

El copago en la Justicia y las tasas judiciales, la situación de los discapacitados en el sistema penitenciario español, las propuestas de futuro para los Centros de Internamiento de Extranjeros o el derecho de los abogados a acceder al contenido de las actuaciones judiciales son temas abordados en este libro que interesan tanto a profesionales del sector jurídico como a los ciudadanos.

La Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española nació con el objetivo de ofrecer una respuesta jurídica a los problemas que deben afrontar los abogados y sus Colegios, pero también responder a las incertidumbres planteadas por la sociedad española. La publicación de esta segunda edición de los Informes de la Comisión Jurídica de la Abogacía pretende estar a la cabeza del análisis jurídico en España, formulando propuestas y reaccionando con inmediatez a cuestiones jurídicas esenciales para el Estado, todo ello con la autonomía de unos autores que elaboran estos informes sin estar mediatizados por intereses corporativos.



COMISIÓN JURÍDICA DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

José María Ayala Muñoz	José Antonio Martín Pallín
Lucas Blanco Rey	Elisa de la Nuez Sánchez-Cascado
Rosa Collado Martínez	Pablo Olivera Masso
Miguel Crespo Rodríguez	Manuel Pacheco Manchado
Carlos Gallego Huéscar	José Luis Palma Fernández
Tomás González Cueto	Marta Pastor López
Isabel Gozalo Hernando	Nicolás Pérez-Serrano Jáuregui
José Ramón Hoces de Iñiguez	José Luis Piñar Mañas
Jesús López-Medel Bascones	Jesús Remón Peñalver



tirant lo blanch



tirant lo blanch

COMISIÓN JURÍDICA DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

INFORMES 2012



Registro de administradores concursales en Colegios de Abogados
• Conservación de datos por abogados • Mediación civil y mercantil
• Centros de Internamiento de Extranjeros • Copago y tasas en la Justicia
• Habilitación especial para ejercer la abogacía • Sanciones a abogados en la UE
• Discapacitados y sistema penitenciario • Acceso a los documentos judiciales
• Aplicación del IVA por los Colegios de Abogados • Cesión de la publicidad institucional
• Acceso de los funcionarios a la abogacía

INFORMES 2012

COMISIÓN JURÍDICA
DEL CONSEJO GENERAL DE
LA ABOGACÍA ESPAÑOLA



Abogacía
Española
CONSEJO GENERAL

INFORMES 2012
Comisión Jurídica
Consejo General de la Abogacía Española

INFORMES 2012

Comisión Jurídica
Consejo General de la Abogacía
Española



tirant lo blanch

Valencia, 2013

Copyright ® 2013

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, el Consejo General de la Abogacía Española y la Editorial Tirant lo Blanch publicarán la pertinente corrección en las páginas web www.abogacia.es y www.tirant.com (<http://www.tirant.com>).

© CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELEF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: V-895-2013
I.S.B.N.: 978-84-9033-953-4
IMPRIME: Gráficas Díaz Tuduri, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Índice

<i>Prólogo</i>	
A la cabeza del análisis jurídico.....	9
<i>Informe 1/2012</i>	
La inclusión de la figura del administrador concursal persona jurídica en los registros de administradores concursales de los Colegios de Abogados	11
<i>Informe 2/2012</i>	
Conservación de expedientes por letrados y por cámaras arbitrales y árbitros. En particular plazo de conservación de los datos de carácter personal.....	15
<i>Informe 3/2012</i>	
Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles	31
<i>Informe 4/2012</i>	
Los Centros de Internamiento de Extranjeros en España : régimen vigente y propuestas de futuro	63
<i>Informe 5/2012</i>	
La posible implantación del copago en la justicia	97
<i>Informe 6/2012</i>	
Vigencia del artículo 17.5 del Estatuto General de la Abogacía Española tras la entrada en vigor de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el Acceso a las Profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales	115
<i>Informe 7/2012</i>	
Comunicación a autoridades de otros estados miembros de la Unión Europea (y a sus ciudadanos) de datos relativos a sanciones impuestas a abogados	125
<i>Informe 8/2012</i>	
Los enfermos mentales en el Sistema Penitenciario . Un análisis jurídico.....	151
<i>Informe 9/2012</i>	
Aplicación del IVA por los Colegios de Abogados	171
<i>Informe 10/2012</i>	
Cesión al abogado que lo solicite de la publicidad institucional del Consejo General de la Abogacía Española	197
<i>Informe 11/2012</i>	
El derecho de los abogados a acceder al contenido de las actuaciones judiciales	207

Informe 12/2012

Requisitos necesarios que deben cubrir los secretarios, interventores y tesoreros de Administración Local para incorporarse a los Colegios de Abogados tras la entrada en vigor del nuevo régimen jurídico sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales.....	233
--	-----

Prólogo

A la cabeza del análisis jurídico

CARLOS CARNICER

Presidente del Consejo General de la Abogacía Española

La presentación de este libro supone una satisfacción enorme. Uno de los hitos de mi Presidencia ha sido la creación la Comisión Jurídica, como instrumento que permitiera al Consejo General de la Abogacía Española dar respuesta jurídica a los problemas que se plantean a los abogados, a los Colegios y al país y sus ciudadanos. La publicación de esta segunda edición de informes de la Comisión constata que el objetivo se está consiguiendo.

Quiero recordar que la Comisión se encuentra formada por abogados que no son miembros del Consejo General de la Abogacía Española y que actúan con absoluta independencia. Los informes que emite son exclusivamente el resultado del estudio, la reflexión libre y el consenso de los componentes de la Comisión. Siempre me ha parecido esencial la libertad de criterio a la hora de afrontar los problemas jurídicos. Es imprescindible que en los informes se plasmen posibles soluciones con autonomía, sin que sus autores estén mediatizados por intereses corporativos o de otro tipo. En los informes no encontramos lo que queremos leer u oír, sino lo que los miembros de la Comisión entienden más ajustado a Derecho o a las necesidades sociales cuando de formular propuestas normativas se trata.

Siempre he mantenido que el Consejo General de la Abogacía y los Colegios de Abogados deben estar a la cabeza del análisis jurídico en España, formulando propuesta y reaccionando con inmediatez a las cuestiones esenciales para el Estado, pero también para la vida diaria de los españoles. La lucha contra unas tasas judiciales injustas que cercenan el derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva en numerosos supuestos o la búsqueda de vías de entendimiento a través de la mediación para evitar ejecuciones hipotecarias en casos extremos son sólo dos ejemplos de nuestra actividad cons-

tante por la mejora del sistema —no sólo del ordenamiento— jurídico.

Los informes que componen este libro afectan a materias heterogéneas, pero de importancia capital para los abogados, sus derechos y deberes y su ejercicio profesional. También para los Colegios de Abogados y para los ciudadanos. Pretenden ser útiles y ayudar a quienes deben aplicar las normas a interpretarlas con acierto.

La heterogeneidad se corresponde con el origen de los diferentes informes. Algunos responden a cuestiones planteadas por otras Comisiones del Consejo General de la Abogacía Española. Otros tratan de dar respuesta a preguntas de los consejeros del propio Consejo General de la Abogacía Española o de los Colegios de Abogados. Por último, existen también informes que buscan proponer soluciones normativas de futuro o que analizan críticamente propuestas normativas procedentes de los diferentes departamentos ministeriales.

Resulta obvio constatar que los informes no existirían sin las personas que integran la Comisión, abogados comprometidos, que se mojan con sus opiniones tratando de buscar lo mejor para la Abogacía. Y comprometidos también esencialmente con la lucha por el Derecho con mayúsculas. A todos ellos, que constan como autores en el libro, quiero agradecerles en mi nombre y en el de la Abogacía Española su trabajo, sus aportaciones y su cariño hacia esta profesión imprescindible para garantizar los derechos, fundamentales y no fundamentales, de todas las personas.

Informe 1/2012

La inclusión de la figura del administrador concursal persona jurídica en los registros de administradores concursales de los Colegios de Abogados

I. CONSULTA

La cuestión que se somete a consulta de esta Comisión consiste en determinar si los Colegios de Abogados, al elaborar los registros de administradores concursales a los que se refiere el artículo 27. 3 de la Ley Concursal, deben exigir que las personas jurídicas que soliciten la inscripción ese registro revistan la forma de sociedades profesionales o si, por el contrario, deben permitir la inscripción de cualquier tipo de persona jurídica.

II. MARCO NORMATIVO

1. Para abordar la consulta es conveniente partir de las disposiciones que configuran el marco normativo de referencia. Y al respecto es preciso recordar que la última reforma de la **Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC)**, introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, prevé la posibilidad de que el administrador concursal sea una persona jurídica. El tenor del artículo 27.1. 2º, *in fine*, es el siguiente:

“También podrá designarse a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal”.

El artículo 27.3 añade que para su inscripción en las correspondientes listas del registro Oficial de Auditores y de los colegios profesionales, las personas jurídicas deberán reseñar los profesionales que las integran así como su formación y disponibilidad. La Ley 38/2011, que da nueva redacción a este artículo, explica en fin el mandato que se incorpora al decir que una de las medidas fundamentales de la reforma *“es el reconocimiento*

de la persona jurídica como administrador concursal, en tanto que algunas de sus formas, como es la sociedad profesional, favorecen el ejercicio de esta función por una pluralidad de profesionales que cuenten con la necesaria formación y experiencia”.

2. Por su parte, la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales (LSP), dispone en su artículo 1:

“1. Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley.

A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional.

A los efectos de esta Ley se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente”.

Importa asimismo destacar el artículo 8 de la misma Ley 2/2007, que regula la inscripción registral de las Sociedades Profesionales, y establece que:

“1. La escritura pública de constitución deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad profesional su personalidad jurídica.

2. En la inscripción se harán constar las menciones exigidas, en su caso, por la normativa vigente para la inscripción de la forma societaria de que se trate, las contenidas en el artículo 7.2 y, al menos, los siguientes extremos:

a) Denominación o razón social y domicilio de la sociedad.

b) Fecha y reseña identificativa de la escritura pública de constitución y notario autorizante; y duración de la sociedad si se hubiera constituido por tiempo determinado.

c) La actividad o actividades profesionales que constituyan el objeto social.

d) Identificación de los socios profesionales y no profesionales y, en relación con aquéllos, número de colegiado y Colegio Profesional de pertenencia.

e) Identificación de las personas que se encarguen de la administración y representación, expresando la condición de socio profesional o no de cada una de ellas.

3. Cualquier cambio de socios y administradores, así como cualquier modificación del contrato social, deberán constar en escritura pública y serán igualmente objeto de inscripción en el Registro Mercantil.

4. La sociedad se inscribirá igualmente en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional que corresponda a su domicilio, a los efectos de su incorporación al mismo y de que éste pueda ejercer sobre aquélla las competencias que le otorga el ordenamiento jurídico sobre los profesionales colegiados.

La inscripción contendrá los extremos señalados en el apartado 2 de este artículo. Cualquier cambio de socios y administradores y cualquier modificación del contrato social serán igualmente objeto de inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales.

El Registrador Mercantil comunicará de oficio al Registro de Sociedades Profesionales la práctica de las inscripciones, con el fin de que conste al Colegio la existencia de dicha sociedad y de que se proceda a recoger dichos extremos en el citado Registro Profesional.

5. La publicidad del contenido de la hoja abierta a cada sociedad profesional en el Registro Mercantil y en el Registro de Sociedades Profesionales se realizará a través de un portal en Internet bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia.

El acceso al portal de Internet será público, gratuito y permanente.

Se faculta al Ministerio de Justicia para establecer el régimen de organización, gestión y funcionamiento del portal.

En idénticos términos, las Comunidades Autónomas podrán establecer un portal en Internet en su ámbito territorial.

A estos efectos, los Colegios Profesionales remitirán periódicamente al Ministerio de Justicia y a la Comunidad Autónoma respectiva las inscripciones practicadas en sus correspondientes Registros de Sociedades Profesionales.

6. En el supuesto regulado en el artículo 3, la sociedad profesional se inscribirá en los Registros de Sociedades Profesionales de los Colegios de cada una de las profesiones que constituyan su objeto, quedando sometida a las competencias de aquel que corresponda según la actividad que desempeñe en cada caso”.

III. CONSIDERACIONES

1. La Ley Concursal no determina expresamente la forma o tipo que habrán de adoptar las personas jurídicas que podrán ser designadas como administradores concursales. Se limita a exigir que (i) deben estar integradas por un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas y (ii) garantizar la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal.
2. Parece, no obstante, evidente que el ejercicio de la administración concursal es una actividad profesional —dado que su desempeño requiere una titulación universitaria o profesional oficial y la consiguiente inscripción en un colegio profesional— y que, en consecuencia, su ejercicio en común bajo forma societaria se reserva a las sociedades profesionales por imperativo del artículo 1 de la Ley de Sociedades Profesionales. De hecho, el régimen de las sociedades profesionales es el que permite controlar con mayor rigor el requisito de la independencia que viene exigido por el artículo 27. 1. 2º *in fine* de la Ley Concursal, al estar sujetas a normas deontológicas y venir caracterizadas por la nota de exclusividad de su objeto social.
3. Esta misma conclusión, que es defendida por VALPUESTA (*Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 417) y

YÁÑEZ (*Administración concursal y personas jurídicas, El Economista, Iuris&Lex, 17 de octubre de 2011*), se ha visto refrendada por las conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de concursal (13 diciembre 2011) al razonar que:

“...para las personas jurídicas que se postulen como administradores concursales se entiende que deberán constituirse como sociedades profesionales, cualquiera que sea el tipo societario adoptado bajo tal clase, ya que: (i) el régimen jurídico de las sociedades profesionales es el que guarda mayor coherencia con la profesionalidad, rigor y responsabilidad propia del ejercicio del cargo de administrador concursal (véanse los arts. 9 y 11 LSP); (ii) dicho cargo se imputa directamente a la persona jurídica, tal cual ocurre con la actividad de las sociedades profesionales (art. 5 LSP); (iii) ofrece cierta garantía de estabilidad en los socios integrantes de la misma, en cuya atención se puede haber deferido el cargo de administrador concursal (art. 12 LSP); (iv) evita problemas relacionados con la propia personalidad jurídica y, por tanto, con la posibilidad de ser nombradas administrador concursal, de las sociedades en formación o irregulares (art. 8.1 LSP); o (v) incluso permite establecer ciertos paralelismos entre las exigencias de la Ley concursal y el desarrollo de su actividad” y, por otra parte, “hay que entender que cuando la LC ha empleado la expresión ‘persona jurídica’, ha utilizado tal término genérico porque precisamente la sociedad profesional no es un tipo societario concreto, sino una clase que puede englobar bajo sus previsiones distintos tipos sociales de los existentes en la legalidad de la sociedad”.

IV. CONCLUSIÓN

Las personas jurídicas que soliciten su inscripción en las listas de administradores concursales de los Colegios de Abogados deberán estar constituidas como sociedades profesionales.

Informe 2/2012

Conservación de expedientes por letrados y por cámaras arbitrales y árbitros. En particular plazo de conservación de los datos de carácter personal

I. CONSULTA

En la presente Nota se afrontará el tema del plazo de conservación de expedientes, **desde la perspectiva de la conservación de datos de carácter personal**.

Las cuestiones que se plantean son las siguientes:

¿Cuánto tiempo tiene que conservar un letrado un expediente en su poder?

¿Cuánto tiempo tiene que conservar una Cámara Arbitral o el propio árbitro el expediente del arbitraje?

Se nos solicita que el tema sea abordado, como he apuntado, **desde la perspectiva de la legislación de protección de datos de carácter personal**, por lo que difiere de lo que ya tuvo ocasión de informar esta Comisión Jurídica en su Informe de 15 de noviembre de 2011, sobre “DESPACHOS DE ABOGADOS Y EXPEDIENTES DE CLIENTES: PROPIEDAD, POSESIÓN, USO Y ABUSO”. Asimismo, debe tenerse en cuenta que esta Comisión Jurídica también se refirió a la conservación de datos personales en su Informe de julio de 2011 sobre:

“LA UTILIZACION DEL CLOUD COMPUTING POR LOS DESPACHOS DE ABOGADOS”.

II. MARCO NORMATIVO

En consecuencia, el marco normativo que habremos de tomar en consideración está constituido principalmente por:

- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 (RLOPD).

Más adelante tendremos ocasión de concretar los preceptos de ambas normas que deben ser tenidos en cuenta.

III. CONSIDERACIONES PREVIAS

Con carácter previo al análisis de la cuestión es necesario hacer algunas consideraciones.

Primera: en la presente nota hablaremos de “tratamiento” de datos de carácter personal para referirnos a las distintas operaciones que pueden llevarse a cabo en relación con los datos personales. El artículo 3.c) de La LOPD define tratamiento como “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”. Por su parte, el artículo 5.1.t) del RLOPD lo define como “cualquier operación o procedimiento técnico, sea o no automatizado, que permita la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, consulta, utilización, modificación, cancelación, bloqueo o supresión, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”.

La conservación de datos de carácter personal es, pues, un tratamiento de datos.

Segunda: Los datos a los que nos referiremos son datos de carácter personal, es decir, “Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a **personas físicas identificadas o identificables**” (arts. 3.a) y 5.1.f), respectivamente, de la LOPD y del RLOPD). Hay que tener en cuenta que el concepto de dato personal es muy amplio y abarca datos tales como la imagen, la voz, las direcciones de correo electrónico si pueden identificar a una persona física (y por supuesto datos tales como nombre, apellidos, dirección, n° de teléfono, DNI o n° de pasaporte, etc.).

