativo.

El Tribunal Supremo, a la luz de la argumentación del recurrente y del contenido de la sentencia recurrida, debe dilucidar dos cuestiones: «*si la actuación del Colegio al aprobar el artículo 16 del Código Deontológico está sometida o no a la normativa de defensa de la competencia y, consiguientemente, a la autoridad del Tribunal de Defensa de la Competencia; ... [y], si efectivamente la aprobación del citado precepto del Código Deontológico de la Abogacía es una conducta incurrida en las prohibiciones del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*»²². La respuesta al efecto es clara, puesto que en primer lugar se declara el «*pleno sometimiento de los Colegios Profesionales a la Ley y al Tribunal de Defensa de la Competencia —hoy Comisión de la Competencia—, sean cuales sean las funciones que ejerzan y el carácter público o privado de las mismas. Por lo demás resulta claro que la función de ordenación de las profesiones colegiadas y su regulación deontológica, así como, en concreto, el establecimiento de criterios sobre remuneración, todo ello con carácter vinculante, constituye una potestad de innegable carácter público, sin la cual no podría ser obligatoria para los colegiados*»²³.

²² En crítica clara a la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, el Tribunal Supremo señala: «*Antes de examinar si la concreta conducta por la que fue sancionado el Consejo General de la Abogacía está incurrida o no en las prohibiciones del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia es conveniente determinar si, como dice la Sala de instancia, los Colegios Profesionales sólo están sometidos a la legislación de defensa de la competencia cuando actúan con sometimiento a derecho privado, y no en aquellos supuestos en que ejerzan competencias públicas, esto es, cuando actúen con carácter de Administración Pública en ejercicio de las funciones que les atribuya la Ley. Parte así la Sentencia de la tesis de 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—"; entiende además la Sala de instancia que una actuación de carácter público por parte de un Colegio Profesional implica por sí la aplicabilidad del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia: "la afirmación de que el comportamiento de la recurrente lo fue en el ejercicio de funciones propias de su ámbito administrativo nos llevaría a la ineludible conclusión, dado el principio de habilitación legal, de que opera el artículo 2 de la Ley 16/1989, y por ello la conducta no podría ser sancionada ni prohibida por el Tribunal de Defensa de la Competencia". Pues bien, es preciso dejar sentado que ambas tesis son erróneas. Ni el ejercicio de funciones públicas exige 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*».

²³ Pero es que, además, la propia Ley de Colegios Profesionales se encarga de dejar claro, a juicio del Tribunal Supremo, «*tal sometimiento de los Colegios a la regulación sobre*

En segundo lugar, sobre la inclusión de la conducta denunciada en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, el Tribunal Supremo entiende que *el pacto que se prohíbe bajo la denominación de cuota litis en sentido estricto es la minutación por resultados que no suponga una cantidad mínima que pueda considerarse una contraprestación justa del trabajo realizado*. Esto es, se quiere imponer como honorarios obligatorios una retribución mínima, aunque no se cuantifique, que se define como una «adecuada, justa y digna compensación a los servicios prestados»²⁴. Por tanto, *lo que se prohíbe, en realidad, no es tanto cobrar por resultados, sino cobrar sólo por resultados*. En consecuencia, la prohibición de la *cuota litis* en sentido estricto supone imponer la obligación de minutar al menos unos honorarios profesionales mínimos que puedan ser considerados razonables o suficientes, con independencia de que además se pueda haber pactado una contraprestación según resultados²⁵. Todo ello evidencia, a juicio del Tribunal Supremo, que *«la prohibición de la cuota litis en sentido estricto choca frontalmente con lo establecido en el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia que prohíbe la fijación directa o indirecta de precios así como la de otras condiciones comerciales o de servicio. No cabe duda, en efecto, que la*

competencia en las concretas funciones que nos interesan aquí, como la propia Sala de instancia se ve forzada a reconocer incluso a partir de su equivocado planteamiento. En efecto, el artículo 2.1 de la Ley de Colegios Profesionales, reproducido más arriba, establece que el ejercicio de las profesiones tituladas se ha de realizar en régimen de libre competencia y, más específicamente todavía, se ordena que dicho ejercicio “estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley de Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal”. Y, por si hubiera alguna duda, el apartado 4 del mismo artículo estipula expresamente que “los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica observarán los límites del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el artículo 3 de dicha Ley... Digamos también que este sometimiento a la legislación nacional de defensa de la competencia es independiente de lo que pueda establecer el derecho comunitario respecto de la admisibilidad de la conducta sancionada”».