En cualquier caso, quedan fuera los datos referidos a personas jurídicas. Pero también, en virtud de lo dispuesto en el art. 2 del RLOPD, quedan fuera:

“los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales” (apartado 2);

“los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros, también se entenderán excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal” (apartado 3);

“los datos referidos a personas fallecidas. No obstante, las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas, podrán dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de éste con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente del mismo, y solicitar, cuando hubiere lugar a ello, la cancelación de los datos” (apartado 4).

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha tenido ocasión de pronunciarse ya en numerosas ocasiones en relación con la interpretación que ha de darse a los apartados 2 y 3 del artículo 2º del Reglamento. En relación con el primero ha señalado llamado la atención acerca de la necesidad de que se cumplan dos requisitos (por ejemplo, Informe de 18 de febrero de 2008 e Informe referencia 0234/2008):

“El primero, que aparece expresamente recogido en el Reglamento será el de que los datos tratados se limiten efectivamente a los meramente necesarios para identificar al sujeto en la persona jurídica a la que presta sus servicios. Por este motivo, el Reglamento impone que el tratamiento se limite a los datos de nombre y apellidos, funciones o puestos desempeñados, dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales”.

De este modo, cualquier tratamiento que contenga datos adicionales a los citados se encontrará plenamente sometido a la Ley Orgánica 15/1999, por exceder de lo meramente imprescindible para identificar al sujeto en cuanto contacto de quien realiza el tratamiento con otra empresa o persona jurídica.

Por ello, no se encontrarían excluidos de la Ley los ficheros en los que, por ejemplo, se incluyera el dato del documento nacional de identidad del sujeto, al no ser el mismo necesario para el mantenimiento del contacto empresarial. Igualmente, y por razones obvias, nunca podrá considerarse que se encuentran excluidos de la Ley Orgánica los ficheros del empresario respecto de su propio personal, en que la finalidad no será el mero contacto, sino el ejercicio de las potestades de organización y dirección que a aquél atribuyen las leyes.

El segundo de los límites se encuentra, como en el supuesto contemplado en el artículo 2.3, en la finalidad que justifica el tratamiento. Como se ha venido indicando reiteradamente, la inclusión de los datos de la persona de contacto debe ser meramente accidental o incidental respecto de la verdadera finalidad perseguida por el tratamiento, que ha de residenciarse no en el sujeto, sino en la entidad en la que el mismo desarrolla su activi-

dad o a la que aquél representa en sus relaciones con quienes tratan los datos.

De este modo, la finalidad del tratamiento debe perseguir una relación directa entre quienes traten el dato y la entidad y no entre aquéllos y quien ostente una determinada posición en la empresa. De este modo, el uso del dato debería dirigirse a la persona jurídica, siendo el dato del sujeto únicamente el medio para lograr esa finalidad.

Así sucedería en caso de que el tratamiento responda a relaciones “business to business”, de modo que las comunicaciones dirigidas a la empresa, simplemente, incorporen el nombre de la persona como medio de: representar gráficamente el destinatario de la misma. Por el contrario, sin la relación fuera “business to consumer”, siendo relevante el sujeto cuyo dato ha sido tratado no sólo en cuanto a la posición ocupada sino como destinatario real de la comunicación, el tratamiento se encontraría plenamente sometido a la Ley Orgánica 15/1999, no siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 2.2 del Reglamento.

Respecto al apartado 3 ha indicado (entre otros, Informes de 28 de febrero de 2008, antes citado, e Informe referencia 0652/2009):

– Cabrá considerar que la legislación de protección de datos no es aplicable en los supuestos en los que los datos del comerciante sometidos a tratamiento hacen referencia únicamente al mismo en su condición de comerciante, industrial o naviero; es decir, a su actividad empresarial.

– Al propio tiempo, el uso de los datos deberá quedar limitado a las actividades empresariales; es decir, el sujeto respecto del que pretende llevarse a cabo el tratamiento es la empresa constituida por el comerciante industrial o naviero y no el empresario mismo que la hubiese constituido. Si la utilización de dichos datos se produjera en relación con un ámbito distinto quedaría plenamente sometida a las disposiciones de la Ley Orgánica.

En la presente nota nos referimos sólo a la conservación de datos de carácter personal así entendidos.

Tercera: Los datos deben estar “registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento” (art. 2.1 de la LOPD y artículo de la misma numeración del RLOPD). Esto implica, con carácter general, que **deben estar incorporados a un fichero**, entendiendo por tal todo conjunto organizado de datos de carácter personal, que permita el acceso a los datos con arreglo a criterios determinados, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso (art. 3 b) de la LOPD y 5.1.k) de la LOPD). En este sentido, la STS de 19 de septiembre de 2008 ha señalado que la LOPD no se aplica cuando estamos

ante “una pura acumulación de estos [datos personales] que comporta una difícil búsqueda, acceso e identificación”.

Cuarta: Ni la LOPD ni su Reglamento se aplican a los ficheros “*realizados o mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. Sólo se considerarán relacionados con actividades personales o domésticas los tratamientos relativos a las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares*” (art. 4.a) del RLOPD, en relación con el art. 2.2.a) de la Ley).

Hemos de considerar que los datos incluidos en expedientes (objeto de la presente nota), no pueden ser considerados, como resulta obvio, como datos para uso personal o doméstico.

Quinta: es imprescindible distinguir las figuras del **responsable** y del **encargado** del tratamiento. El responsable del fichero o del tratamiento es la “*persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que sólo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente. Podrán ser también responsables del fichero o del tratamiento los entes sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados*” (art. 5.1.q) del Reglamento en relación con el 3.d) de la LOPD). Por su parte, el encargado del tratamiento es “*la persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio*” (art. 5.1.i) del RLOPD y 3.g) de la LOPD).

El régimen relativo al plazo de conservación de datos es diferente según nos refiramos al responsable o al encargado. Y como veremos, los abogados y despachos pueden actuar tanto en concepto de responsable como de encargado.

IV. PRECEPTOS DE LA LOPD Y DEL RLOPD QUE RESULTAN APLICABLES

Dicho lo anterior, conviene ahora hacer referencia a los preceptos de la Ley Orgánica y su Reglamento que se refieren a la conservación de los datos por parte de los responsables y encargados.

Según el artículo 4.5 de la LOPD:

5. Los datos de carácter personal **serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes** para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados.

No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados.

Reglamentariamente se determinará el procedimiento por el que, por excepción, atendidos los valores históricos, estadísticos o científicos de acuerdo con la legislación específica, se decida el mantenimiento íntegro de determinados datos.

Por su parte, los apartados 3, 4 y 5 del artículo 16 de la misma Ley disponen:

3. La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión.

4. Si los datos rectificadas o cancelados hubieran sido comunicados previamente, el responsable del tratamiento deberá notificar la rectificación o cancelación efectuada a quien se hayan comunicado, en el caso de que se mantenga el tratamiento por este último, que deberá también proceder a la cancelación.

5. Los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado.

En desarrollo de tales preceptos el RLOPD dispone:

Artículo 8.6:

6. Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados.

No obstante, podrán conservarse durante el tiempo en que pueda exigirse algún tipo de responsabilidad derivada de una relación u obligación jurídica o de la ejecución de un contrato o de la aplicación de medidas precontractuales solicitadas por el interesado.

Una vez cumplido el período al que se refieren los párrafos anteriores, los datos sólo podrán ser conservados previa disociación de los mismos, sin perjuicio de la obligación de bloqueo prevista en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en el presente reglamento.

Además de los anteriores, también serán analizados otros preceptos de la Ley Orgánica 15/1999 y su Reglamento, como luego veremos.

V. SUPUESTOS QUE PUEDEN SER TOMADOS EN CONSIDERACIÓN

En nuestro caso es imprescindible distinguir los siguientes supuestos (siguiendo en parte lo que ya señaló esta Comisión Jurídica en su citado Informe de 15 de noviembre de 2011):

- Abogado que ejerce individualmente.
- Abogado integrado en un despacho, para el que presta sus servicios.
- Abogado que ejerce individualmente pero en el marco de algún tipo de colaboración consistente en la participación en gastos de un despacho compartido con gestión administrativa única.
- Abogado colegiado en España pero que presta sus servicios en un país extranjero.
- Abogado que ejerce como árbitro único.
- Abogado que forma parte de un colegio arbitral.
- Institución arbitral.

Como veremos a lo largo de esta Nota, las anteriores situaciones son importantes en orden a determinar quién ostenta la condición de responsable del fichero o tratamiento y quién la de encargado, pues es diverso el régimen de la determinación del plazo de conservación de los datos de carácter personal.

En cualquier caso, no nos referiremos al supuesto del abogado colegiado en España que presta sus servicios en un país extranjero, pues en este caso debería hacerse un análisis de la legislación aplicable, que en principio será la del país donde actúe.

A. Plazo de conservación de los datos por parte de abogados o despachos de abogados

a) Abogado o despacho responsable del fichero o tratamiento

En este caso, y en aplicación de lo establecido en los artículos 4.5 de la LOPD y 8.6 del Reglamento, “*Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados*”.

Debemos tener en cuenta que, en contra de lo que ocurre con algún otro supuesto referido a “expedientes” o ficheros de los que son respon-

sables otros profesionales o instituciones, no hay ningún precepto que se refiera a ello de forma específica en relación con los abogados. En efecto, y por ejemplo, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (la llamada Ley de autonomía del paciente) establece en su artículo 17:

“Artículo 17. La conservación de la documentación clínica.

*1. Los centros sanitarios tienen la obligación de conservar la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad, aunque no necesariamente en el soporte original, para la debida asistencia al paciente durante el tiempo adecuado a cada caso y, como mínimo, **cinco años** contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial.*

2. La documentación clínica también se conservará a efectos judiciales de conformidad con la legislación vigente. Se conservará, asimismo, cuando existan razones epidemiológicas, de investigación o de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud. Su tratamiento se hará de forma que se evite en lo posible la identificación de las personas afectadas.

3. Los profesionales sanitarios tienen el deber de cooperar en la creación y el mantenimiento de una documentación clínica ordenada y secuencial del proceso asistencial de los pacientes.

...

5. Los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad de manera individual son responsables de la gestión y de la custodia de la documentación asistencial que generen.

6. Son de aplicación a la documentación clínica las medidas técnicas de seguridad establecidas por la legislación reguladora de la conservación de los ficheros que contienen datos de carácter personal y, en general, por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal”.

En relación con dicho precepto, la AEPD ha señalado en su Informe 151654/2007 (que se remite a su vez al de 12 de noviembre de 2007):

“Dicha norma [el citado artículo 17.1] deberá complementarse con lo establecido por la normativa autonómica que resulte aplicable al profesional, dado que existen normas autonómicas que establecen plazos muy superiores de conservación de los datos contenidos en la historia clínica.

(...)

*A la vista de las normas citadas, resulta claramente que, con independencia de que se haya producido la cesación en el ejercicio de la actividad profesional, **el facultativo se encuentra aún sometido a las exigencias legales de conservación de las historias clínicas**, correspondiéndole su custodia y conservación **en tanto no hayan transcurrido los plazos legalmente previstos** para que dicha conservación siga teniendo lugar y siendo, por imperativo de la propia Ley 41/2002, responsable del fichero de historias clínicas.*

Por este motivo, el profesional se encontrará obligado al cumplimiento de las obligaciones legalmente previstas en relación con su fichero de historias clínicas (...).

En consecuencia, el consultante es responsable de un fichero plenamente sometido a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, debiendo proceder a su notificación al Registro General de Protección de Datos y a la implantación de las necesarias medidas de seguridad. Además, conforme a la aplicación de la Ley 41/2002 y la Ley valenciana 1/2003 deberá conservar los datos durante los plazos previstos en las mismas, no pudiendo proceder a su cancelación sino hasta que transcurran dichos plazos”.

En consecuencia, el deber de custodia de la historia clínica debería subsistir al menos durante el período de tiempo establecido por la normativa estatal o autonómica reguladora de la materia, teniendo en cuenta la propia finalidad de la historia, por cuanto, como también ha señalado esta Agencia en informe de 1 de octubre de 2003, “la voluntad del legislador en este caso no es la de que se proceda a la destrucción inmediata de los datos, sino, al contrario, que dichos datos sean conservados en cuanto pudieran resultar necesarios para la salvaguardia de la vida e integridad física del paciente”. De este modo, en caso de cesación en el ejercicio de la profesión, subsistirá un deber de conservación que se extenderá a los plazos legalmente previstos, subsistiendo igualmente ese deber, en beneficio de la atención sanitaria del paciente, en caso de fallecimiento de facultativo, subrogándose los herederos en las obligaciones de conservación por aplicación de lo dispuesto en el artículo 661 del Código Civil (el resaltado es nuestro).

En el caso del plazo de conservación por parte de abogados y despachos de abogados no existe una previsión semejante (tampoco en el Estatuto General de la Abogacía). Ante esa falta de normativa, la Agencia Española de Protección de Datos se ha referido al tema del plazo de conservación “de los soportes físicos relativos a asuntos jurídicos y administrativos de clientes” en su Informe 0408/2010, en el que se remite a otro anterior de 2005, en los siguientes términos:

“En informe de 1 de agosto de 2005 se indicaba que **resulta imposible establecer una enumeración taxativa de los períodos en que el dato habrá de permanecer bloqueado**, en relación con lo dispuesto en el artículo 16.3, no obstante, señalaba los siguientes criterios:

En cuanto a las causas que podrán motivar la conservación del dato, sujeto a su previo bloqueo, además de la relación jurídica con el afectado, a la que se refiere el artículo 16.5 de la Ley Orgánica 15/1999, éstas deberán fundarse en lo dispuesto ‘en las disposiciones aplicables’ o a la ‘atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento’, tal y como prevé dicha Ley.

En este sentido, para la determinación del período de bloqueo de los datos debe tenerse en cuenta que la Sentencia del tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, viene a imponer, expresamente, el principio de reserva de Ley en cuanto a las limitaciones al derecho fundamental de protección de datos de carácter personal, de forma que cualquier limitación a ese derecho (como sería la derivada del artículo 16.3 de la Ley) deberá constar en una disposición con rango de Ley para que el blo-

queo de los datos pueda considerarse lícitamente efectuado. Así, a título de ejemplo, podría considerarse que **el bloqueo habrá de efectuarse durante los plazos de prescripción de las acciones derivadas de la relación jurídica que funda el tratamiento, en los términos previstos por la legislación civil o mercantil que resulte de aplicación, así como el plazo de cuatro años de prescripción de las deudas tributarias, en cuanto los datos puedan revestir trascendencia desde el punto de vista tributario** (habida cuenta de la obligación de conservación que impone el artículo 111 de la Ley General Tributaria y el plazo legal de prescripción de cuatro años previsto en el artículo 24 de la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes).

En todo caso, debe recordarse que el mantenimiento del dato bloqueado, supone una excepción al borrado físico del mismo que, en definitiva, es el fin último de la cancelación (tal y como prevé el propio artículo 16.3, al indicar que ‘cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión’).

A los períodos mencionados en el informe citado [continúa la Agencia] cabe añadir el plazo de prescripción de 3 años, previsto en el artículo 47.1 de la propia Ley Orgánica 15/1999 en relación con las conductas constitutivas de infracción muy grave, sin perjuicio de que otras normas con rango de Ley, en aquellos concretos sectores en los que actúe en representación o defensa de su cliente, puedan establecer otros plazos de conservación de los datos.

Por consiguiente, **los datos deberán cancelarse una vez hayan dejado de ser necesarios para la finalidad para la que se recabaron, manteniéndose bloqueados**, en los términos vistos, al menos durante el tiempo necesario para la prescripción de las acciones que pudieran derivarse de la relación jurídica que vincula al consultante con su cliente, así como los **derivados de la normativa tributaria, el plazo de prescripción** previsto en el artículo 47.1 de la Ley Orgánica 15/1999, o los establecidos en otras normas con rango de Ley que resulten de aplicación al caso, debiendo suprimirse los datos una vez transcurridos dichos plazos” (el subrayado es nuestro).

También es importante resaltar lo que la Agencia ha señalado en su citado Informe de 1 de agosto de 2005, que a su vez reitera también lo dicho en el de 30 de julio de 2004, respecto al plazo de conservación de los datos en relación con la responsabilidad a que se refiere el artículo 19 de la LOPD, según el cual:

“Derecho a indemnización.

1. Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados.

2. Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas.

3. En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria”.

Señala la Agencia:

“En relación con este último plazo, dada la naturaleza jurídico-privada de la consultante [que es el caso de los abogados o despachos de abogados], la acción establecida en el artículo 19.3 tendrá naturaleza civil, pudiendo resultar del perjuicio causado como consecuencia del hecho mismo del tratamiento. De este modo, con carácter general, el plazo de prescripción de dicha acción será el establecido en el Código Civil para la acción de responsabilidad contractual (sic), siendo dicho plazo el de un año, previsto en el artículo 1968.2º del citado Código”.

No hay, pues, un plazo de conservación expresamente fijado con carácter general en la LOPD. Lo que complica sobremanera la situación ya que el plazo dependerá de la propia naturaleza del dato personal. Teniendo en cuenta, además, que en principio la conservación de los datos **“cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados”** (como sabemos, art. 4.5 de la LOPD) puede incluso constituir una infracción grave tipificada en el artículo 44.3.c) de la citada Ley Orgánica: “Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en el artículo 4 de la presente Ley y las disposiciones que lo desarrollen, salvo cuando sea constitutivo de infracción muy grave”.