²⁴ A juicio del Tribunal Supremo, *«una regulación semejante supone, en primer lugar, que no queda prohibida la cuota litis como sistema de minutar los honorarios profesionales del Abogado, pues resulta admisible acordar el cobro según resultados siempre que se incluya en todo caso una cantidad mayor o menor como contraprestación por la labor profesional realizada. Esto tiene como consecuencia que no es posible admitir el argumento formulado por la entidad codemandada de que la cuota litis en sentido estricto supone una coincidencia de intereses entre el Letrado y el cliente, comunidad de intereses que podría privar a éste de su independencia en el cumplimiento de su labor profesional, convirtiéndole más bien en un socio en el pleito unido por un común interés en obtener un resultado positivo. Y no puede admitirse porque dicha “comunidad de intereses” se admite plenamente en todos aquellos casos en los que hay cuota litis, aunque no sea “en sentido estricto”. Esto es, no porque exista una parte de la minuta que sea independiente del resultado deja de participar el Abogado en los beneficios obtenidos en caso de que se gane el pleito y de tener ese interés común con el cliente al margen de lo que pueda constituir estrictamente la remuneración por su labor profesional».*

²⁵ El Tribunal Supremo entiende que *«el acuerdo de minutar estrictamente por resultados es, sin duda y al margen de declaraciones retóricas, un pacto sobre remuneración profesional, aunque implique para el Letrado el riesgo de no cobrar nada o una cantidad inferior a lo que pudiera representar su labor profesional. Pero semejante riesgo no le priva de ser, materialmente, un pacto sobre remuneración de dicha labor profesional que el Código Deontológico prohíbe en contra de la libertad que proclama y por el simple procedimiento de considerar que dicho pacto queda fuera de la noción de honorarios profesionales».*

prohibición de la que se habla supone una fijación indirecta de precios mínimos que impide la libertad por parte del profesional de condicionar su remuneración a un determinado resultado positivo. Supone también y por ello mismo una limitación en cuanto a las condiciones en que se presta el servicio profesional. Por las mismas razones se incumple lo prevenido en la Ley de Colegios Profesionales al determinar que 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 la fijación de su remuneración” a las previsiones de la Ley de Defensa de la Competencia (artículo 2.1, segundo párrafo) y, que los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica han de observar los límites del referido artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia».

¿Cabría en tal caso excepcionar las prohibiciones de la LDC? El Tribunal Supremo claramente excluye la posibilidad de 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 colegiales²⁶. Y rectifica expresamente la doctrina elaborada por el propio Tribunal Supremo en las sentencias ya examinadas de 3 de marzo, 1 de junio y 17 de diciembre de 2003²⁷, que juzgaron ajustada a Derecho la prohibición de la *cuota litis* en sentido estricto regulada en el artículo 44.3 EGA. Sin embargo, al Tribunal Supremo no le es posible efectuar en la sentencia de 4 de noviembre de 2008 ningún pronunciamiento sobre el artículo 44.3 EGA, porque, obviamente, dicha disposición queda fuera del objeto del recurso²⁸.

²⁶ Al efecto indica que «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... La conclusión a la que llegamos ahora es tanto más clara si se atiende al tenor completo del artículo 2.4 de la Ley de Colegios Profesionales, ya que este precepto muestra con toda claridad la posibilidad de que los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica —como el precepto que se discute del Código Deontológico— queden exceptuados de las limitaciones del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. En efecto, por un lado, el párrafo primero, junto con el sometimiento a los límites del artículo 1 de esta Ley, expresamente señala que ello es «sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el artículo 3 de dicha Ley». Pues bien, se comprende fácilmente que no tendría ningún sentido aludir a esta posibilidad si pudiera entenderse que basta la simple autorización del artículo 5.i) y ñ) de la propia Ley para que tales conductas quedasen exceptuadas del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia: la solicitud de autorización sería rigurosamente inútil en caso de que la propia Ley exceptuase de modo genérico dichas conductas».

²⁷ Vid. *supra* el apartado III de este trabajo.

²⁸ No obstante, se reconoce de modo explícito en la STS de 4 de noviembre de 2008 que el juicio que resultaría de aplicar al artículo 44.3 EGA el criterio interpretativo sostenido en la sentencia sería contrario al adoptado en su momento. «Este cambio de criterio habría de plasmarse, en su caso y de no haber modificaciones relevantes en el bloque normativo ahora considerado, en futuros supuestos de aplicación del citado precepto del Estatuto General de la Abogacía».

Esta doctrina coincide, además, con la dictada por la Sala de lo Civil del propio Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de mayo de 2008²⁹, en la medida que el Ilustre Colegio de Abogados de Castellón ejercita las acciones derivadas de competencia desleal, en concreto acción declarativa de deslealtad del acto, acción de cesación del mismo y acción de indemnización de daños y perjuicios. Todo ello contra un abogado al que se le imputa vulnerar con su oferta económica la cláusula general prohibitiva de la competencia desleal del artículo 5 LCD, pues la oferta de remuneración por sus servicios se considera por debajo de su coste y hacía posible —hipotéticamente, tomando literalmente la oferta— la prestación de servicios desde la primera consulta hasta la finalización del procedimiento sin cobrar y sin solicitar una provisión de fondos, por lo que era susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de los servicios de otros despachos de abogados, aunque no concudiesen los requisitos de la venta a pérdida del artículo 17 LCD, a juicio del Ilustre Colegio recurrente.