En definitiva, **los datos deben ser cancelados cuando dejen de ser necesarios o pertinentes** (conceptos éstos también sumamente amplios), **pero esta cancelación ha de dar paso no a su supresión física, sino a su bloqueo durante los plazos que sean de aplicación en cada caso**. El artículo 5.1.b) del RLOPD define cancelación e, indirectamente, bloqueo de los datos: *“b) Cancelación: Procedimiento en virtud del cual el responsable cesa en el uso de los datos. La cancelación implicará el **bloqueo de los datos**, consistente en la identificación y reserva de los mismos con el fin de impedir su tratamiento excepto para su puesta a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento y sólo durante el **plazo de prescripción de dichas responsabilidades**. **Transcurrido ese plazo deberá procederse a la supresión de los datos**”.*

b) Abogado o despacho encargado del tratamiento

El régimen de la determinación del plazo de conservación de datos es muy diferente en el caso del encargado del tratamiento. Como sabemos, el encargado es *“la persona física o jurídica, pública o privada, u órgano admi-*

*nistrativo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio” (art. 5.1.i) del RLOPD y 3.g) de la LOPD). En el caso de los abogados y despachos de abogados la situación descrita es sumamente usual. En numerosas ocasiones un despacho contrata los servicios profesionales de algún abogado externo (en típico régimen de *Off Counsel*, por ejemplo) o un abogado “lleva” un asunto por encargo de otro. En estos casos, quien presta sus servicios profesionales ha de tener acceso a los datos que le facilite quien efectúa el encargo, siendo éste el responsable del fichero o tratamiento y aquél el encargado. Se trata de una manifestación de lo que establece el artículo 12 de la LOPD y, en desarrollo del mismo, los artículos 20 a 22 del Reglamento. Pues bien, para estos casos, el citado artículo 22 dispone:*

“Artículo 22. Conservación de los datos por el encargado del tratamiento.

1. Una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento o al encargado que éste hubiese designado, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento.

No procederá la destrucción de los datos cuando exista una previsión legal que exija su conservación, en cuyo caso deberá procederse a la devolución de los mismos garantizando el responsable del fichero dicha conservación.

2. El encargado del tratamiento conservará, debidamente bloqueados, los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con el responsable del tratamiento”.

Es decir, la regla general es la devolución de los datos al responsable, sin que el encargado deba conservar los datos que haya tratado durante y para el cumplimiento de su prestación profesional. Sin perjuicio de lo que establece el apartado 2, que plantea problemas semejantes a los que hemos apuntado más atrás.

B. Plazo de conservación de los datos por parte de una Cámara Arbitral o el propio árbitro

Las consideraciones que hemos hecho hasta ahora pueden aplicarse en lo esencial a la conservación de datos por parte de una Cámara Arbitral o el propio árbitro. Las diferencias pueden derivar de la propia naturaleza de las instituciones arbitrales y la posición del árbitro en cuanto árbitro único, o integrado en un órgano colegiado, lo que plantea la definición misma de quién ostenta la condición de responsable del fichero o tratamiento

y/o encargado del tratamiento (incluso en la relación entre la entidad de la que depende la Corte de Arbitraje y la propia Corte). Cuestión ésta en la que, por la propia naturaleza de esta Nota, no es posible ahora entrar.

VI. REGIMEN DEL DERECHO DE CANCELACIÓN DEL TITULAR DE LOS DATOS

El plazo de conservación de los datos puede verse condicionado por el ejercicio del derecho de cancelación por parte del titular de los datos. En este caso son de aplicación el artículo 16 de la LOPD y los artículos 23 a 26 y 31 a 33 del Reglamento.

El artículo 16 de la Ley dispone:

Artículo 16. Derecho de rectificación y cancelación.

*1. El responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado **en el plazo de diez días.***

2. Serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos.

*3. **La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión.***

4. Si los datos rectificadas o cancelados hubieran sido comunicados previamente, el responsable del tratamiento deberá notificar la rectificación o cancelación efectuada a quien se hayan comunicado, en el caso de que se mantenga el tratamiento por este último, que deberá también proceder a la cancelación.

5. Los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado.

En lo que ahora interesa, cabe destacar, en relación con la disciplina reglamentaria del derecho de cancelación, que (artículo 31) “el ejercicio del derecho de cancelación dará lugar a que se supriman los datos que resulten ser inadecuados o excesivos, sin perjuicio del deber de bloqueo conforme a este reglamento”. Que (artículo 32) “en la solicitud de cancelación, el interesado deberá indicar a qué datos se refiere, aportando al efecto la documentación que lo justifique, en su caso y que el responsable del fichero resolverá sobre la solicitud de rectificación o cancelación **en el plazo máximo de diez días** a contar desde la recepción de la solicitud, teniendo en cuenta que en el caso de que no disponga de datos de carácter personal del afectado deberá igualmente comunicárselo en el mismo plazo”. Por

otra parte (artículo 33) “**la cancelación no procederá** cuando los datos de carácter personal deban ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado que justificaron el tratamiento de los datos”. Además, “podrá también denegarse los derechos de rectificación o cancelación en los supuestos en que así lo prevea una ley o una norma de derecho comunitario de aplicación directa o cuando éstas impidan al responsable del tratamiento revelar a los afectados el tratamiento de los datos a los que se refiera el acceso”.

VII. CONSIDERACION FINAL

La exposición que hasta este momento se ha hecho deja claro que el marco jurídico referido al plazo de conservación de datos por parte de abogados, despachos de abogados e instituciones arbitrales es enormemente confuso y está muy lejos de aportar soluciones claras y precisas. Esta situación, no sólo genera un gran desconcierto entre los abogados, sino que es especialmente delicada si se tiene en cuenta, como ya ha quedado señalado, que la cancelación indebida de datos o su conservación más allá de lo necesario puede constituir una infracción de la LOPD.

En consecuencia, se considera imprescindible esclarecer tal situación y trasladar la preocupación del Consejo ante la Agencia Española de Protección de Datos.

VIII. CONCLUSIONES

A la vista de lo anterior, cabe extraer las siguientes conclusiones principales:

Primera: El régimen de conservación de datos sólo es aplicable a los datos de carácter personal así definidos en la LOPD y en su Reglamento y en los casos a que ambas normas se refieren.

Segunda: Los datos de carácter personal **deben ser cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes** para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados.

Tercera: En contra de lo que ocurre en otros ámbitos, **no existe un plazo de conservación de datos personales normativamente fijado** en relación

con los datos que sean tratados por los abogados, los despachos, los árbitros o las instituciones arbitrales.

Cuarta: El régimen del plazo de conservación de datos personales difiere según nos refiramos al tratamiento llevado a cabo por los responsables o por los encargados.

Quinta: La cancelación de los datos no da lugar de forma inmediata a su supresión física, sino al bloqueo de los mismos, en los términos previstos por la LOPD y su Reglamento.

Sexta: El ejercicio del derecho de cancelación por parte del titular de los datos personales ha de tenerse en cuenta pues puede afectar al plazo de conservación de los datos, sin perjuicio de los supuestos en los que, pese al ejercicio de tal derecho, la cancelación no sea posible, tal como establecen la LOPD y su Reglamento.

Séptima: Conservar los datos durante un plazo superior al necesario o pertinente puede constituir infracción muy grave de la LOPD.

Octava: En cualquier caso, se considera imprescindible esclarecer el régimen de conservación de datos a que se refiere el presente Informe y trasladar la preocupación del Consejo ante la Agencia Española de Protección de Datos.

Informe 3/2012

Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

I. INTRODUCCIÓN

Como resulta sabido, la mediación constituye uno de los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos (conocidos también por el acrónimo ADR, procedente de las siglas de la expresión inglesa *Alternative Dispute Resolution*).

Usualmente suele definirse como “un método de resolución de conflictos mediante el cual un tercero, experto y neutral ayuda a dos o más personas a buscar soluciones negociadas a su conflicto, intentando un acercamiento entre ellas con el fin de que éstas resuelvan su disputa”¹.

Por lo tanto, una de sus características principales es la de tener carácter voluntario, no tanto en el momento inicial de la mediación (pues esta puede imponerse por normas legales como requisito previo al ejercicio de acciones judiciales), como en el momento final de la misma, ya que las partes no pueden ser obligadas a mantenerse en el proceso ni, sobre todo, a aceptar un determinado acuerdo: es esencial en la mediación que el acuerdo que ponga fin a la disputa sea libremente aceptado por las partes.

La mediación como medio extrajudicial de resolución de conflictos experimentó un fuerte desarrollo en Estados Unidos durante la segunda mitad del siglo XX, donde importantes conflictos fueron resueltos, con notable éxito, por esta vía.

En nuestro país la mediación viene utilizándose en determinados ámbitos, como el laboral, el de seguros y el familiar.

Precisamente en este último, numerosas Comunidades Autónomas han venido dictando leyes en materia de Mediación. Pueden citarse en este sentido la Ley del Parlamento de Galicia 4/2001, de 31 de mayo; La Ley del Parlamento de Cataluña 1/2001, de 15 de marzo (derogada por la Ley 15/2009, de 22 de julio); la Ley del Parlamento de Valencia 7/2001, de 26 de noviembre; la Ley del Parlamento de Canarias 15/2003, de 8 de

¹ M. L. CUENCA BURGOS, “Mediación en el ámbito mercantil: Una solución alternativa”, REFOR Revista.

abril; la Ley del Parlamento de Castilla-La Mancha 4/2005, de 24 de mayo; la Ley del Parlamento de Castilla y León 1/2006, de 6 de abril; la Ley del Parlamento de Madrid 1/2007, de 21 de febrero; la Ley del Parlamento de Asturias 3/2007, 23 de marzo; la Ley del Parlamento de País Vasco 1/2008, de 8 de febrero; y la Ley del Parlamento de Andalucía 1/2009, de 27 de febrero.

La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, por la que se regulan determinados aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, ha supuesto una modificación sustancial del tratamiento que de la mediación venía realizando nuestra legislación, pues aunque solo se refiere a conflictos transfronterizos, lo cierto es que con ocasión de su trasposición al Derecho español, la mediación se ha configurado como sistema de resolución de cualquier conflicto de carácter civil o mercantil y no sólo de las disputas surgidas en relación con determinados sectores del ordenamiento jurídico.

No obstante, no puede obviarse que, con anterioridad a la promulgación de la normativa estatal, dos Comunidades Autónomas habían dictado ya leyes reguladoras de la mediación con este carácter general, sobrepasando los límites de la mediación familiar. Se trata, en primer lugar, de la Comunidad Autónoma catalana que aprobó la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación de Derecho Privado de Cataluña; y, en segundo lugar, de la Comunidad Autónoma de Cantabria, que aprobó la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de Cantabria.

Por lo que se refiere a la legislación estatal, el primer proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 29 de abril de 2011 (en adelante el “Proyecto de Ley de 2011”), decayó como consecuencia de la disolución de las Cámaras el 26 de septiembre del pasado año.

Con fecha 3 de marzo de 2012, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo de 2012, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Este Real Decreto Ley incorpora al derecho español las disposiciones de la Directiva 2008/52/CE, antes citada, en lo relativo a la mediación en conflictos transfronterizos, pero además, tal como más arriba se señaló, regula con carácter general la mediación como sistema extrajudicial de resolución de conflictos en nuestro ordenamiento jurídico.

El presente informe no tiene por objeto un estudio exhaustivo de los distintos problemas que plantea la mediación extrajudicial² y su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico como medio de resolución de conflictos con carácter general³ Tampoco discutiremos aquí si el medio elegido para la incorporación a nuestro Derecho de la normativa comunitaria es o no adecuado⁴. Únicamente pretende abordar aquellos aspectos de esta incorporación que afectan al ejercicio de la Abogacía, ya sea porque se refieren directamente a la actividad de los Abogados como tales, ya sea por la relevancia que presentan para el ejercicio de la defensa de sus clientes.

II. LOS REQUISITOS DEL MEDIADOR

A. *Las personas jurídicas como mediadoras*

La primera cuestión que se plantea al abordar el estudio de la mediación es si el papel de mediador puede ser desarrollado por una persona jurídica.

² Conviene señalar en que el presente informe se refiere a la mediación extrajudicial, sin que se examinen los problemas que pueden plantearse en relación con la mediación intrajudicial, es decir, la mediación que se desarrolla en el seno de un proceso ya iniciado.

³ Tanto el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Proyecto de Ley de 2011, como el informe del Consejo de Estado sobre el mismo texto, contienen un detallado y completo estudio de estas cuestiones.

⁴ Es destacar, en relación a este tema, que la exposición de motivos del Real Decreto Ley justifica la utilización de este instrumento normativo por el transcurso del plazo para la trasposición de la tan citada Directiva 208/52/CE, lo que comporta “consecuencias negativas para los ciudadanos y para el Estado por el riesgo de ser sancionado por las instituciones de la Unión Europea”; justificación que, a nuestro juicio, no se ajusta a las exigencias de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el uso de la figura del Real Decreto Ley. Esta doctrina se resume y expone en la sentencias del indicado Tribunal 68/2007, de 28 de marzo, y 137/2011, de 14 de septiembre, que a su vez se remiten a la sentencia 6/1983, de 4 de febrero, la cual declaró que el fin que justifica la legislación de urgencia no es otro que subvenir a “situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las Leyes”. En el caso que nos ocupa no se alcanza a comprender las razones por las que la tramitación parlamentaria de una Ley con idéntico contenido, no hubiera sido suficiente para trasponer la citada Directiva.

La Directiva 2008/52/CE no se pronuncia sobre la cuestión, sin que nada en su texto impida que la función de mediador pueda ser desempeñada por una persona jurídica.

Por su parte, tanto la Ley catalana 15/2009, como la Ley cántabra 1/2011, reservan el papel de mediador a las personas físicas. Así el artículo 3.1 de la primera se refiere de forma expresa a las “*personas físicas*”. Por lo que se refiere a la norma de la Comunidad Autónoma de Cantabria, aunque no se recoge de forma expresa este requisito, es consecuencia de exigir a los mediadores el encontrarse en posesión de determinadas titulaciones académicas que, como tales, solo pueden obtenerse por personas físicas.

En cuanto a la legislación estatal, las primeras redacciones del Proyecto de Ley de 2011 admitían la posibilidad de que personas jurídicas actuaran como mediadoras, siempre que las personas naturales que actuaran en su nombre cumplieran los mismos requisitos y quedaran sujetos a los mismos deberes y responsabilidades que los que les hubieren sido exigibles en el caso de ejercer el cargo en su propio nombre y sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona jurídica. Contra esta posibilidad se pronunció el Consejo de Estado en su Informe sobre dicho Proyecto de Ley, señalando que la función del mediador, tal como era descrita en la exposición de motivos, solo podía ser desarrollada por una persona física.

El Real Decreto Ley 5/2012, ha venido a recoger esta postura, al señalar en su artículo 11 que podrán ser mediadores “*las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles*”.

Compartimos la posición defendida en su día por el Consejo de Estado e incorporada a la norma estatal.

Resulta de sobra conocido que las personas jurídicas, como personas “fictas” que son, carecen de la base psicológica necesaria para conocer y querer por sí mismas, es decir, para actuar en Derecho, por lo que requieren en todo caso actuar por medio de personas físicas o naturales, ya se encuentren éstas integradas en los órganos de la persona jurídica de que se trate, ya actúen como representantes de esa misma persona jurídica.

Esta forma de actuación de las personas jurídicas no plantea problema alguno cuando se trata del cumplimiento de obligaciones que no tienen carácter personalísimo, es decir, cuando se trata de obligaciones cuyo cumplimiento no haya de ser realizado precisamente por el obligado, en atención a sus cualidades personales: en estos casos puede actuar una persona física en nombre y por cuenta de la persona jurídica, dando cumplimiento a la obligación de esta forma.

Sin embargo, cuando nos encontramos ante una obligación personalísima, tal sistema de actuación no es posible: si la obligación es personalísima, nadie puede actuar en nombre de la persona jurídica y, en última instancia, la obligación no podría cumplirse.

Al trasladar estas ideas al campo de la mediación, la primera cuestión a dilucidar es si las obligaciones que al mediador corresponden como tal tienen o no carácter personalísimo o, lo que es lo mismo, si el mediador puede ser representado en el cumplimiento de tales obligaciones. A nuestro juicio esto no es posible: las funciones que corresponden al mediador persona física ha de desempeñarlas personalmente, pues en su desarrollo son esenciales las habilidades que solo personalmente puede utilizar. Naturalmente, es siempre posible pensar en la sustitución de un mediador por otro, pero en tal caso nos encontraríamos, a nuestro juicio, con un supuesto de novación de la obligación, de los previstos en el supuesto 2º del artículo 1203 del Código Civil; dicho con otras palabras, en este caso el verdadero mediador sería el sustituto, no el sustituido (o, al menos, nos encontraríamos ante un caso de pluralidad de mediadores).

Sentado lo anterior, la conclusión es clara: las personas jurídicas no pueden ser mediadoras en la medida en que las funciones propias del mediador han de ser desarrolladas personalmente por él mismo. Si una persona física actuara en el lugar de la persona jurídica, no nos encontraríamos ante un caso de representación de la persona jurídica, sino ante un supuesto de sustitución de ésta, de forma que el verdadero mediador sería la persona física (confirma esta interpretación el hecho de que en la redacciones del Proyecto de Ley de 2011 en que se admitía la actuación de personas jurídicas como mediadoras, se exigía que las personas físicas que actuaran en su nombre reunieran los requisitos exigidos a los mediadores, lo que es tanto como decir que el verdadero mediador sería la persona física, no la persona jurídica en nombre de la cual actuaría).

B. La formación del mediador

Limitada la función de mediador a las personas físicas, la siguiente cuestión que se plantea es la relativa a la formación del mediador y si éste ha de tener o no la condición de abogado o, al menos, de jurista.

La Ley catalana 15/2009, en su artículo 3.1, aborda este extremo, de la siguiente forma:

“1. Puede ejercer como mediador o mediadora, a los efectos de la presente Ley, la persona física que tiene un título universitario oficial y que acredita una formación

y una capacitación específicas en mediación, debidamente actualizadas de acuerdo con los requisitos establecidos reglamentariamente. Esta persona debe estar colegiada en el colegio profesional correspondiente, o debe pertenecer a una asociación profesional del ámbito de la mediación, acreditada por el departamento competente en materia de derecho civil, o debe prestar servicios como mediador o mediadora para la Administración”.

Por su parte, la Ley cántabra 1/2011, viene a establecer a este respecto lo siguiente:

“2. Para obtener dicha inscripción en el Registro de Personas Mediadoras será necesaria la acreditación de una licenciatura, diplomatura o grado en las siguientes materias: Derecho, Filosofía y Letras, Medicina, Psicología, Pedagogía o Psicopedagogía, Sociología o Ciencias de la Salud, Trabajo Social o Educación Social, Magisterio, Diplomado en Relaciones Laborales, Graduado Social Diplomado, Licenciado en Ciencias del Trabajo, Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos o la titulación que en el desarrollo reglamentario de esta Ley por el Gobierno de Cantabria se equipare a ellas por el contenido de su formación.

3. Además, será preciso acreditar la superación de un curso teórico-práctico de experto, máster o postgrado en mediación cuyo contenido y duración se determinarán reglamentariamente, en el que necesariamente se incluirá la formación jurídica necesaria para poder informar a las partes sobre la legalidad del acuerdo alcanzado en cada caso, así como módulos diferenciados jurídicos, psicológicos y de detección de violencia de género”.

Por su parte, el Proyecto de Ley de 2011, establecía en su artículo 12:

“Podrán ejercer la función de mediación prevista en esta ley las personas naturales que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Hallarse en el pleno disfrute de sus derechos civiles y carecer de antecedentes penales por delito doloso.*
- b) Estar en posesión de título oficial universitario o de educación profesional superior.*
- c) Tener suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente.*
- d) Figurar en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación”.*

Por último, el Real Decreto Ley 5/2012, en su artículo 11, viene a enumerar los requisitos que ha de reunir el mediador, de la siguiente forma:

“1. Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

2. El mediador deberá contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas. Esta formación específica proporcionará a los mediadores los necesarios conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación, a nivel tanto teórico como práctico.

3. El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga’.

Por lo tanto, ninguno de los textos establece como requisito preciso para ejercer la función de mediador el ser abogado o el tener la condición de jurista.

Esta circunstancia fue objeto de críticas en los informes al Proyecto de Ley de 2011 emitidos en su día por la Comisión General de Codificación y por el Consejo General del Poder Judicial.

Ciertamente, dado que la mediación se caracteriza por el carácter voluntario del acuerdo que ponga fin a la disputa, el papel principal del mediador es conseguir un acercamiento de las voluntades de las partes, para lo cual son relevantes habilidades más próximas a otras disciplinas académicas (como la psicología) que al Derecho⁵. Sin embargo, siendo cierto lo anterior, también lo es que:

- Existen titulaciones que no tienen relación alguna con la actividad mediadora (sin perjuicio de cuál sea la capacidad personal de los titulados).
- El hecho de estar en posesión de una titulación relacionada con las habilidades precisas para ser mediador, no supone necesariamente que la persona posea en la práctica esas habilidades.
- En todo caso el mediador precisa poseer los conocimientos jurídicos básicos necesarios para que sus propuestas y, sobre todo, el acuerdo de mediación, sea jurídicamente posible.

Partiendo de estos parámetros la postura más correcta sería la recogida en la Ley cántabra arriba transcrita parcialmente, es decir, enumerar en norma legal o reglamentaria, las concretas titulaciones que habilitan para el desarrollo de la actividad de mediador y, además, exigir que los mediadores reciban una formación específica antes del inicio de su actividad, en la que deberían incluirse los conocimientos jurídicos precisos para ello.

No obstante esta solución choca con la actual regulación sobre la creación y homologación de los títulos universitarios. En efecto, en la actualidad los títulos universitarios (que son títulos académicos), son creados por

⁵ Indicaremos, no obstante, que la función de mediación ha sido tradicionalmente reconocida como parte de las actividades que desarrollan los abogados. En este sentido véase la STS, Sala Segunda, de 10 de noviembre de 1990; o la segunda acepción de la definición de abogado del diccionario de la RAE.

las Universidades; es decir, corresponde a las Universidades determinar el correspondiente plan de estudios y el nombre del título en cuestión. La propuesta de una Universidad relativa a un nuevo título académico, ha de ser autorizada por la correspondiente Comunidad Autónoma y verificada por el Consejo de Universidades, quién lo hace por medio de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) o los órganos de evaluación establecidos en la legislación de las Comunidades Autónomas. Posteriormente el Gobierno establece el carácter oficial del título y ordena su inscripción en el Registro de universidades, centros y títulos (véase en este sentido el artículo 35 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, modificado por la Ley orgánica 4/2007, de 12 de abril y los artículos 24 y 25 del real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, modificado por Real Decreto 861/2010, de 2 de julio). Solo en el caso de las profesiones reguladas, el Gobierno, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, establece con carácter previo las condiciones a los que deberán adecuarse los correspondientes planes de estudio (véase el artículo 12.9 del Decreto 1393/2007), para, a continuación, seguirse el mismo procedimiento.

A la vista de este marco normativo la enumeración en una norma legal o reglamentaria de las titulaciones académicas que permiten en el ejercicio de una actividad resulta, en la práctica, imposible, pues continuamente se están creando por las distintas Universidades titulaciones respecto de las cuales sería necesario considerar su inclusión en dicha relación; es más, las modificaciones en los planes de estudio de las titulaciones existentes exigirían reconsiderar si el título se mantiene o no en la relación recogida en la norma.

Tampoco parece factible considerar la actividad de mediación como una faceta de una o varias profesiones reguladas, lo que justificaría que por el Gobierno, a la hora de establecer las condiciones a las que deberán adecuarse los planes de estudio de los correspondientes títulos académicos habilitantes, se exigiera que se incluyera en todo caso la formación precisa para el desarrollo de la mediación. Y ello porque la mediación vendría a convertirse en una actividad que formaría parte esencial del contenido de profesiones actualmente existentes y que no la incluyen como tal.

Por último, tampoco parece posible constituir la mediación como una profesión regulada: además de que la actividad mediadora no parece tener entidad suficiente por sí misma para constituir una profesión regulada, su constitución iría en contra de la actual tendencia de liberalización de la

prestación de servicios (y que se refleja en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre prestación de servicios).

Puestas así las cosas, la solución que parece más acertada es la utilizada por la Ley 15/2009 de la Comunidad Autónoma Catalana, es decir, exigir que el mediador, además de encontrarse en posesión de un título universitario oficial, acredite una formación y capacitación específica en materia de mediación (solución propugnada tanto por el Consejo General del Poder Judicial como por el Consejo de Estado en sus informes al Anteproyecto de Ley).

Por su parte, el Real Decreto Ley 5/2012 ha supuesto una importante modificación del anterior Proyecto de Ley de 2011 sobre la materia. Por una parte se ha eliminado el requisito de estar en posesión de un título oficial universitario o de educación profesional superior, supresión que no compartimos; por otra, se introduce de forma expresa la necesidad de contar con formación específica para ejercer la mediación, que consistirá en *“uno o varios cursos impartidos por instituciones debidamente acreditadas”*.

Es de destacar cómo la necesidad de una adecuada formación inicial de los mediadores se recogía ya de forma expresa en el artículo 13 del Proyecto de Ley de 2011 que, con una redacción semejante a la del artículo 12 del vigente Real Decreto Ley, imponía a las Administraciones Públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, fomentar la adecuada formación inicial y continua de los mediadores.

En definitiva, la redacción del artículo 11 del Real Decreto Ley viene a exigir la acreditación de haber recibido esa formación inicial. Esta previsión, a nuestro juicio, no resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 5 de la 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre prestación de servicios, en la medida en que no se configura como una autorización previa para el ejercicio de la actividad de mediación, sino como un requisito para que los acuerdos de mediación alcanzados con su intervención tengan los efectos procesales que la norma establece.

Por lo que se refiere a la duración y contenido de los cursos, el ya transcrito artículo 11.2 es completado por el apartado 2 de la disposición final quinta del Real Decreto Ley, que atribuye al Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, la competencia para determinar la duración y contenido mínimo del curso o cursos que habrán de realizar los mediadores para actuar como tales, así como la formación continua que deban recibir.

Ahora bien, debe indicarse que los cursos para la formación inicial de los mediadores no han de tener, necesariamente, una gran extensión. En general, estos cursos deberán ceñirse a aquellos aspectos que se encuen-

tren fuera del ámbito propio de las competencias que correspondan a los títulos académicos o experiencia profesional que posean los participantes en aquéllos (en el caso de que los participantes sean abogados, resultará innecesario incluir en el curso conocimientos jurídicos que ya son poseídos por los destinatarios de las enseñanzas). Por esta razón, pueden ser cursos relativamente cortos. En definitiva, la determinación de la duración mínima y contenido de estos cursos no debería establecerse de forma unitaria para todos aquellos que deseen desarrollar la mediación con los efectos previstos en el nuevo Real Decreto Ley, sino que debería atender a la formación y conocimientos previos de que dispusieran dichas personas. En este sentido, los cursos deberán ser especialmente extensos y completos cuando los participantes en los mismos no posean ningún título universitario o profesional superior.

En el concreto caso de los abogados, la formación inicial para el desarrollo de la actividad de mediación puede incluirse en los cursos de formación previstos en el artículo 2.2 de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, de acceso a profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales. Según establece el mismo artículo, estos cursos (ya sean impartidos por universidades públicas o privadas o por escuelas de práctica jurídica) han de estar acreditados conjuntamente por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Educación y Ciencia. Por lo tanto, en el caso de que se incluyera en el mismo la enseñanza de las competencias y habilidades precisas para el desarrollo de la actividad de mediación, no habría inconveniente alguno para que, primero, las entidades que imparten estos cursos sean acreditadas a los efectos de lo previsto en el artículo 11.2 del nuevo Real Decreto Ley; y para que, segundo, la superación del curso fuera suficiente a los efectos del ejercicio de la actividad de mediación con los efectos procesales correspondientes.

C. El supuesto de la pluralidad de mediadores

Un supuesto que debe ser objeto de una especial consideración es aquel en que existe una pluralidad de mediadores, al que se refiere el artículo 18 del Real Decreto Ley. Normalmente estos supuestos de pluralidad de mediadores se darán en relación a los conflictos más complejos, complejidad que se trasladará al aspecto jurídico de la controversia y al acuerdo de mediación que refleje la solución acordada por las partes. Pues bien, para estos casos sí se debería considerar la conveniencia de exigir que al menos uno de los mediadores tenga la consideración de abogado o jurista (de forma semejante a la en que el artículo 15.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, exige que en los casos en que el arbitraje se haya

de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista).

D. El requisito de la inscripción en el Registro de mediadores

El Proyecto de Ley de 2011, establecía como requisito para el desarrollo de la actividad de mediación, que el mediador se incorporara al Registro de mediadores e instituciones de mediación. Este requisito desaparece del articulado del Real Decreto Ley 5/2012, pero la disposición final quinta, en su apartado 1, viene a establecer:

“El Gobierno, a iniciativa del Ministro de Justicia, podrá prever reglamentariamente los instrumentos que se consideren necesarios para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en este real decreto-ley a los mediadores y a las instituciones de mediación, así como de su publicidad. Estos instrumentos podrán incluir la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros de mediación de las Comunidades Autónomas, y en el que en atención al incumplimiento de los requisitos previstos en este real decreto-ley se podrá dar de baja a un mediador”.

En definitiva, es de prever que el desarrollo reglamentario del Real Decreto Ley venga a establecer en la práctica, como requisito para el ejercicio de la actividad de mediador, el encontrarse inscrito en el Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación.

E. La incorporación obligatoria del mediador a un Colegio Profesional o Asociación Profesional

También es sumamente interesante la cuestión de si el mediador ha de encontrarse incorporado al correspondiente Colegio Oficial. En relación a este punto, el antes transcrito artículo 3.1 de la Ley 15/2009 de la Comunidad Autónoma catalana, exige que el mediador se encuentre colegiado en el colegio profesional correspondiente o pertenezca “a una asociación profesional del ámbito de la mediación, acreditada por el departamento competente en materia de derecho civil” o preste servicios como mediador o mediadora para la Administración.

No compartimos esta solución.

Si se considera que la actividad mediadora no forma parte de la actividad propia de la profesión de que se trate, no ha lugar a exigir la colegia-

ción en el correspondiente Colegio Profesional (por ejemplo, si se considera que la mediación no forma parte de la actividad profesional de los arquitectos, no podrá exigirse al Licenciado en Arquitectura su colegiación en el Colegio Oficial de Arquitectos para actuar como mediador). Por otra parte, respecto de los profesionales para cuyo ejercicio como tales no sea precisa la colegiación obligatoria, carecería de sentido exigirla a los solos efectos de actuar como mediadores.

Tampoco tiene una clara explicación la obligación de pertenecer a una asociación profesional del ámbito de la mediación acreditada por la Administración de la Generalidad de Cataluña. En principio, parece que este supuesto se refiere a los profesionales que en la actualidad no disponen de un Colegio Profesional al que puedan incorporarse. Pues bien, si ello es así nos encontramos en la misma situación de los profesionales a los que no se les exige la colegiación para el ejercicio de su profesión: carece de sentido que para el ejercicio de la mediación se les exija la incorporación a una Asociación Profesional que, como tal, tiene una base estrictamente privada y no participa en modo alguno en el ejercicio de funciones públicas. Adicionalmente, no se llega a comprender muy bien el requisito de la “acreditación” por parte de la Administración catalana: las asociaciones profesionales son manifestación del derecho fundamental de asociación, sin que exista una clara justificación de las razones por las que la Administración puede acreditar a unas y no a otras a efectos de permitir a sus asociados el desarrollo de la actividad mediadora.

Por último, la referencia a los mediadores que actúen como tales para la Administración, aunque aparece redactada como una tercera situación, semejante a las dos anteriores, en realidad constituye una excepción a la obligación de colegiación o pertenencia a una Asociación Profesional acreditada. En efecto, esta previsión tiene como efecto exonerar de este requisito a los mediadores incorporados a los servicios de mediación de las Administraciones Públicas (de forma semejante a la situación de los Abogados del Estado, que no precisan estar colegiados para actuar como Abogados a favor de la Administración General del Estado). Pues bien, el hecho de que estos mediadores no estén obligados a la colegiación o a la pertenencia a una asociación, refuerza nuestra opinión de que este requisito no debe ser exigido a los restantes mediadores.

Por todo ello, compartimos la posición adoptada por el Real Decreto Ley 5/2012, cuando no impone de forma obligatoria esta colegiación o incorporación a asociaciones profesionales.

III. LOS ABOGADOS EN LA MEDIACIÓN

Cuestión distinta de la formación de los mediadores es la de la participación de los Abogados en los procesos de mediación. En efecto, sin perjuicio de que la mediación busca la resolución del conflicto mediante el acuerdo de los interesados, no por ello ese conflicto dejará de tener una dimensión jurídica, por lo que tiene plena justificación la intervención de los Abogados en el proceso de formación del acuerdo.

En relación con este tema podemos distinguir varios aspectos.

A. El asesoramiento a los interesados y su representación

El primer aspecto donde es más evidente la posible intervención de los Abogados en la mediación, es en su papel de asesores de las partes interesadas en ésta.

El hecho de que en la mediación la solución a la controversia se busque mediante un acuerdo entre las partes interesadas, no significa que éstas no deban contar con una información exacta de cuál es su situación jurídica, sus derechos y sus obligaciones, los ámbitos de incertidumbre que afectan a los mismos y la entidad de las cesiones que hipotéticamente puedan conceder a efectos de llegar a un acuerdo. Solo con este conocimiento las partes podrán llegar a un acuerdo justo y que ninguna de ellas pueda, posteriormente, llegar al convencimiento de que el acuerdo es perjudicial para su posición.

La Ley 15/2009 de la Comunidad Autónoma catalana, expresamente se refiere a esta intervención de los Abogados en la mediación, al señalar en su artículo 15.3:

“La persona mediadora debe informar a las partes de la conveniencia de recibir asesoramiento jurídico durante la mediación”.

A nuestro juicio tal asesoramiento jurídico forma parte de la actividad profesional de los Abogados, de conformidad con lo establecido en el artículo 542.3 de la Ley orgánica del Poder Judicial, por lo que solo podrá ser prestado por los mismos.