No obstante, que no concurren los requisitos de la venta a pérdida exigidos por el artículo 17 LCD no significa, a juicio del Tribunal Supremo, que se vulnere el principio de la buena fe por poder hallarse por debajo de su coste y ser, por consiguiente, indignas del ejercicio profesional. Al efecto, *«parece que la norma deontológica sobre prohibición de la cuota litis, si se entiende con carácter absoluto, puede entrar en contradicción con el principio de libertad de fijación de precios en la contratación exigido por las normas de libre competencia»*, porque dicho pacto de *cuota litis* en sentido estricto no puede ser considerado como contrario a las leyes, a la moral o al orden público. En tal sentido se indica que *«la consulta gratuita, en un sistema de libertad de precios, no parece contraria a los usos mercantiles de carácter general ni incompatible con el ejercicio de la abogacía, pues no comporta necesariamente el ofrecimiento de servicios por debajo de su coste, sino que puede ofrecerse como actuación profesional preparatoria para permitir la oferta del servicio y el conocimiento por el cliente de su necesidad o utilidad y de las condiciones para solicitarlo»*.

Finalmente, volviendo al contenido de la STS de 4 de noviembre de 2008, cabe señalar que casa la sentencia de la Audiencia Nacional y, al efecto, indica que *«el Código Deontológico se aprobó el 30 de junio de 2000, con anterioridad al Estatuto General de la Abogacía, aprobado como se ha dicho por el Real Decreto 685/2001, de 22 de junio. En consecuencia, si bien su artículo 16.1 y 2 coincide en términos prácticamente idénticos con el artículo 44.3 del Estatuto, no puede afirmarse que sea reproducción de éste sino, en todo caso, al contrario. Quiere esto decir que la decisión que en su momento adoptó el Consejo General de la Abogacía no puede ampararse en una norma posterior»* y, lógicamente, puede ser enjuiciada desde las vulneraciones en que incurre en relación con los preceptos que ya se han señalado de la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Colegios Profesionales, y en nin-

²⁹ Ar. 4164/2008, ponente Juan Antonio Xiol Ríos.

gún caso un precepto reglamentario puede excepcionar la aplicación de las leyes sin infringir el principio de jerarquía normativa³⁰.

Por consiguiente, la STS de 4 de noviembre de 2008, al estimar el recurso interpuesto, confirma la legalidad de la Resolución de 26 de septiembre de 2002 del Tribunal de Defensa de la Competencia y *considera acreditado que el Consejo General de la Abogacía ha infringido el artículo 1 LDC, al aprobar el artículo 16 del Código Deontológico prohibiendo la cuota litis en sentido estricto, lo que supone una decisión colectiva para establecer honorarios mínimos de los abogados, impidiendo que los precios de los mismos se fijen libremente mediante negociación entre abogado y cliente*. No obstante, estima parcialmente el recurso contencioso promovido por el Consejo General de la Abogacía, al anular el punto cuarto de la Resolución recurrida y la multa de 180.000 euros que se le impuso, porque, a juicio del Tribunal Supremo, concurren elementos que llevan a la conclusión de su ausencia de culpabilidad, ya que en el momento en que el Consejo General de la Abogacía aprobó el Código Deontológico —y pese a la naturaleza jurídica especializada de la institución—, ésta bien pudo ser llevada a la equivocada idea de que la prohibición de la *cuota litis* en sentido estricto no resultaba contraria a Derecho³¹.

³⁰ Lo que, expresado en términos del Tribunal Supremo, se resume en que *«el hecho de que desde la perspectiva del derecho comunitario una decisión de una asociación profesional asumida por el Estado no le sea imputable a aquélla no tiene las consecuencias para el caso que extrae la Sala de instancia. Por un lado, por la sucesión temporal de hechos que ya se ha indicado. Pero, sobre todo, porque en el supuesto litigioso que se examina existe un problema de legalidad que no tiene correlato en el planteamiento comunitario acogido por la Sala de instancia, y es que la aprobación por Real Decreto del Estatuto de la Abogacía no puede prevalecer, en contra del principio de jerarquía normativa, sobre lo establecido en las leyes de Defensa de la Competencia y de los Colegios Profesionales»*.

³¹ De forma didáctica o aclaratoria para explicar la ausencia de culpabilidad del Consejo General de la Abogacía —además de entender la tradición de exclusión de la *cuota litis* en sentido estricto en nuestro entorno jurídico—, el Tribunal Supremo añade las siguientes consideraciones: *«La admisibilidad condicionada de dicha prohibición en derecho comunitario, pese a su carácter intrínsecamente contrario a la competencia y a la libertad de establecimiento, a lo que también hemos aludido ampliamente; las discrepancias en el enfoque de esta cuestión que se evidencian con la existencia de un voto particular frente a la resolución sancionadora de la que trae causa el recurso y la propia estimación de éste en la Sentencia de instancia; así como, muy especialmente, los recientes precedentes de esta Sala en 2003 sobre un bloque normativo análogo al actual, que se han expuesto con detenimiento. Todo ello muestra que se trata de una cuestión de interpretación dudosa debido a un reciente cambio de legislación y de enfoque. Así, hasta muy recientemente ha imperado una consideración tradicional sobre la función de los servicios jurídicos como ajenos al mundo de la competencia y expresión de una función profesional independiente de cualquier otra perspectiva que no fuese la prestación de un servicio a los ciudadanos y la colaboración con una buena administración de justicia. Mientras que ahora se ha impuesto progresivamente una conceptualización de dichos servicios que, sin merma de la citada consideración institucional, presta atención prioritaria a la libre competencia como medio de mejorar la prestación de los mismos y de hacerlos más asequibles económicamente para los ciudadanos en una sociedad cada vez más litigiosa. La dificultad de percibir dicho cambio explica en parte el mantenimiento de posiciones incompatibles con la actual regulación de la materia en nuestro derecho interno»*.