Aunque el Proyecto de Ley de 2011 no contenía previsión alguna en relación a este tema, el Real Decreto Ley 5/2012 señala en su artículo 13.1 lo siguiente:

“El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes”.

Parece evidente que entre el asesoramiento que pueden recibir las partes se encuentra el asesoramiento jurídico. Es más, lo normal es que éste sea el asesoramiento más relevante, por lo que hubiera sido preferible que el texto del Real Decreto Ley se hubiera referido expresamente al mismo.

Admitida la posibilidad de que las partes cuenten con asesoramiento jurídico en el curso de la mediación, se plantea con carácter inmediato la cuestión de cuál ha de ser la intervención de los Abogados en la misma. En principio, ningún obstáculo existe para que un Abogado pueda asumir la representación de una de las partes interesadas en la mediación con la extensión que dicha parte considere conveniente. Es más, dado que una de las características de la mediación es la de la flexibilidad del procedimiento y que éste se encuentra a disposición de las partes interesadas, ningún inconveniente se deriva de la naturaleza de la institución que nos ocupa. Por lo tanto, es perfectamente posible que los Abogados que asesoren a las partes intervengan de forma activa en la mediación, acudiendo a las reuniones con el mediador en compañía de sus clientes o en solitario, en representación de aquél.

En consecuencia con lo anterior, hemos de manifestar nuestro desacuerdo con el contenido del artículo 8 de la Ley catalana 15/2009, que impone la presencia de las partes en las reuniones con el mediador, prohibiendo expresamente los representantes o intermediarios. De forma más moderada, el artículo 12 de la Ley cántabra 1/2011 exige la presencia de los interesados cuando el conflicto afecte a derechos personalísimos, aunque tampoco compartimos en este caso la necesidad de la presencia de las partes. Es más, en muchas ocasiones esta presencia puede llegar a suponer un obstáculo para la resolución del problema, siendo más conveniente que las negociaciones se desarrollen entre personas que, por no encontrarse directamente afectadas por el conflicto, mantengan una disposición más abierta al diálogo y al acuerdo. En resumen, consideramos más acertado el texto del Real Decreto Ley 5/2012, que no establece limitación alguna a la posible representación de las partes por otras personas.

B. El asesoramiento al mediador

La trascendencia jurídica que la mediación tiene y la importancia de los aspectos jurídicos en el acuerdo de mediación, hacen conveniente que se

prevea la posibilidad de que el mediador pueda solicitar y recibir asesoramiento jurídico.

Esta conveniencia es evidente en aquellos casos en los que el mediador no sea jurista pues, aunque en su formación inicial haya recibido las nociones jurídicas básicas sobre el instituto de la mediación y sus límites, la complejidad del actual sistema normativo puede hacer aconsejable un asesoramiento jurídico sobre aspectos más concretos del conflicto sometido a su mediación y sobre el contenido de la legislación aplicable al caso. Es más, esta conveniencia o necesidad puede aparecer incluso en los casos en que el mediador sea abogado: piénsese en este sentido en la conveniencia de conocer exactamente el coste fiscal aparejado a una determinada solución convencional al conflicto objeto de la mediación, para lo que será preciso acudir a un abogado especializado en materias tributarias.

Además, el mediador puede requerir asesoramiento jurídico a la hora de examinar el acuerdo de mediación que le sea presentado por las partes para su firma.

El Real Decreto Ley 5/2012, no contiene previsión alguna en este sentido. En principio esta omisión no tiene por qué impedir que el mediador recabe y obtenga el asesoramiento que en cada caso precise, pero parece más acertada la previsión contenida en el artículo 3.2 de la Ley 15/2009 de la Comunidad Autónoma Catalana, que expresamente contempla la posibilidad de que el mediador cuente con la colaboración de “*técnicos para que intervengan como expertos*”, entre los que se podrá incluir a Abogados.

C. La redacción del acuerdo de mediación

Una de las figuras más importantes de la regulación contenida en el Real Decreto Ley 5/2012, es la del acuerdo de mediación al que se refiere su artículo 23, configurándolo como el documento en que se recogen los datos esenciales del procedimiento de mediación y las obligaciones asumidas por cada una de las partes. Este acuerdo tiene una especial trascendencia jurídica por los importantes efectos que a al mismo se adjudican, siendo de destacar, en este sentido, la posibilidad de que adquiera carácter de título ejecutivo de conformidad con lo establecido en los artículos 23.3 y 25 del Real Decreto Ley (sobre esta cuestión volveremos más adelante).

Ahora bien, la importancia de este documento hace, no ya aconsejable, sino absolutamente necesario que en su redacción intervenga un abogado (o al menos un jurista con formación suficiente), a fin de asegurar en la medida de lo posible que su contenido es correcto desde el punto de vista

jurídico y que el acuerdo alcanzado y reflejado en el documento es válido en Derecho. Sin embargo, ninguna previsión contiene el Real Decreto Ley sobre este extremo, lo que contrasta vivamente con el artículo 15.3 de la Ley de la Comunidad Autónoma Catalana, según el cual:

“La persona mediadora debe informar a las partes de la conveniencia de recibir asesoramiento jurídico durante la mediación y de la necesidad de la intervención de un abogado o abogada designado libremente para redactar el convenio o el documento jurídico adecuado, sobre la base del resultado de la mediación. En los casos en que sea procedente, el abogado o abogada puede ser el que corresponda según el turno de oficio, a solicitud de las personas interesadas”.

Es de destacar como el precepto, que solo se refiere a la conveniencia de recibir asesoramiento jurídico, de forma expresa habla de la “necesidad” de que el acuerdo sea redactado por un abogado. Esta necesidad es la que justifica que los interesados en el proceso de mediación puedan solicitar la intervención de un abogado del turno de oficio, previsión que no tendría sentido si la redacción del acuerdo de mediación pudiera ser realizada por cualquier persona.

A nuestro juicio hubiera sido conveniente que la norma estatal contuviera una disposición semejante.

D. La mediación y el turno de oficio

La configuración de la mediación como un sistema alternativo de resolución de conflictos en el que pueden y deben intervenir los abogados, plantea de forma inmediata la necesidad de considerar la aplicabilidad a la mediación del beneficio de justicia gratuita y, por consiguiente, del derecho a recibir asistencia jurídica gratuita por un abogado designado según el turno de oficio.

Es de destacar en este sentido la previsión contenida en el artículo 15.3 de la Ley catalana 15/2009, que tras establecer la necesidad de que el acuerdo de mediación sea redactado por un abogado, indica que, en los casos en que sea procedente, tal abogado podrá ser el que corresponda según el turno de oficio a solicitud de las personas interesadas.

En nuestra opinión, si la legislación estatal hubiera seguido el mismo sistema y, según lo más arriba propugnado, hubiera establecido que el acuerdo de mediación debería ser redactado en todo caso por un abogado, hubiese debido preverse de forma expresa que, para tal labor, podrían haber sido designados los abogados del turno de oficio, siempre que los

interesados reunieran las condiciones precisas para gozar del beneficio de justicia gratuita.

Pero aún no siendo así, este derecho a la asistencia jurídica gratuita debería extenderse al asesoramiento en el curso de la mediación. Esta labor podría entenderse incluida en la previsión del artículo 6.1 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que extiende ésta al *“asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, cuando **tengan por objeto evitar el conflicto procesal**, o analizar la viabilidad de su pretensión”*. Esta interpretación parece ser la apuntada en el apartado 2 de la disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 5/2012, cuando señala:

“Las Administraciones Públicas competentes procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previsto en el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en la medida que permita reducir tanto la litigiosidad como sus costes”.

Sin embargo, el simple hecho de que este precepto autorice a las Administraciones Públicas a incluir la mediación dentro de los servicios de asistencia jurídica gratuita, pone de manifiesto que, en la actualidad, el asesoramiento en el curso de la mediación no está incluido en dicho servicio. Hubiera sido preferible una declaración expresa en sentido contrario, es decir, extendiendo a la mediación el beneficio de justicia gratuita y fijando el concreto alcance del mismo en este campo.

IV. LAS INSTITUCIONES DE MEDIACIÓN

El Real Decreto Ley 5/2012 se refiere a las instituciones de mediación en su artículo 5, con las siguientes palabras:

“1. Tienen la consideración de instituciones de mediación las entidades públicas o privadas y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y organización de la misma, incluida la designación de mediadores. Deberán garantizar la transparencia en la designación de mediadores y asumirán subsidiariamente la responsabilidad derivada de su actuación. Si entre sus fines figurase también el arbitraje adoptarán las medidas para asegurar la incompatibilidad entre ambas actividades”.

La Ley 1/2011, de la Comunidad Autónoma de Cantabria, no contempla esta figura, pero dedica su artículo 17 a las *“funciones de los colegios y asociaciones profesionales, organizaciones y entidades sociales”*. Estas funciones

son análogas a las que el Proyecto de Ley asignaba a las instituciones de mediación.

Por su parte la Ley 15/2009 de la Comunidad Autónoma de Cataluña regula, en sus artículos 20 y 21 el “Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña” al que atribuye, no solo el ejercicio de las competencias administrativas en relación con la mediación, sino también funciones en relación con concretos procedimientos de mediación. Además, el artículo 22 enumera las funciones de los Colegios Profesionales en materia de mediación y el artículo 23 reconoce la capacidad de las Administraciones locales y otras entidades públicas para establecer actividades y servicios de mediación en el ámbito de sus competencias. La Ley catalana no contiene más referencia a entidades o iniciativas puramente privadas en el ámbito de la mediación, que la mención que se realiza en la letra b) de su artículo 21.

Pues bien, dado que con toda seguridad existirán entidades privadas que incluyan entre sus fines el impulso de la mediación, hubiera sido lo más conveniente abordar su regulación, fijando de forma clara cuáles son las funciones que pueden o deben desarrollar y las condiciones en que tal desarrollo ha de producirse. A nuestro juicio, dichas funciones deben ser las siguientes:

A. Impartir los cursos de formación de mediadores

Esta función tiene una especial importancia en la medida en que el artículo 11.2 del Real Decreto Ley exige a los mediadores, como requisito para el ejercicio de esta función, haber recibido una formación específica en esta materia.

Por supuesto, el hecho de que las instituciones de mediación impartan los cursos correspondientes a esta formación, no impide que existan otras entidades, públicas o privadas, que impartan cursos semejantes; pero debería reconocerse de forma expresa que la formación impartida por estas instituciones puede ser suficiente para dar acceso al ejercicio de la actividad de mediación. Dicho con otras palabras: debería reflejarse en la norma que las instituciones de mediación pueden ser acreditadas a los efectos de lo dispuesto en el artículo 11.2 del Real Decreto Ley.

B. Designación de mediadores

También es una función a la que están llamadas claramente las instituciones de mediación, la de facilitar la mediación, mediante la designación de mediadores. Esta labor ha de entenderse directamente vinculada con la llevanza de Registros de Mediadores vinculados a la correspondiente entidad, que pueden ser consultados por las personas interesadas en acudir a esta forma de resolución de conflictos. Adicionalmente, las instituciones de mediación han de poder designar ellas mismas el mediador en aquellos casos en que las partes así lo soliciten.

C. Gestión de la mediación

Consecuencia lógica de lo anterior, es la función que deben desarrollar estas instituciones en apoyo del desarrollo de la mediación o gestión de la mediación. Este apoyo puede manifestarse en múltiples facetas, que van desde la habilitación de los locales precisos para el desarrollo de las reuniones del mediador con los interesados, hasta el archivo y custodia de las actas en que se refleje el contenido de dichas actuaciones, pasando por prestar al mediador la asistencia material de todo tipo que precise para el desarrollo de su labor.

D. Asesoramiento a los mediadores

Dentro de la labor de gestión de la mediación, puede incluirse el asesoramiento al mediador en aquellos aspectos en que así lo necesite. En este sentido, las instituciones de mediación pueden ocuparse de mantener listas de expertos que puedan colaborar con los mediadores en el desarrollo de su labor, en los términos previstos en el artículo 3.2 de la Ley Catalana 15/2009 al que antes hicimos referencia.

Por supuesto, dentro de estos expertos pueden y deben incluirse abogados o juristas capaces de asesorar a los mediadores que no reúnan esta condición o, incluso, a los que siéndolo necesiten un apoyo especializado en determinados sectores del ordenamiento jurídico.

E. Redacción del acuerdo de mediación

Por último las instituciones de mediación pueden desarrollar un importante papel a la hora de la redacción de los acuerdos de mediación, en

especial los relativos a las mediaciones que han sido realizadas con el apoyo de la respectiva institución. A estos efectos las instituciones de mediación podrían organizar los servicios capaces de redactar dichos acuerdos, servicios que, en nuestra opinión, deberían estar integrados por abogados, según lo expuesto más arriba.

V. RÉGIMEN SANCIONADOR Y RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIADORES

Tanto la Ley de la 15/2009 de la Comunidad Autónoma Catalana como la Ley 1/2011 de la Comunidad Autónoma de Cantabria, incluyen un régimen sancionador aplicable a los mediadores en caso de que éstos incumplan las obligaciones contenidas en las respectivas normas (en este sentido es de destacar que, aunque el artículo 44 de la Ley cántabra 1/2011 se refiere no solo a las personas mediadoras, sino también a las partes en la mediación, a la hora de tipificar las infracciones las actuaciones descritas sólo pueden ser realizadas por las primeras).

Las infracciones tipificadas en ambas normas son sustancialmente las mismas, calificándose en ambos casos como infracciones leves, graves y muy graves. En cuanto a las sanciones, coinciden también sustancialmente, consistiendo en la amonestación, la suspensión temporal de la capacidad de actuar como mediador durante periodos de tiempo variables y, como sanción más grave, la baja definitiva en el correspondiente Registro de mediadores.

Sí se diferencian ambas normativas sobre la entidad competente para la tramitación del procedimiento de infracción e imposición de las sanciones que en su caso correspondan. En la Ley de la Comunidad Autónoma de Cantabria, estas competencias corresponden a la Administración de la Comunidad Autónoma en todo caso. En la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña, la competencia corresponderá, en el caso de que el mediador se encuentre colegiado, al correspondiente Colegio Profesional; en el caso en que pertenezca a una Asociación Profesional, a la Administración de la Comunidad Autónoma; y en caso de mediadores que presten sus servicios a una Administración Pública, a ésta última.

Frente a ello, el Real Decreto Ley 5/2012 no contiene régimen sancionador de ningún tipo. En la Memoria del Análisis del Impacto Normativo del Proyecto de Ley de 2011, elaborada en su día por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, se hace expresa referencia tanto a los re-

gímenes sancionadores establecidos en las normativas autonómicas, como a la ausencia de un régimen semejante en el proyecto de la norma estatal, añadiendo que se ha optado por la remisión a los códigos de conducta que determinarán *“las normas deontológicas y las consecuencias de su incumplimiento”*. Esta opción se reflejaba en el artículo 13 del Proyecto, que establecía la obligación de las Administraciones Públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, de fomentar *“la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquellos [de los mediadores] y de las instituciones de mediación a tales códigos”*. Previsiones que en el texto del Real Decreto Ley aparecen en su artículo 12.

A nuestro juicio la postura correcta es la reflejada en la norma estatal.

La relación que surge en el proceso de mediación, es una relación jurídica que vincula en exclusiva al mediador con las partes interesadas en la mediación. En virtud de esa relación jurídica, el mediador se compromete a desplegar su actividad con la finalidad de que las partes lleguen a un acuerdo que resuelva la situación de conflicto en la que se encuentran; y las partes se comprometen a satisfacer al mediador una retribución económica en qué consisten sus honorarios. En el caso de que la mediación sea gestionada por una institución de mediación, la relación jurídica incluirá a esta institución, que vendrá obligada a desarrollar una actividad de apoyo a la mediación y tendrá derecho a percibir las tarifas o retribuciones que tenga establecidas. Pero la Administración Pública, salvo los casos en que actúe con el carácter de institución de mediación, es del todo ajena a esa relación jurídica.

Los códigos de conducta a los que hace referencia el artículo 12 del Real Decreto Ley, no supondrán una alteración sustancial de la situación descrita. Tales códigos de conducta tendrán, en todo caso, carácter voluntario (como el propio artículo recuerda), por lo que la vinculación del mediador a los mismos surgirá siempre de una libre decisión de su voluntad; pero es que, además, estos códigos incluirán las normas de conducta a las que los mediadores habrán de ajustar su actuación, pero en ningún caso podrán contener sanciones a imponer a los incumplidores, dada su naturaleza de simples textos no imperativos y de adhesión voluntaria.