V. REACCIÓN DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA Y EXAMEN DE SENTENCIAS RECIENTES EN DERECHO COMPARADO QUE ANALIZAN SIMILAR PROBLEMÁTICA

En un comunicado hecho público el 15 de diciembre de 2008, el Consejo General de la Abogacía Española ha manifestado su sorpresa por el hecho de que el Tribunal Supremo haya cambiado totalmente su doctrina sobre el pacto de *cuota litis*, «especialmente dado que no hace muchos años resolvió en sentido contrario algunos recursos contra el vigente Estatuto de la Abogacía de 2001», y reitera que, en su opinión, «la prohibición estaba correctamente regulada». Igualmente manifiesta el Consejo «que el Código Deontológico de CCBE, que agrupa a todas las abogacías de la Unión Europea, lo tiene expresamente prohibido»³².

En este sentido, el artículo 3.3 del citado Código señala expresamente que «el abogado no podrá fijar sus honorarios con arreglo a un pacto de cuota litis», y que «no se considerará pacto de cuota litis el convenio que prevea la determinación de los honorarios en función del valor del litigio encargado al abogado, siempre que dicho valor se fije de conformidad con una tarifa oficial de honorarios o esté admitida por la autoridad competente de la que depende el abogado». Sin embargo, recuérdese que, a este propósito, claramente la STS de 4 de noviembre de 2008 dispone que tal «circunstancia, así como la posible prohibición del pacto de cuota litis, en términos más o menos rigurosos en otros países de nuestro entorno jurídico cultural, resulta irrelevante... [ya] que lo que se dilucida es si dicho pacto es contrario a la ley nacional, en particular a la Ley de Defensa de la Competencia y a la Ley de Colegios Profesionales».

No obstante, el Consejo General de la Abogacía reitera su idea de que el «pacto de cuota litis es contrario a la buena administración de la justicia en la medida en que fomenta la litigiosidad especulativa y que convierte al abogado en socio del cliente, momento en el cual pierde su independencia». Aunque no se opone a que «los abogados reciban honorarios diferentes en función de los resultados o que sus servicios únicamente sean abonados si la acción o el asunto resultan en beneficio de la parte, siempre que estos mecanismos se encuentren suficientemente regulados y controlados para proteger al cliente y el adecuado funcionamiento de la administración de justicia».

En España, a partir de la STS de 4 de noviembre de 2008, en tanto no se altere la legislación en materia de defensa de la competencia y de colegios profesionales —o se introduzca mediante ley la excepción a la aplicación de las reglas de competencia en los honorarios profesionales de los abogados o se configure legalmente la prohibición de la *cuota litis* en sentido estricto— perdurará la doctrina establecida por el Pleno de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo. No obstante, ¿en Derecho comparado existe una regulación legal de los honorarios de los abogados?

³² Al efecto puede verse en la nota 3 de este trabajo la literalidad de lo que dispone el texto original del Código Deontológico Europeo de la Abogacía.

Pues bien, para responder a esta pregunta pueden verse los ejemplos de Italia y Alemania, países que tienen una regulación —con cobertura legal— donde su problemática ha sido analizada recientemente tanto por el TJCE³³ como por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania³⁴. En concreto, la problemática italiana originada por varias cuestiones prejudiciales exige responder, en primer lugar, a una batería de preguntas como las siguientes: «*el principio comunitario de competencia, regulado en los artículos 10 CE, 81 CE y 82 CE, ¿se aplica también a la oferta de servicios legales? ¿Implica dicho principio la posibilidad de que las partes acuerden entre sí la retribución del abogado con efectos vinculantes? En cualquier caso, ¿se opone dicho principio a la aplicación obligatoria de los honorarios regulados para los abogados?*»³⁵. El TJCE responde que los artículos 10, 81 y 82 CE no se oponen a que un Estado miembro adopte una medida normativa que, partiendo de un proyecto elaborado por un Consejo de colegios de abogados como el CNF en Italia, aprueba un baremo que fija un límite mínimo para los honorarios de los miembros de la abogacía, baremo que, en principio, no admite excepciones³⁶, ni por lo que respecta a las prestaciones reservadas a dichos miembros ni para prestaciones, como las de servicios extrajudiciales, que igualmente pueden ser realizadas por cualquier otro operador económico no sujeto a dicho baremo.