Estas dificultades no pueden ser resueltas acudiendo a la potestad disciplinaria de los Colegios Profesionales a los que, en su caso, se encuentren incorporados los mediadores. Por una parte, esta solución crearía situaciones discriminatorias, en la medida en que los mediadores colegiados se encontrarían sujetos a un régimen sancionador, mientras que no lo estarían los mediadores no colegiados. Pero es que, además, resulta sumamen-

te dudoso que los Colegios Profesionales puedan ejercer sus potestades sancionadoras en relación con actuaciones de sus colegiados ajenas a su actividad profesional. En efecto, debe tenerse presente que las potestades de los Colegios profesionales se fundamentan en su potestad para ordenar el ejercicio profesional. En tal sentido se pronuncia la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1991 (RJ 1991\7753), que señala:

*“Frente a tal razonar cabe sostener que la Ley de Colegios Profesionales de 13-2-1974, modificada por la Ley de 26-12-1978, presta habilitación suficiente a los Colegios para determinar limitaciones deontológicas a la libertad de ejercicio profesional de los colegiados. **En efecto el artículo 1.3.º de la Ley enuncia como fin esencial de los Colegios «la ordenación del ejercicio de las profesiones»**; cometido general que se concreta en el artículo 5 apartados i) y k) al atribuir a cada Colegio en el ámbito de su competencia la facultad de ordenación de la actividad profesional de los Colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercitar la potestad disciplinaria en el orden profesional y colegial, así como impedir la competencia desleal entre los colegiados. Asimismo se les habilita, apartado T, para hacer cumplir a los colegiados, tanto el ordenamiento jurídico general que les afecta como las normas y decisiones adoptadas por los órganos colegiados en materia de su competencia. Así pues de este conjunto normativo se derivan importantes principios que estructuran el régimen jurídico propio de las profesiones colegiadas, y así los Colegios pueden conceptuarse como corporaciones de derecho público reconocidas por la Constitución (art. 36) [tal como reconoce la doctrina del Tribunal Constitucional, Sentencias de 20-2-1984, 13-12-1985, etc.] y dotados de potestad normativa para la ordenación del ejercicio de las profesiones, si bien tales normas revisten la naturaleza de normas reglamentarias materiales incardinadas a la propia Ley de Colegios bien directamente o a través de los respectivos Estatutos generales”.*

Pues bien, dado que como ya indicamos, la actividad de mediación no forma parte del ejercicio de la profesión (en otro caso la colegiación sería obligatoria), no parece posible que el Colegio Profesional aplique su potestad sancionadora en relación con tales actuaciones (piénsese en el caso de un mediador incorporado a un Colegio de Ingenieros Industriales: difícilmente puede admitirse que la actividad mediadora tiene relación con la actividad profesional de Ingeniero).

Por otro lado, el hecho de que las legislaciones de las Comunidades Autónomas contemplen regímenes sancionadores y la legislación estatal no, plantea el problema de cuáles serán los efectos que se derivarán de la imposición de una sanción a un mediador en aplicación de aquéllas, en relación con el ejercicio de la actividad de mediación al amparo de ésta. A nuestro juicio la suspensión temporal de la capacidad para ser mediador o incluso la baja definitiva del registro de mediadores de una Comunidad

Autónoma, impuestas como sanción, no producirían efectos en la capacidad del mediador para seguir desarrollando esta función al amparo de lo establecido en la Ley estatal.

En efecto, entre los requisitos que el artículo 11 del Real Decreto Ley exige para poder actuar como mediador, no se encuentra el no haber sido sancionado por una Comunidad Autónoma. En consecuencia, el mediador suspendido por sanción impuesta por una Comunidad Autónoma podrá seguir desarrollando esta labor al amparo directo de la norma estatal.

Por otra parte, los hipotéticos incumplimientos de sus obligaciones por parte del mediador darán lugar a la responsabilidad del mismo, en los términos previstos en el artículo 14 del Real Decreto Ley 5/2012. Es de destacar, en relación con este precepto, que la responsabilidad de los mediadores se circunscribe a los daños y perjuicios que causen por mala fe, temeridad o dolo, equiparándose de esta forma al sistema de responsabilidad establecido para los árbitros en el artículo 21 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, sistema que ha sido elogiosamente enjuiciado por la jurisprudencia como pieza esencial para el desenvolvimiento de este tipo de sistemas de solución de disputas.

Adicionalmente, la responsabilidad del mediador se completa por la responsabilidad de la Institución de Mediación que en su caso haya intervenido. En relación con este punto conviene destacar que aunque el artículo 5.1 del Real Decreto Ley define la responsabilidad de las instituciones de mediación como subsidiaria⁶, el artículo 14 del mismo texto concede al perjudicado acción directa también contra la institución de mediación, “*con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores*”, de forma análoga a la establecida para las instituciones arbitrales a las que se les encomiende el arbitraje, en el ya citado artículo 21 de la Ley 60/2003.

En resumen, es innecesario que la Administración asuma el papel de garante del cumplimiento de las obligaciones de los mediadores.

VI. LOS SUPUESTOS DE MEDIACIÓN OBLIGATORIA

Una de las cuestiones que suscitó mayor polémica en torno al Proyecto de Ley de 2011, fue el relativo a la existencia de supuestos en los que la

⁶ A diferencia del Proyecto de Ley de 2011, que la calificaba de solidaria.

mediación (o mejor dicho, el intento de mediación) se configuraba con carácter obligatorio, de tal forma que aparecía como un requisito para el acceso a la jurisdicción.

A esta posibilidad se refería con carácter general el artículo 7.1 del Proyecto, cuando señalaba:

“La mediación es voluntaria, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea la legislación procesal”.

Por su parte el número 10 de la disposición final cuarta del Proyecto de Ley de 2011, relativo a la modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LECv), establecía un supuesto de mediación obligatoria, al introducir un nuevo apartado 3 en el artículo 437 de esta norma, con el siguiente tenor literal:

“En los juicios verbales a los que alude el apartado 2 del artículo 250 que consistan en una reclamación de cantidad, no se refieran a alguna de las materias previstas en el apartado 1 del mismo artículo y no se trate de una materia de consumo, será obligatorio el intento de mediación de las partes en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda”.

Como consecuencia de lo anterior, el número 11 de la misma disposición final introducía un nuevo número 2 en el artículo 439 de la LECv, a fin de exigir que las demandas relativas a los casos del apartado 2 del artículo 250 fueran acompañadas por el acta u otro documento acreditativo del intento de mediación.

Pues bien, esta previsión fue criticada por el Consejo General del Poder Judicial en su informe al Anteproyecto de Ley, poniendo de manifiesto que suponía la restauración del sistema de la conciliación previa, prevista en el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y que fue suprimida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, a la vista de sus poco satisfactorios resultados. Análoga crítica ha sido formulada por algunos autores⁷.

Por su parte, el Consejo de Estado recogió en su informe las críticas del Consejo General del Poder Judicial y, si bien no llega a pronunciarse de forma taxativa contra la obligatoriedad del intento de mediación, sí destacó que lo que es preciso para que la mediación se convierta en un verdadero sistema alternativo de resolución de conflictos, es que sea percibida, no como una carga, sino como un sistema simplificado y de bajo coste, tal

⁷ A. DE LA OLIVA SANTOS, “Mediación y Justicia: síntomas patológicos”, *Otrosí*, núm. 8, 2011.

como, por otra parte, se recogía en la propia exposición de motivos del Proyecto.

A nuestro juicio esta previsión legal debía de ser calificada como desafortunada. Ciertamente, uno de los efectos perseguidos por el legislador es reducir el número de litigios que se sustancian ante los Tribunales de Justicia por lo que, a primera vista, exigir el intento de mediación con carácter previo a la interposición de las demandas en aquellos asuntos de menor complejidad y cuantía podría aparecer como una medida acertada. Sin embargo se corría el riesgo, denunciado por el Consejo General del Poder Judicial en su informe, de que la mediación (o al menos el intento de mediación), se convirtiera en un mero trámite formulario, vacío de todo contenido práctico y que, en definitiva no constituyera más que otra carga para acceder al proceso judicial. Debe considerarse, además, que esta situación práctica conllevaría el desprestigio de la mediación como sistema de resolución de conflictos.

En definitiva, se considera más adecuado no establecer caso alguno de mediación obligatoria, de tal forma que el éxito de la mediación como sistema de resolución de conflictos surja de la adecuada formación de los mediadores, la correcta gestión de las mediaciones por las Instituciones de Mediación y que sea en la práctica, el sistema rápido y de bajo coste que la Ley pretende, postura que es la recogida por el Real Decreto Ley 5/2012.

VII. LA FUERZA EJECUTIVA DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN

Dotar a los acuerdos de mediación de fuerza ejecutiva parece un requisito indispensable para que la mediación pueda tener éxito como sistema alternativo de resolución de conflictos. En efecto, aunque por definición el acuerdo de mediación es aceptado voluntariamente por las partes, por lo que en principio su ejecución no planteará problemas, debe considerarse el caso en que alguna de aquéllas se resista a esa ejecución. En estos casos, si el acuerdo de mediación no llevara aparejada fuerza ejecutiva, la parte perjudicada se vería obligada a plantear un juicio declarativo, con lo que el proceso de mediación quedaría privado de toda eficacia práctica.

Sin embargo, el reconocimiento de fuerza ejecutiva a los acuerdos de mediación fue fuertemente criticado por la doctrina⁸ e, incluso, por algu-

⁸ A. DE LA OLIVA SANTOS, "Mediación y Justicia: síntomas patológicos", *Otrosí*, núm. 8, 2011. S. TORRES ESCÁMEZ, "Ejecuta como sea (o el carácter ejecutivo del docu-

nos de los órganos informantes en el proceso de elaboración del Proyecto de Ley de 2011 (Comisión General de Codificación y Consejo General del Poder Judicial). Las razones de estas críticas se encontraban, no tanto en el reconocimiento de fuerza ejecutiva al acuerdo de mediación, como en el hecho de que no se exigiera la previa homologación judicial o protocolización notarial del acuerdo para reconocer al mismo esa fuerza ejecutiva. En relación a este extremo se señaló que el acuerdo de mediación es, en esencia, un documento privado en el que se recoge el acuerdo de las partes, sin que en modo alguno pueda equipararse a una sentencia o laudo en que la resolución en el contenida en la fijada por un tercero, ya sea el juez o el árbitro; y que el mediador no tiene la consideración de fedatario público a los efectos de basar en tal consideración la fuerza ejecutiva del acuerdo.

A ello se unía el hecho de que el mediador no había de tener necesariamente conocimientos jurídicos, por lo que su intervención no garantiza la corrección jurídica del acuerdo; lo que en última instancia supondría que el control de legalidad del acuerdo de mediación debería ser asumido por el Juez ante el que se solicitara la ejecución, puesto que el artículo 29 del Proyecto de Ley de 2011 (al igual que el artículo 28 del vigente Real Decreto Ley) señalaba que no podrían ejecutarse los acuerdos cuyo contenido fuera contrario a Derecho.

Además, este sistema contrastaba con el previsto para la ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos, idéntico al recogido en el posterior Real Decreto Ley y que es el siguiente:

- Cuando el acuerdo alcanzado en España haya de ser ejecutado en otro Estado, el artículo 25.3 del Proyecto exige su protocolización notarial en todo caso;
- Si el acuerdo hubiera adquirido ya fuerza ejecutiva en otro Estado, solo podrá ser ejecutado en España cuando tal fuerza ejecutiva se derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades Españolas; si el acuerdo no ha sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera, será precisa la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación ante un notario español, a solicitud de las partes o de una de ellas con el consentimiento expreso de la otra (artículo 27).

Todas estas críticas han encontrado reflejo en el texto del Real Decreto Ley 5/2012, en especial en el último párrafo de su artículo 23.3, que señala:

“El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo”.

A nuestro juicio tal protocolización debe producirse en los mismos términos previstos en el artículo 27.2 del Real Decreto Ley para la ejecución en España de los acuerdos declarados ejecutables por una autoridad extranjera, es decir, a solicitud de ambas partes o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás. Y ello en la medida en que acuerdo de mediación recoge la declaración de voluntad de todas las partes implicadas en el conflicto, debiendo el notario indagar cual es esa voluntad común, según señala el artículo 147 del Reglamento Notarial.

No obstante lo anterior, ha de destacarse que cuando la mediación se desarrolle después de iniciar un proceso judicial, el acuerdo de mediación también puede adquirir carácter de título ejecutivo mediante su homologación judicial, supuesto previsto en el artículo 25.4 del Real Decreto Ley, que se remite a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹.

Ahora bien, debe recordarse en este punto que nuestro ordenamiento jurídico ya contempla otro supuesto en que a un documento elaborado por una persona lega en Derecho se le otorga fuerza ejecutiva, sin que sea precisa su protocolización notarial: este es el caso del laudo emitido por el árbitro en el que no concurre la condición de jurista (lo que puede producirse el caso del arbitraje de equidad).

Ciertamente, las diferencias entre la mediación y el arbitraje son esenciales, pero estas mismas diferencias hacen difícilmente justificable que se impongan a los acuerdos de mediación requisitos más estrictos que a los laudos arbitrales para que tengan fuerza ejecutiva. Y es que no puede olvidarse que los acuerdos de mediación, en la medida en que son voluntariamente aceptados por ambas partes, serán normalmente ejecutados de forma voluntaria, sin que sea preciso acudir a un juicio ejecutivo en tal sentido, salvo circunstancias excepcionales.

Por otra parte, los beneficios que se derivarían de la protocolización notarial pueden obtenerse por otros medios.

⁹ El artículo 517.2.3º de la LECv señala que llevarán aparejada ejecución *“las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso”*.

Así, por lo que se refiere al control de legalidad, si efectivamente se impone que el acuerdo de mediación haya de ser redactado por un abogado, la intervención de este profesional ofrecerá un control suficiente a los indicados efectos, sin necesidad de establecer un sistema tan estricto como el recogido en el artículo 25.2 del Real Decreto Ley, que establece:

“Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en este real decreto-ley y que su contenido no es contrario a Derecho”.

Este precepto plantea de forma inmediata la cuestión de que ocurrirá cuando el Notario considere que el acuerdo de mediación es contrario a Derecho, en contra de la opinión de las partes debidamente asesoradas por sus abogados: el Notario no es, ni forma parte de la Administración de Justicia, por lo que no le corresponde decidir en última instancia acerca de la adecuación o inadecuación del acuerdo de mediación a Derecho. Sorprende en este sentido que el precepto no contemple recurso alguno que los interesados puedan interponer ante la Dirección General de los Registros y del Notariado a fin de obtener la elevación a público del acuerdo de mediación cuando no estén conformes con la calificación del notario¹⁰.

En sentido contrario, la intervención del Notario no supone una garantía absoluta sobre la adecuación a Derecho del acuerdo de mediación, como lo demuestra que el artículo 28 del Real Decreto Ley 5/2012 señala que *“no podrán ejecutarse los acuerdos cuyo contenido sea contrario a Derecho”*. En definitiva, la intervención del notario no excluye el control de legalidad a realizar por el juez ante el que se solicite la ejecución del acuerdo.

En cuanto la acreditación de la realidad del acuerdo de mediación, no resulta claro en qué consisten las ventajas derivadas de la protocolización notarial. En efecto, para que un acuerdo de mediación pueda ser considerado como tal, no basta con la simple firma del mediador en cualquier contrato celebrado entre las partes: es preciso que en el acuerdo se reflejen las circunstancias esenciales de la mediación (especialmente, la identificación del mediador o mediadores que hayan intervenido y, en su caso, la insti-

¹⁰ Un recurso de estas características fue previsto en la modificación del artículo 145 del Reglamento Notarial operada por RD 45/2007, de 19 de enero, al tiempo que se otorgaban a los notarios funciones de control de la legalidad en relación con el contenido de las escrituras por ellos autorizadas. Esta modificación fue anulada por el TS, en sentencia de 20 de mayo de 2008, por entender que la atribución a los notarios de estas funciones de control de legalidad exigía norma con rango de ley, siendo insuficiente una norma reglamentaria.

tución de mediación en la cual se haya desarrollado el procedimiento); además, para que pueda ser utilizado como título ejecutivo a los efectos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, es preciso que sea acompañado por las copias de las actas constitutiva y final del procedimiento de mediación, según el nuevo párrafo incluido en el ordinal 1º del apartado 1 del artículo 550 de la LECy, por el apartado 17 de la disposición final segunda del Real Decreto Ley 5/2012¹¹. En definitiva, la falsificación del acuerdo de mediación exigiría una completa falsificación documental, que incluyera la firma de la parte ante quien pretenda hacerse valer, fraudulentamente, un inexistente acuerdo de mediación. En relación con este punto debe recordarse que el Proyecto de Ley de 2011 incluía la modificación del artículo 559.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a fin de introducir como causa de oposición a la ejecución en los casos en que el título ejecutivo fuera un acuerdo de mediación no protocolizado notarialmente, “*la falta de autenticidad*” de éste.

En sentido contrario, pretender que los acuerdos de mediación sean protocolizados notarialmente en todo caso para que tengan fuerza ejecutiva puede suponer, en la práctica, el fracaso de la mediación: lo normal es que las partes no procedan a esa protocolización en la confianza de que el acuerdo será ejecutado voluntariamente; y si en un momento posterior surgen problemas en dicha ejecución, la protocolización por ambas partes o por una de ellas con el consentimiento de la otra, sin que medie intervención judicial, es realmente remota (insistimos que la protocolización a instancias de una sola de las partes no puede considerarse suficiente a estos efectos, puesto que el acuerdo de mediación es el resultado del acuerdo de las partes, a diferencia del laudo arbitral, que es el resultado de la decisión del árbitro, por lo que éste puede protocolizar su decisión sin necesidad de la concurrencia de ninguna otra persona).

En definitiva, a nuestro juicio no es precisa la protocolización notarial de los acuerdos de mediación para dotar a éstos de fuerza ejecutiva, siempre que se den los siguientes requisitos:

- Que se exija que el acuerdo de mediación sea redactado por un abogado, lo que operará como sistema de control de la corrección jurídica del acuerdo.

¹¹ Adicionalmente señalaremos que esta modificación resulta innecesaria si se exige en todo caso la protocolización notarial del acuerdo de mediación, puesto que tales actas han de ser presentadas ante el notario de conformidad con lo establecido en el art. 25.1 del mismo Real Decreto Ley y, en consecuencia, incorporadas a la escritura pública.