³³ STJCE de 5 de diciembre de 2006, asuntos acumulados C-94/04 y C-2002/04. Asimismo, pueden verse las Conclusiones de 1 de febrero de 2006, presentadas por el abogado general Poiares Maduro en ambos asuntos acumulados, en las que finaliza proponiendo que «*el artículo 81 CE, en relación con el artículo 10 CE, no se opone a una medida interna que, como la del caso de autos, prohíba a los abogados y a sus clientes apartarse de la tarifa de honorarios de abogados, siempre y cuando dicha medida se haya sometido a una supervisión efectiva por el Estado y la facultad del juez de apartarse de los importes fijados por la tarifa se interprete de conformidad con el Derecho comunitario de tal manera que se limiten los efectos de dicha medida que sean contrarios a la competencia. El artículo 49 CE se opone a una medida interna que, como la del caso de autos, regule mediante tarifa los importes mínimos de los honorarios de los abogados.*»

³⁴ Sentencia de 12 de diciembre de 2006 (1 BvR 2576/04) de la Sala Primera (*erste Senat*) del Tribunal Constitucional Federal. http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20061212_1bvr257604.html.

³⁵ Todas son cuestiones planteadas en el asunto C-94/04. Asimismo, en el asunto acumulado C-202/04 la cuestión planteada se concreta en determinar si «*¿se oponen los artículos 5 y 85 del Tratado CE (actualmente arts. 10 CE y 81 CE) a que un Estado miembro adopte una medida legislativa o reglamentaria que, partiendo de un proyecto elaborado por un consejo de colegios de abogados, apruebe un baremo que fija los límites mínimos y máximos de los honorarios de los miembros de la profesión, por lo que se refiere a las prestaciones que tienen por objeto actividades (denominadas “extrajudiciales”) que no están reservadas a los miembros del colegio profesional de abogados sino que pueden ser realizadas por cualquier persona?*».

³⁶ Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 60 del Real Decreto-Ley que regula la materia y que establece «*que la liquidación de honorarios se lleva a cabo por vía judicial sobre la base de los criterios establecidos en el artículo 57 del mismo Real Decreto-Ley, teniendo en cuenta la gravedad y el número de cuestiones tratadas. Además, en circunstancias excepcionales, el órgano jurisdiccional puede, mediante decisión debidamente motivada, apartarse de los límites mínimos fijados con arreglo al artículo 58 de dicho Real Decreto-Ley. En tales circunstancias, no cabe considerar que el Estado italiano haya renunciado a ejercer sus facultades, delegando en operadores privados la responsabilidad de adoptar decisiones de intervención en materia económica, lo que tendría la consecuencia de privar de su carácter estatal a la normativa controvertida en el procedimiento principal.*».

De forma complementaria, en segundo lugar, las cuestiones prejudiciales planteadas se concretan en determinar si «*el principio de libre prestación de servicios, regulado en los artículos 10 CE y 49 CE, ¿se aplica también a la oferta de servicios legales? En caso de respuesta afirmativa, ¿es compatible con dicho principio la aplicación obligatoria de los honorarios regulados para los abogados?*». Para justificar la restricción a la libre prestación de servicios derivada de la prohibición controvertida, el Gobierno italiano alega ante el Tribunal de Justicia que una competencia excesiva entre abogados entraña el riesgo de llevar a una competencia de precios que comportaría un deterioro de la calidad de los servicios prestados, y ello en perjuicio de los consumidores, en particular como justiciables que necesitan un asesoramiento de calidad ante los tribunales. Por su parte, la Comisión sostiene que no se ha demostrado ninguna relación de causalidad entre el establecimiento de honorarios mínimos y un nivel elevado de calidad de los servicios profesionales prestados por los abogados³⁷. Finalmente, el Tribunal de Justicia decide «*que una normativa que prohíbe tajantemente apartarse contractualmente de los honorarios mínimos fijados por un baremo de honorarios para abogados, como el controvertido en el litigio principal, para prestaciones que, por un lado, tienen carácter judicial, y, por otro, están reservadas a los abogados, constituye una restricción a la libre prestación de servicios a efectos del artículo 49 CE*». No obstante, como es habitual en la jurisprudencia comunitaria, «*corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si tal normativa, teniendo en cuenta sus modalidades concretas de aplicación, responde verdaderamente a los objetivos de protección de los consumidores y de buena administración de justicia que pueden justificarla y si las restricciones que impone no resultan desproporcionadas respecto a estos objetivos*»³⁸.

Por lo que respecta a Alemania, una abogada cuestionó la constitucionalidad de la prohibición de la *cuota litis*³⁹. Los hechos se remontan a su

³⁷ Sugiere la Comisión que la calidad de los servicios profesionales prestados por los abogados puede encontrarse más en relación con otras medidas estatales como, en particular, las reglas de acceso a la profesión de la abogacía, las reglas disciplinarias que permitan hacer observar la deontología profesional y las reglas en materia de responsabilidad civil..., todas ellas probablemente con una relación directa de causa a efecto con la protección de los clientes de los abogados y con el buen funcionamiento de la Administración de Justicia.

³⁸ En la STS de 4 de noviembre de 2008 se dedica el FJ octavo al examen de la doctrina comunitaria y se llega a la conclusión de que las afirmaciones del Tribunal de Justicia que se han reseñado no son relevantes a la hora de valorar si el Derecho español de la competencia admite o no la *cuota litis* en sentido estricto, y ello «*en primer lugar, porque el Tribunal de Justicia declara admisible la decisión estatal italiana sólo en función de ciertas circunstancias que palián sus efectos contrarios al derecho de la competencia y a la libertad de servicios. En segundo lugar, porque el propio Tribunal de Justicia se remite a las autoridades judiciales nacionales para que valoren si concurren las circunstancias que hacen admisible una decisión semejante. Por último, porque en principio nada impide que el legislador español adopte un criterio más estricto que el del propio Derecho comunitario en relación con conductas o medidas contrarias a la competencia*».

³⁹ La Ley reguladora del ejercicio de la abogacía (*Bundesrechtsanwaltsordnung*) prohíbe a los abogados llegar a acuerdos en los que sus honorarios se hicieran depender del resultado del pleito o del éxito de la actividad del letrado (§ 49 b Abs. 2 Satz 1 BRAO). Normas similares existen para los abogados que trabajan en el campo de las patentes, los asesores fiscales o los auditores de cuentas.

contratación por dos ciudadanos residentes en Estados Unidos para hacer valer sus derechos sobre una finca situada en Dresde, que había pertenecido a su abuelo y que había sido expropiada por el régimen nacionalsocialista. A la abogada le ofrecieron como honorarios por su trabajo un tercio de la cantidad que se obtuviera, siguiendo la práctica habitual en Estados Unidos. La abogada consiguió para sus clientes una indemnización de 312.000 marcos, por lo que le correspondían 104.000 marcos. El Tribunal de la Abogacía (*Anwaltsgericht*) consideró que el pacto constituía una vulneración de los deberes básicos de un abogado y le sancionó con una amonestación, además de una multa de 25.000 marcos, que una instancia superior (*Anwaltsgerichtshof*) redujo con posterioridad a 5.000 marcos.

No conforme con la decisión, la abogada interpuso un recurso de amparo —dirigido contra la constitucionalidad de la prohibición legal de la *cuota litis*— que ha sido parcialmente estimado. La Sala Primera (*erste Senat*) del Tribunal Constitucional Federal ha decidido, en sentencia de 12 de diciembre de 2006 (1 BvR 2576/04), que la prohibición legal era incompatible con el derecho fundamental al libre ejercicio de una profesión, en la medida en que la Ley no establecía ninguna excepción, y con ello la prohibición debía ser respetada incluso cuando —con acuerdo de *cuota litis*— el abogado tiene en cuenta circunstancias especiales de la persona del cliente, que en otro caso le inhibirían a ejercer sus derechos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional ordena al legislador federal a establecer una nueva regulación para el día 30 de junio de 2008. Hasta tal fecha la prohibición legal de la *cuota litis* ha estado, sin embargo, en vigor. Y por tal razón el Tribunal no cuestiona en su sentencia —desde el punto de vista constitucional— la condena profesional de la recurrente en amparo.

Los razonamientos desarrollados por el Tribunal Constitucional Federal, en su sentencia de 12 de diciembre de 2006, favorables a la prohibición de la *cuota litis* por el legislador se resumen en que la prohibición sirve a la protección de la independencia de los abogados, que es un presupuesto irrenunciable para que un sistema judicial funcione correctamente (*eine funktionierende Rechtspflege*). Sin embargo, no se cuestiona constitucionalmente que el legislador vea en peligro la independencia de los abogados si se llegase a suprimir la prohibición de la *cuota litis*, aunque la distancia crítica del abogado con respecto al asunto del cliente, exigida para la garantía de su independencia, puede verse perjudicada si el abogado asume una participación en el riesgo del éxito de una pretensión jurídica. Por ello, no cabe descartar el temor de que el acuerdo de *cuota litis* constituya un estímulo adicional para profesionales desleales de cara a perseguir el éxito «a cualquier precio», incluso con medios ilícitos⁴⁰.