- Que se impongan a los acuerdos de mediación una serie de requisitos formales que impidan que cualquier contrato firmado entre las partes puede ser transformado en un acuerdo de mediación mediante la posterior intervención de un mediador.
- Que se reforme la Ley de Enjuiciamiento Civil a fin de incluir como causa de oposición en el juicio ejecutivo, en los casos en que el título ejecutivo sea un acuerdo de mediación no protocolizado notarialmente por ambas partes o por una de ellas con el consentimiento de la otra, la falta de autenticidad del acuerdo.

VII. CONCLUSIONES

En resumen de todo lo expuesto, pueden sentarse las siguientes conclusiones en relación con el contenido del Real Decreto Ley 5/2012:

1. Consideramos correcto no imponer a los mediadores el requisito de que se encuentren en posesión de determinados títulos académicos para el desarrollo de su actividad, pero no se comparte que no se exija el estar en posesión de un título universitario o de formación profesional superior. Igualmente, consideramos razonable que se exija de los mediadores que acrediten una formación inicial específica en la materia.
2. En aquellos casos en que existan dos o más mediadores, el Real Decreto Ley debería haber exigido que al menos uno de ellos tuviera la condición de abogado o jurista.
3. Compartimos con el texto legal la decisión de que no se exija la colegiación o incorporación a una asociación profesional como requisito para el desarrollo de la actividad de mediación.
4. Hubiera sido aconsejable destacar la posible intervención de los abogados en el desarrollo de la mediación, asesorando o representando a las partes durante su curso, asesorando al mediador en los aspectos jurídicos de la disputa y, muy especialmente, en la redacción del acuerdo de mediación.
5. Igualmente, hubiera resultado conveniente establecer de forma expresa las funciones que las Instituciones de Mediación han de desarrollar en relación con la mediación.
6. Se considera acertado tanto que no se establezca un régimen administrativo sancionador relativo a la actividad de los mediadores,

como el régimen de responsabilidad de los mediadores definido en la norma.

7. Igualmente se considera acertado que no se hayan establecido supuestos de mediación obligatoria, que se configuren como un requisito para el acceso a la Jurisdicción en determinados casos.
8. Por último, el carácter ejecutivo del acuerdo de mediación es necesario para que la figura pueda ser considerada como un sistema alternativo de resolución de disputas. Sin embargo, se considera erróneo someter esta eficacia ejecutiva a la previa homologación judicial o protocolización notarial del acuerdo de mediación, en la medida en que puede limitar la eficacia de la mediación como sistema efectivo de resolución extrajudicial de conflictos.

Los Centros de Internamiento de Extranjeros en España: régimen vigente y propuestas de futuro

I. INTRODUCCIÓN

La situación jurídica de los Centros de Internamiento de Extranjeros en España, y los extranjeros ciudadanos de Estados que no se encuentran incluidos en el régimen de la ciudadanía europea o de la aplicación de las libertades fundamentales de la Unión, ha recibido durísimas críticas por parte de numerosas instituciones públicas¹ y por los diversos actores de la sociedad civil que han tenido contacto con ellos, desde que se produjo su implantación en España. Según datos del Informe presentado ante el Comité de la ONU para la Eliminación de la Discriminación Racial por la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH), en el año 2009 16.590 extranjeros fueron sometidos a la medida de internamiento².

La regulación en general de la materia de la extranjería y, en particular, de los Centros (a los que, en adelante, se hará referencia más abreviada como CIEs) ha sido objeto, además, de numerosos pronunciamientos jurisdiccionales, que según el caso han declarado inconstitucionales³ o anulado, usualmente por falta de rango normativo de las disposiciones enjuiciadas, algunos de sus contenidos, lo que ha generado mayor inseguridad jurídica en este ámbito⁴.

¹ Informe del Defensor del Pueblo de 2005. Este informe específico se ve acompañado en los informes anuales del Defensor del Pueblo de específicas observaciones. Al tiempo, son constantes sus recomendaciones sobre diversos aspectos del régimen de los CIEs, la mayoría de las cuales revelan actuaciones o situaciones que demandan una pronta actividad normativa y una fuerte inversión de recursos públicos. Valga como ejemplo la Recomendación 3/2010, de 21 de enero, sobre la actuación de funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y la utilización de los sistemas de grabación de imágenes en el CIE de Madrid.

² Según los registros consultados para la elaboración de ese informe, sólo 8.935 de esos extranjeros fueron expulsados del país.

³ STC 115/1987, de 7 de julio de 1987; STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007.

⁴ Así, cabe citar la Sentencia de 20 de marzo de 2003, que anuló los apartados 2 y 6 del artículo 130 del Reglamento de 2001 de la LOEX, entre otros apartados de artículos o incisos concretos, y la Sentencia de 11 de mayo de 2005, que anuló los apartados 1, 2, 3, 6, 8 y 9 del artículo 30, y los artículos 33.5 y 34 de la Orden del Ministerio de la

Expresiones como las de “páramo jurídico”, para hacer referencia al marco normativo de los CIEs, o de “limbo jurídico”, para calificar la situación en la que se encuentran los internos en los CIEs, son comúnmente utilizadas en nuestro país; su uso revela un estado de cosas inaceptable, que las innumerables reformas de nuestra legislación de extranjería no ha sido capaz de paliar.

En el momento actual, se encuentran pendientes de desarrollo reglamentario los artículos 62 a 62 sexies, que son aquellos que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEX), dedica al régimen de los CIEs, pues finalmente se decidió por el Gobierno no incluir en el último Reglamento de la LOEX, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, un régimen acabado de estos Centros, sino un único artículo (258) que contiene algunas cuestiones generales, pero remite el desarrollo normativo completo del régimen de internamiento en los CIEs a una norma ulterior que, con arreglo a la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LOEX, debía haber sido aprobada en el plazo de seis meses (ha de entenderse que ese plazo debía computarse desde la entrada en vigor de la propio Ley Orgánica, que tuvo lugar el 13 de diciembre de 2009 —BOE del 12 de diciembre de 2009—). Por consiguiente, aún permanece en vigor la Orden del Ministerio de la Presidencia, de 22 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros (BOE de 24 de febrero de 1999)⁵.

El presente informe, ante la cercanía de la previsible iniciación del procedimiento de elaboración de un nuevo Reglamento de los CIEs, tiene por objeto examinar algunas cuestiones relevantes del vigente régimen jurídico aplicable a los mismos, para tratar de ofrecer pautas a esa futura regulación y propuestas de mejora del actual marco normativo. Para ello, se examinarán las normas de la Unión Europea y las nacionales que conforman el grupo normativo de los CIEs, así como la jurisprudencia relevante para la finalidad de este informe. En cualquier caso, se es consciente de que toda norma requiere de su necesario complemento material, en el sentido de

Presidencia, de 22 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros. También relevante la STS de 10 de enero de 2007, que desestimó íntegramente el recurso interpuesto contra diversos preceptos del Reglamento de 2004 de la LOEX.

⁵ Su precedente se encontraba en el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, regulador del régimen de entrada, permanencia y salida del territorio español.

que es preciso superar el actual estadio normativo de los CIEs, pero que no se lograrán alcanzar los mínimos estándares exigibles de tratamiento digno de los internados en ellos sin la necesaria aplicación de recursos públicos, hasta la fecha manifiestamente insuficiente⁶.

II. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

A. *La Directiva 2008/115: su contenido y transposición al Derecho español*

En el Derecho de la Unión Europea, la norma de cabecera en la materia que ocupa a este informe es la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular⁷.

Esta disposición, que fue incorporada a nuestro ordenamiento por la citada Ley Orgánica 2/2009 (Exposición de Motivos, apartado II), “establece normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho de la Unión Europea, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos” (artículo 1).

En lo que al internamiento se refiere, la Directiva trata la materia en los artículos 15 a 18⁸, que han sido incorporados en términos generales por la reforma de 2009 a la LOEX.

Es preciso reparar en lo establecido en los artículos 15 a 17, pues el artículo 18 no es relevante a los efectos del presente informe⁹.

⁶ La STS de 20 de enero de 2005 (rec. 716/2000), en un caso de responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los hechos acontecidos en un CIE, indica que el sistema contra incendios en el edificio era perfectible y que no existía alumbrado de seguridad.

⁷ DOUE de 24 de diciembre de 2008.

⁸ Capítulo IV, Internamiento a efectos de expulsión.

⁹ “Artículo 18 Situaciones de emergencia.

1. En situaciones en que un número excepcionalmente importante de nacionales de terceros países que deban ser retornados plantee una importante carga imprevista para la capacidad de las instalaciones de internamiento de un Estado miembro o para su personal administrativo o judicial, dicho Estado miembro podrá, mientras persista dicha situación excepcional, decidir autorizar períodos más largos para el control judicial que los establecidos en el artículo 15, apartado 2,

a) Internamiento¹⁰: régimen de la Directiva

Dispone el artículo 15 (“Internamiento”) de la Directiva 2008/115 lo siguiente:

“1. Salvo que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo, los Estados miembros podrán mantener internados a los nacionales de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno, únicamente a fin de preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, especialmente cuando:

a) haya riesgo de fuga, o;

b) el nacional de un tercer país de que se trate evite o dificulte la preparación del retorno o el proceso de expulsión.

Cualquier internamiento será lo más corto posible y sólo se mantendrá mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión.

2. El internamiento será ordenado por las autoridades administrativas o judiciales.

El internamiento será ordenado por escrito indicando los fundamentos de hecho y de derecho.

Cuando el internamiento haya sido ordenado por una autoridad administrativa, los Estados miembros: a) establecerán un control judicial rápido de la legalidad del internamiento, que deberá llevarse a cabo lo más rápidamente posible desde el comienzo del internamiento, o b) concederán al nacional de un tercer país de que se trate el derecho de incoar un procedimiento para que se someta a control judicial rápido la legalidad de su internamiento, que deberá llevarse a cabo lo más rápidamente posible desde la incoación del procedimiento. En este caso, los Estados miembros informarán inmediatamente al nacional de un tercer país de que se trate sobre la posibilidad de incoar dicho procedimiento.

El nacional de un tercer país de que se trate será puesto en libertad inmediatamente si el internamiento es ilegal.

párrafo tercero, y tomar medidas urgentes con respecto a las condiciones de internamiento que se aparten de las fijadas en el artículo 16, apartado 1, y en el artículo 17, apartado 2.

2. Cuando recurra a tales medidas excepcionales, el Estado miembro de que se trate informará a la Comisión. También informará a la Comisión tan pronto como desaparezcan las razones que justificaban la aplicación de dichas medidas excepcionales.

3. El presente artículo no se interpretará de tal modo que permita a los Estados miembros apartarse de su obligación general de tomar todas las medidas adecuadas, generales o particulares, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la presente Directiva”.

¹⁰ La transposición de la Directiva hubiera podido ser una buena oportunidad para acomodar conceptualmente la terminología dado que el término “internamiento”, procedente sin duda de la primera Ley de Extranjería de 1985, y sobre todo la de “Centros de internamiento” debiera ser ajustado a la real situación administrativa en la que se encuentran las personas extranjeras sometidas a un procedimiento administrativo de expulsión (las traducciones “in speziellen Hafteinrichtungen” (al.); “in specialised detention facilities” (eng.); “centres de rétention spécialisés” (fr.); o “centri di permanenza temporanea” (it.) parecen más ajustadas a la situación administrativa de las personas en trance de expulsión).

3. En todos los casos, se revisará la medida de internamiento a intervalos razonables cuando así lo solicite el nacional de un tercer país de que se trate o de oficio. En caso de periodos de internamiento prolongados, las revisiones estarán sometidas a la supervisión de una autoridad judicial.

4. Cuando parezca haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión, bien por motivos jurídicos o por otras consideraciones, o que hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, dejará de estar justificado el internamiento y la persona de que se trate será puesta en libertad inmediatamente.

5. El internamiento se mantendrá mientras se cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1 y sea necesario para garantizar que la expulsión se lleve a buen término. Cada Estado miembro fijará un período limitado de internamiento, que no podrá superar los seis meses.

6. Los Estados miembros sólo podrán prorrogar el plazo previsto en el apartado 5 por un periodo limitado no superior a doce meses más, con arreglo a la legislación nacional, en los casos en que, pese a haber desplegado por su parte todos los esfuerzos razonables, pueda presumirse que la operación de expulsión se prolongará debido a:

- a) la falta de cooperación del nacional de un tercer país de que se trate, o;
- b) demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria”.

Conviene tener claro en primer lugar que, como señala el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada el 6 de diciembre de 2011 en el caso *Achughbadian*¹¹, “en realidad, con arreglo a las normas y a los procedimientos comunes que se establecen en los artículos 6, 8, 15 y 16 de la Directiva 2008/115, ese nacional de un tercer país debe ser objeto de un procedimiento de retorno o, si de una privación de libertad se trata, puede, a lo sumo, ser objeto de internamiento” (apartado 38). Por lo tanto, el internamiento es indudablemente, aún de carácter temporal, *una privación de libertad*.

Es sabido que la transposición de este precepto a nuestro Derecho de extranjería supuso la ampliación del plazo máximo de retención en un CIE, quedando ahora fijado en 60 días (artículo 62.2 LOEX), sin que se haya incorporado la posibilidad regulada en el artículo 15.6 de la Directiva. Por consiguiente, en España no cabe que un internamiento a efectos de expulsión, devolución o retorno dure más de 60 días¹².

¹¹ As. C-329/11. Esta persona —nacional de Armenia— se encontraba en Francia en situación irregular, por lo cual el préfet du Val de Marne dictó una orden administrativa de expulsión y una orden de internamiento. Tras diversas vicisitudes judiciales, la cour d’appel de París resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial.

¹² En relación con esta cuestión, el TJUE, asunto C-357/09 PPU, ha considerado que el período de internamiento durante la tramitación del procedimiento mediante el que la legalidad de la decisión de expulsión es objeto de control jurisdiccional debe computarse a efectos del cálculo de la duración máxima del internamiento prevista por

Puede advertirse en la Directiva una notable preocupación por diversos aspectos relativos al internamiento de los ciudadanos extranjeros, entre los que cabe destacar los concernientes a la finalidad de la medida (el internamiento cabe “únicamente a fin de preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión”, según el artículo 15.1, lo que se completa con las previsiones sobre la necesaria terminación del internamiento en los casos del artículo 15.4) y a la actividad administrativa relacionada con su observancia y consecución.

Es decir, que para el legislador de la UE el internamiento es la medida más restrictiva de la libertad de los ciudadanos extranjeros y, como tal, si llega a acordarse por la autoridades competentes de los Estados miembros, debe orientarse hacia la expulsión, única y exclusivamente, y la actividad administrativa debe encauzarse a tal fin. Si se quiere, puede decirse que la actuación de la Administración en esta materia es acusadamente finalista pues, consideraciones de seguridad pública y orden público al margen, su actividad se orienta a la consecución de la finalidad por la que la medida de internamiento es adoptada, que no es otra que la de lograr la expulsión del ciudadano extranjero internado.

La Directiva, consciente de la cercenadura de derechos que entraña el internamiento, ha establecido en este artículo 15 una serie de garantías que, a la vez, suponen límites a la acción administrativa.

En particular, cabe destacar las siguientes:

- La medida de internamiento ha de estar siempre justificada por las circunstancias del caso concreto¹³, de modo que si en el supuesto

el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva 2008/115 (53), por lo que “el artículo 15, apartados 5 y 6, de la directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que el período durante el que la ejecución de la orden de expulsión administrativa en la frontera ha estado suspendida, a causa de un procedimiento de recurso jurisdiccional interpuesto por el interesado contra dicha orden, se computa para el cálculo del período de internamiento a efectos de la expulsión cuando durante dicho procedimiento el interesado ha permanecido en un centro de internamiento temporal” (57).

¹³ La STC 169/2008, de 15 de diciembre de 2008, que otorgó el amparo solicitado, evaluó en el caso un internamiento que se acordó sin explicitar el Juzgado de Instrucción, siquiera indiciariamente, qué circunstancias concurrentes en el demandante de amparo fueron tenidas en cuenta para privarle de libertad, considerando que la ausencia de motivación supone, en sí misma, que la privación de libertad del demandante decretada por el auto de internamiento infringió los derechos fundamentales a obtener la tutela judicial efectiva y a la libertad (artículos 24.1 y 17.1 de la Constitución), en cuanto que de la resolución judicial no es posible extraer las razones para justificar la medida excepcional del internamiento adoptada.

específico puede conseguirse la finalidad perseguida —la expulsión— mediante la adopción de una medida menos limitativa de los derechos de los ciudadanos extranjeros, así habrá de hacerse. Puede incluso sostenerse que la medida de internamiento es el último medio a disposición de los Estados miembros, que deberían instituir alternativas a la detención¹⁴.

- El internamiento sólo puede obedecer al fin de preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión. La Directiva prevé algunos casos en los que el internamiento estará justificado (por ejemplo, en los supuestos de riesgo de fuga, artículo 15.1.a), en relación con el artículo 3.7) de la propia Directiva), dejando un margen de precisión a los Estados miembros de cara a precisar esos casos en los que el internamiento puede estar justificado.
- El internamiento, dentro del lapso temporal finalmente fijado por cada Estado miembro —60 días en el caso de España—, será siempre “lo más corto posible y sólo se mantendrá mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión” (artículo 15.1, último párrafo).
- El internamiento será objeto de revisión a intervalos razonables, ya sea de oficio, ya sea a instancia del internado. En caso de períodos de internamiento prolongados, las revisiones estarán sometidas a la supervisión de la autoridad judicial (artículo 15.3).
- La desaparición de la “perspectiva razonable de expulsión” (artículo 15.4) implica la pérdida de justificación del internamiento y, en consecuencia, la obligación para la autoridad administrativa competente de proceder a la inmediata puesta en libertad del internado.
- El internamiento sólo se mantendrá mientras sea necesario para preparar el retorno o llevar a cabo la expulsión o para garantizar que la expulsión se lleve a buen término.