Sin embargo, a juicio del Tribunal Constitucional Federal, la prohibi-

⁴⁰ Otro fin legítimo de la prohibición de *cuota litis*, a juicio del Tribunal Constitucional, podría ser la protección frente a eventuales honorarios excesivos de quienes buscan tutela jurídica. Un abogado desleal puede conducir al cliente a aceptar un acuerdo de honorarios desproporcionadamente alto, al exponer de forma insuficiente las perspectivas de éxito o al describir de forma exagerada el trabajo que le corresponda efectuar.

ción de la *cuota litis* es inadecuada en la medida en que no prevé excepciones y se ha de respetar incluso cuando el abogado, con el acuerdo de *cuota litis*, tiene en cuenta especiales circunstancias de su cliente, que de otra forma sin *cuota litis* de seguro le disuadirían a perseguir sus derechos. En la decisión de quien busca tutela jurídica utilizando la asistencia de un letrado, la cuantía de los honorarios puede ser determinante para renunciar a su derecho. También quienes buscan tutela judicial y que, debido a sus ingresos o patrimonio, no pueden solicitar ayuda para la asistencia jurídica, pueden encontrarse ante la decisión de si resulta razonable asumir riesgos financieros vinculados a los honorarios, debido a lo incierto del resultado del pleito. Para estas personas hay que reconocer la necesidad de trasladar el riesgo descrito, por lo menos parcialmente, al abogado que los represente, mediante el acuerdo de *cuota litis*. En todos estos casos, la no admisibilidad de honorarios con fundamento en el pacto de *cuota litis* no promueve la realización de la tutela de los derechos, sino que dificulta el acceso a la tutela efectiva.

Por ello, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania obliga al legislador a eliminar este déficit de regulación para el 30 de junio de 2008 manteniendo en principio la prohibición, pero se debe crear un supuesto de hecho que excepcione dicha prohibición para supuestos en que sea razonable la aplicación de la *cuota litis*. De este modo se protegerán los intereses patrimoniales de los que demandan tutela jurídica y se protegerá la confianza en la profesión de abogado, que se hace depender de la eficacia del acuerdo de *cuota litis* y del cumplimiento de una obligación informativa del abogado con respecto a su cliente. Por último, señala la sentencia que nada impide al legislador eliminar el fundamento del déficit de regulación inconstitucional mediante la supresión plena de la prohibición de la *cuota litis* o su mantenimiento únicamente en condiciones muy limitadas, como por ejemplo cuando no se haya proporcionado suficiente información al cliente.

En la práctica, ello ha supuesto que la Ley reguladora de los honorarios profesionales de la abogacía (*Rechtsanwaltsvergütungsgesetz*) haya incorporado una excepción, que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2008, con la finalidad de complementar de modo flexible una excepción a la regla general de la prohibición de la *cuota litis* que se mantiene integrada en la Ley reguladora del ejercicio de la abogacía⁴¹. Por consiguiente, la Ley reguladora de los honorarios profesionales de la abogacía (RVG) regula ahora la *cuota litis* o *Erfolgshonorar*, como un «honorario vinculado al éxito» del pleito o de la actividad del abogado⁴². En tal sentido, el parágrafo 4a, apartados 1-3, regula estrictamente el supuesto de hecho de la excepción que pedía el Tribunal Constitucional Federal, es decir, anudada a «cuando por razón de su situa-

⁴¹ § 49 b Abs. 2 Satz 1 BRAO (*Bundesrechtsanwaltsordnung*).

⁴² Cuando exista pacto de *cuota litis*, las autoridades tributarias federales y de los Länder, tras la entrada en vigor de la modificación legal, seguirán considerando que se trata de una actividad profesional y se tributará como tal y no como una actividad mercantil.

ción económica, desde una perspectiva razonable, se abstendría el justiciable de defender sus derechos»⁴³.

VI. REFLEXIONES FINALES

La prohibición de la *cuota litis* en sentido estricto lo que ha protegido hasta ahora ha sido la garantía corporativa de los honorarios por parte de los abogados *de forma obligatoria*, de tal suerte que se prohibía al abogado negociar libremente con su cliente la no percepción de honorarios si se perdía el pleito. Es decir, que en realidad *no se prohibía cobrar a los abogados por los resultados obtenidos, sino cobrar sólo por resultados*, sin que los abogados tuvieran la libertad de negociar en favor de sus clientes —bajo pena de sanción disciplinaria— la no percepción de honorarios si se perdía el pleito.

Realmente, parece difícilmente sostenible, tal como lo reitera en su comunicado —de 15 de diciembre de 2008— el Consejo General de la Abogacía, que el *«pacto de cuota litis es contrario a la buena administración de la justicia en la medida en que fomenta la litigiosidad especulativa...»*. Es evidente que la litigiosidad especulativa no tiene origen ni puede tenerlo en el pacto de *cuota litis* en sus distintas variantes, pero si en parte lo tuviere en el futuro es más probable que concorra cuando no exista ningún pacto de *cuota litis*, o en el pacto de *cuota litis* con honorarios obligatorios, que en el pacto de *cuota litis* en sentido estricto, porque en este último supuesto es poco probable que un abogado estuviese dispuesto a defender un caso simplemente especulativo en el que concudiese un serio riesgo de perder el pleito —y desarrollar un arduo trabajo— para no cobrar nada. Por el contrario, parece más probable que la litigiosidad especulativa se acreciente cuando exista una relación de servicio en la que con seguridad se cobre por realizarlo, aun cuando la probabilidad de ganar el caso sea muy baja, y por lo tanto el abogado tenga asegurados unos honorarios con independencia

⁴³ «§ 4a Erfolgshonorar: (1) Ein Erfolgshonorar (§ 49b Abs. 2 Satz 1 der Bundesrechtsanwaltsordnung) darf nur für den Einzelfall und nur dann vereinbart werden, wenn der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde. In einem gerichtlichen Verfahren darf dabei für den Fall des Misserfolgs vereinbart werden, dass keine oder eine geringere als die gesetzliche Vergütung zu zahlen ist, wenn für den Erfolgsfall ein angemessener Zuschlag auf die gesetzliche Vergütung vereinbart wird.

(2) Die Vereinbarung muss enthalten:

1. die voraussichtliche gesetzliche Vergütung und gegebenenfalls die erfolgsunabhängige vertragliche Vergütung, zu der der Rechtsanwalt bereit wäre, den Auftrag zu übernehmen, sowie

2. die Angabe, welche Vergütung bei Eintritt welcher Bedingungen verdient sein soll.

(3) In der Vereinbarung sind außerdem die wesentlichen Gründe anzugeben, die für die Bemessung des Erfolgshonorars bestimmend sind. Ferner ist ein Hinweis aufzunehmen, dass die Vereinbarung keinen Einfluss auf die gegebenenfalls vom Auftraggeber zu zahlenden Gerichtskosten, Verwaltungskosten und die von ihm zu erstattenden Kosten anderer Beteiligter hat».

del resultado obtenido. En consecuencia, paradójicamente, la *cuota litis* en sentido estricto puede aminorar la litigiosidad especulativa alentada por abogados que promuevan pleitos en los que los honorarios sean una fuente de ingresos seguros.

Lo que igualmente parece obvio es que la *cuota litis* en sentido estricto puede ser la forma en que la tutela judicial efectiva se materialice para los ciudadanos que no reclamarían ante los Tribunales de Justicia cuando por razón de su situación económica, desde una perspectiva razonable, el justiciable se abstendría de defender sus derechos legítimos. Ello podría suceder a las personas físicas o jurídicas, por ejemplo, con la reclamación de cantidades de dinero no excesivas que les sean debidas por terceros o que les han sido detraídas por vía de impuestos o de cualquier otra forma recaudatoria por las Administraciones Públicas, por ser evidente que nadie promueve un pleito para reclamar una suma que va a resultar absorbida por los honorarios del abogado.

Del mismo modo, resulta difícilmente sostenible la idea expresada por el Consejo General de la Abogacía en su comunicado —de 15 de diciembre de 2008—, cuando indica que el «*pacto de cuota litis es contrario a la buena administración de la justicia en la medida en... que convierte al abogado en socio del cliente, momento en el cual pierde su independencia*». A este propósito, como ya se ha indicado, aunque se admitiera a efectos dialécticos que vincular los honorarios de un abogado a los resultados obtenidos pudiera afectar hipotéticamente a su independencia, la cuestión que se debate con la *cuota litis* en sentido estricto no es ésta, porque obviamente todo pacto de *cuota litis* acepta que se dé tal vinculación, siempre que se admita cobrar en función de resultados. Sin embargo, *el pacto de cuota litis en sentido estricto lo único que prohíbe es que el abogado deje de cobrar cuando pierde el pleito, es decir, lo que no admite es que no puedan cobrarse los honorarios por el servicio prestado y la vinculación de todos los honorarios de forma exclusiva al resultado obtenido*. Por consiguiente, habrá que admitir que la «asociación» de común interés que eventualmente pueda constituir el abogado con su cliente será cuando menos igual de sólida cuando el pacto de *cuota litis* sea en sentido estricto como cuando exista cualquier otro pacto de *cuota litis* —con honorarios mínimos asegurados— hasta ahora admitido por el Consejo General de la Abogacía.

Finalmente, lo que no cabe afirmar es que una vez legalizado el pacto de *cuota litis* en sentido estricto vaya a cambiar sustancialmente la realidad de la abogacía española, porque en realidad este pacto ya se aplicaba en múltiples ámbitos jurídicos en una sociedad que proclama la libre prestación de servicios en régimen de concurrencia entre abogados, siempre en beneficio de los consumidores, clientes o justiciables, y obviamente nada obliga a utilizarlo en ningún ámbito jurídico, ya que los honorarios se fijarán en libre negociación entre abogado y cliente, siendo ahora ya completamente legal pactar la no percepción de honorarios si se pierde el pleito. Por consiguiente, también en España a partir de la STS de 4 de noviembre de 2008, en tanto no se altere la legislación en materia de defensa de la competencia y de

colegios profesionales —o se introduzca mediante ley la excepción a la aplicación de las reglas de competencia en los honorarios profesionales de los abogados o se configure legalmente la prohibición de la *cuota litis* en sentido estricto— perdurará, ahora sí, la doctrina unitaria establecida por el Pleno de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, por la que se admite fijar los honorarios en libre negociación entre abogado y cliente, quedando absolutamente legalizada la *cuota litis* en sentido estricto o pacto que permite negociar la no percepción de honorarios por parte del abogado en caso de que se pierda el pleito.