¹⁴ Así, cabe destacar que el Considerando 16 de la Directiva 2008/115 precisa que “sólo se justifica el internamiento para preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, y si la aplicación de medidas menos coercitivas no es suficiente”. Este juicio de suficiencia debería ser efectuado, en primer lugar, por el legislador a la hora de tipificar las medidas cautelares que pueden adoptarse en un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, en el que tendría cabida, entre otros, el empleo de dispositivos de localización.

b) Incorporación al Derecho español: valoración

Muchas de estas previsiones han sido incorporadas a la LOEX¹⁵. Conforme al artículo 62, en sus tres primeros apartados:

“Artículo 62. Ingreso en centros de internamiento.

1. Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a y b del artículo 54.1, en las letras a, d y f del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador.

El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero.

2. El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente.

3. Cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, poniéndolo en conocimiento del Juez que autorizó su internamiento. Del mismo modo y por las mismas causas, podrá ser ordenado el fin del internamiento y la puesta en libertad inmediata del extranjero por el Juez, de oficio o a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal”.

Esta previsión ha de completarse con las incluidas en los artículos 60, 63 y 64, en los que se regulan los supuestos en los que podrá procederse al internamiento de los extranjeros en los CIEs, usualmente previa orden de expulsión, de manera que los CIEs son los establecimientos en los que se formaliza la pérdida de la libertad deambulatoria a efectos de la expulsión del territorio nacional, en tanto se tramita el expediente correspondiente¹⁶.

¹⁵ El apoyo de toda privación de libertad en nuestro ordenamiento, incluidas las acordadas en materia de extranjería, encierran su apoyo constitucional en el artículo 17 de la Constitución.

¹⁶ No puede dejar de destacarse la regulación que tiene en la LOEX el supuesto típico de situación previa a la expulsión, como es la estancia irregular en España —artículo 53.1.a)—, y su régimen sancionador. Así, se tipifica como infracción grave, a sancionar con pena de multa —artículo 55.1.b)—, si bien “podrá aplicarse, en atención al prin-

La lectura de estos preceptos permite apreciar cómo las reglas mencionadas sobre la diligencia en la tramitación de los expedientes (artículo 15.1), de cara a la expulsión, y la revisión de la situación de internamiento (artículo 15.3), no parecen haber sido incorporadas de manera adecuada a nuestro ordenamiento, lo que plantea dos cuestiones diferentes: en primer lugar, si la transposición de la Directiva ha sido correcta; y, en segundo lugar, y en función de si la respuesta a la primera pregunta es negativa, cómo y a través de qué instrumento normativo habría de efectuarse esa incorporación a nuestro Derecho.

Ni en la LOEX, ni en su Reglamento, cabe apreciar una plena incorporación de ninguno de los dos extremos enunciados. La Directiva impone un límite a la acción de los Estados miembros y, al tiempo, una garantía para los internados en este punto concreto, como es que el internamiento sólo se mantendrá mientras los trámites de expulsión estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia.

Debería ser meridianamente claro que los trámites de expulsión siempre están en curso, por lo que la primera parte de esa obligación devendría prácticamente innecesaria, pero el segundo de los elementos (internamiento supeditado a la debida diligencia en la tramitación del procedimiento de expulsión) está llamado en la lógica de la Directiva a tener una capital relevancia. Y es que ha de tenerse en cuenta que *“el recurso al internamiento a efectos de expulsión se debe limitar y supeditar al principio de proporcionalidad por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos”* (Considerando 16), debiendo *“supeditarse expresamente el uso de medidas coercitivas a los principios de proporcionalidad y eficacia por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos”* (Considerando 13)¹⁷.

Por consiguiente, para la Directiva es primordial destacar el carácter de última ratio del internamiento, que puede acordarse si concurren los elementos previstos en el artículo 15, pero que sólo puede mantenerse no ya

cipio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español” —artículo 57.1—, que se tramitará por el procedimiento ordinario (artículos 63 y 63 bis de la LOEX y artículos 226 y 234 de su Reglamento. En estos supuestos, conforme al artículo 63 bis. 4 de la LOEX, no cabe acordar el internamiento, que si procede acordar con ocasión de la tramitación de un procedimiento preferente (artículo 63.2 de la LOEX).

¹⁷ El TJUE ha considerado que el principio de proporcionalidad exige que las medidas de que se trate no superen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando exista la posibilidad de optar entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa (asuntos C-27/00 y C-122/00, entre otros muchos).

si subsisten durante el plazo de internamiento (máximo de 60 días), sino si durante ese plazo y constante el internamiento se tramita el procedimiento de expulsión con la debida diligencia.

Este entendimiento tiene diversas consecuencias: primera, que el plazo máximo de internamiento no es de agotamiento necesario, sino un término temporal insuperable para los poderes públicos, dentro de cuyos márgenes pueden producirse bien la expulsión del sujeto afectado, bien su puesta en libertad; segunda, que durante el plazo de internamiento el procedimiento encaminado a la expulsión ha de tramitarse de manera diligente; y, tercera, que si se aprecia que no existe una “perspectiva razonable de expulsión” en cualquier momento del plazo de internamiento, esto es, que no existe una perspectiva real de que la expulsión pueda llevarse a buen término, el internamiento carece de justificación y el internado ha de ser puesto inmediatamente en libertad.

Resultan así específicos mandatos para las autoridades competentes de cada Estado miembro, que han de tramitar el procedimiento con la diligencia exigida por el carácter finalista del internamiento, la garantía de los derechos de los internados y la exigencia de respeto al principio de proporcionalidad. Y si en esa tramitación, antes del término del período máximo de internamiento, se aprecia en cualquier momento que no existe perspectiva razonable de expulsión, el internamiento pierde su razón de ser, con la consecuencia de la obligada puesta en libertad del afectado¹⁸.

Y de estos mandatos a los poderes públicos de los Estados miembros surgen de manera necesaria y natural los correlativos derechos para los ciudadanos extranjeros internados, en la tramitación de los expedientes. Estos han de tener derecho a que el procedimiento de expulsión, ya sea ordinario, ya sea preferente, se tramite con pleno respeto a las garantías constitucionales y con la debida diligencia, la cual ha de acomodarse a la duración misma del internamiento. Quiere con ello decirse: primero, que la LOEX contiene una serie de reglas que formalmente implican el reconocimiento de las clásicas garantías de todo tipo de procedimiento, incluidas la audiencia al afectado y la posibilidad de la práctica de prueba; pero ello no obstante, en su articulación práctica esas garantías se ven afectadas

¹⁸ En este sentido, cabe destacar cómo en la Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006, de la Fiscalía General del Estado, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España (apartado II), se afirma que el internamiento sólo tiene sentido para materializar la expulsión, devolución o retorno, por lo que el Juez de Instrucción no puede legalmente mantenerlo cuando la autoridad gubernativa interesa el cese por no ser posible ejecutar del internado la salida del territorio nacional.

por los limitaciones al acceso a una adecuada asistencia jurídica, sin que los internados se encuentren en situación de llevar de manera personal una adecuada defensa de sus intereses¹⁹; segundo, que la diligencia a que alude la Directiva 2008/115 ha de poder ser apreciada e invocada por los sujetos al internamiento, a fin de hacerla valer ante las autoridades administrativas y, en su caso, ante la autoridad judicial competente.

Las anteriores reflexiones se conectan de manera natural con la segunda de las cuestiones advertidas, esto es, la relacionada con la previsión del artículo 15.3 de la Directiva.

Como ya se ha indicado, la Directiva establece en ese precepto lo siguiente:

“En todos los casos, se revisará la medida de internamiento a intervalos razonables cuando así lo solicite el nacional de un tercer país de que se trate o de oficio. En caso de períodos de internamiento prolongados, las revisiones estarán sometidas a la supervisión de una autoridad judicial”.

De la lectura de este precepto se deduce que la revisión de la situación puede ser solicitada por el extranjero internado o de oficio. En esta segunda expresión, cabe considerar que la revisión puede llevarse a cabo por las autoridades competentes sobre el CIE, pero no es descartable que pueda ser impulsada por el Fiscal o a instancia de la propia autoridad judicial competente.

Además de los sujetos legitimados, es preciso reparar en el empleo por la Directiva de la expresión “intervalos razonables”, como medida a tener en cuenta por los Estados miembros para articular el régimen de revisión del internamiento. Por tanto, la normativa que transpone la Directiva ha de prever siempre (no otro sentido puede tener la frase “en todos los casos, se revisará”) la posibilidad de la revisión del internamiento.

En qué haya de consistir esa revisión puede derivarse de anteriores consideraciones, en el sentido de verificar que aún concurre una perspectiva razonable de expulsión en cada caso concreto. La obligación de que esa revisión se efectúe a intervalos razonables implica que en la transposición no puede quedar sin reflejo esa posibilidad, que se habrá de articular en conexión con los demás elementos hasta aquí examinados.

¹⁹ Con posterioridad se realizarán algunas reflexiones adicionales sobre este particular, que debería ser objeto de un adecuado tratamiento en el Reglamento que regule los CIEs.

Por consiguiente, nuestro Derecho interno debería prever que los procedimientos de expulsión se han de tramitar con la necesaria diligencia y precisar de alguna manera que, mientras se tramita el procedimiento, se revisará si la medida de internamiento sigue siendo proporcionada, en los términos de la Directiva, o si en su caso, existen alternativas a la expulsión.

Por lo que atañe a la revisión de la medida de internamiento, cabe recordar que en el Derecho francés (donde estos establecimientos se denominan “centres de rétention administrative”) el plazo máximo previsto es de 45 días; la decisión de internamiento corresponde al préfet e inicialmente alcanza hasta un máximo de 5 días. El préfet puede solicitar una primera prolongación de 20 días y una segunda prolongación de otros 20 días, pero quien decide es el juez, en ambos casos. Si el juez rechaza alguna de las dos prolongaciones posibles, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad (arts. L551-1 a L555-3 y R551-1 a R553-7 del Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile). En nuestro ordenamiento, para una aplicación correcta y completa de la Directiva 2008/115/CE, se podría establecer un plazo máximo inicial de 10 días, tras el cual se debe revisar por el juez la situación del internado y decidir una primera prolongación de 25 días; tras ella, debería existir una segunda revisión judicial para, en su caso, decidir una segunda prolongación de otros 25 días como máximo.

Para precisar el alcance de estas observaciones, debe recordarse que el Reglamento de la LOEX contiene varias reglas en la materia que, conforme a lo expuesto, no terminan de incorporar las prescripciones de la Directiva.

Así, el artículo 258 del Reglamento, en su sexto apartado, prevé que:

“6. El extranjero, durante su internamiento, estará en todo momento a disposición del órgano jurisdiccional que lo autorizó, debiendo la autoridad gubernativa comunicar a éste cualquier circunstancia en relación con la situación de aquél que pudiera determinar la variación de la decisión judicial relativa a su internamiento”.

Esta regla, en el fondo, entraña la revisión mencionada, pero no con el carácter sistemático y obligatorio para las autoridades competentes que aquí se sostiene, por derivación de la Directiva. Y ello porque el citado artículo no impone obligación alguna de actividad de revisión, sino sólo de comunicación a la autoridad judicial de ciertas circunstancias cuando se aprecie su concurrencia por la autoridad gubernativa.

Y los preceptos del propio Reglamento que regulan el procedimiento preferente y las que establecen las normas comunes en materia de procedi-

mientos, tampoco incorporan las mencionadas exigencias. No se encuentran en el artículo 235.5²⁰, ni en los artículos 216 a 225.

En suma, por las razones expuestas, no puede considerarse que se haya efectuado una transposición adecuada de estas cuestiones concretas de la Directiva 2008/115.

Por consiguiente, en el primero de los interrogantes planteados la respuesta ha de ser negativa, lo que lleva a la segunda cuestión, cual es la del instrumento normativo adecuado para efectuar la transposición del Derecho de la Unión Europea.

Indica el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español de 2008 que “la norma de incorporación ha de respetar el sistema de fuentes del ordenamiento interno”, siendo una de las cuestiones fundamentales de toda transposición la de la “distribución de materias entre norma legal y norma reglamentaria, distribución que ha de decidirse teniendo presente el juego del principio de reserva de ley y el diferimiento al reglamento de los contenidos de menos estabilidad o relevancia”.

Las cuestiones que han sido destacadas tienen un alcance administrativo, en el sentido de que disciplinan la actividad de la Administración competente. Según lo expuesto, la Directiva obliga a que la tramitación del procedimiento [preferente] de expulsión se lleve a cabo con la debida diligencia y a que en el curso de esa tramitación se deben llevar a cabo revisiones periódicas, o, como indica la Directiva, a intervalos razonables.

En cuanto al concreto tipo de instrumento normativo en el que de llevarse a cabo la transposición de ambos elementos, indicó el Consejo de Estado en el mencionado Informe que cuando no exista reserva de ley en atención a la materia afectada ni deba modificarse una norma vigente de dicho rango, puede haber lugar al ejercicio por el Gobierno de la potestad reglamentaria. En el juego entre ambos tipos de normas, la regla general ha de ser que la Ley se reserve para regular aquellos contenidos que, por

²⁰ 235. 5: “En tanto se realiza la tramitación del expediente, el instructor podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero expedientado en un Centro de Internamiento de Extranjeros. La solicitud de internamiento deberá ser motivada. El periodo de internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente y no podrá exceder en ningún caso de sesenta días. La decisión judicial que lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá establecer un periodo máximo de duración del internamiento inferior al citado. No podrá acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en el mismo expediente”.

su trascendencia o por constituir materia a ella reservada, han de integrar el marco normativo esencial de la disciplina afectada (dictamen n° 1.504/2007), debiendo optarse, como criterio rector, por la transposición mediante decreto frente a la transposición por orden ministerial (dictamen 535/1992), o aun por circulares o instrucciones.

Las anteriores consideraciones son de especial relevancia en el ámbito del Derecho de extranjería, pues ha de recordarse que cada CIE cuenta con un protocolo de actuación o de régimen interior²¹, que sin duda no es el instrumento adecuado para efectuar una incorporación a nuestro Derecho de las cuestiones hasta aquí examinadas. Una operación normativa de ese calado, además de contribuir a la indeseable fragmentación del ordenamiento, podría derivar en una condena para el Reino de España, dado que esos protocolos no suelen ser objeto de publicación oficial y comunicación²².

En definitiva, ante la pregunta de si concurre o no reserva de ley sobre las cuestiones que se ha entendido que no se encuentran efectivamente transpuestas a nuestro ordenamiento, debe considerarse que se incardinan en el ámbito de los procedimientos administrativos, que se encuentran suficientemente regulados en la LOEX, por lo que no es precisa una Ley de transposición, sino una disposición reglamentaria. Ahora bien, quizás hubiera sido deseable que las previsiones que se encuentran más relacionadas con la tramitación del procedimiento de expulsión hubieran sido incorporadas en el Reglamento de la LOEX. No obstante, nada impide que la futura disposición reglamentaria que regule los CIEs incorpore estas cuestiones.

La instrumentación de estas previsiones debe respetar lo establecido en la Directiva y, al tiempo, incardinarse en el plazo máximo de duración del internamiento. Ambos extremos se integran, sin duda, en la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados; en cualquier caso, una vez que el legislador orgánico decidió fijar el plazo máximo de internamiento en 60 días, ambos extremos de la Directiva han de incardinarse en el marco de esa decisión legislativa (esto es, que la tramitación diligente y la revisión de

²¹ “Directrices de organización” las denomina el artículo 62 sexies de la LOEX.

²² En el ámbito de la Guardia Civil, se consideró por el TJCE que no se había efectuado una adecuada transposición de una Directiva sobre seguridad y salud de los trabajadores en relación con la cual se habían dictado diversas instrucciones, al considerar que estas no eran suficientes para garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos (STJCE de 12 de enero de 2006, *Comisión/España*, C-132/4).

la situación de internamiento a intervalos razonables han de desplegarse en ese término temporal).

Por ello, se considera que:

- El futuro reglamento de los CIEs debe prever que las situaciones de internamiento podrán ser revisadas a instancia del interno o de su abogado o, en su caso, del Ministerio Fiscal; si no mediara esta solicitud, la situación deberá ser revisada de oficio por las autoridades responsables del Centro. Tanto en uno como en otro supuesto, la revisión ha de verificarse a intervalos razonables, lo que implicará una obligación de revisión para las autoridades del Centro —por ejemplo, de revisar cada situación de manera periódica, así, cada diez días— y un derecho para el interno, su abogado o el fiscal; en estos dos primeros casos, la letra de la Directiva impone que la revisión se efectúe a intervalos razonables, lo que implica que no será posible solicitarlas de continuo, sino a su vez, cada cierto tiempo.
- Si a resultas de la revisión se apreciase, en los términos de la Directiva, la desaparición de la perspectiva razonable de expulsión o de los motivos que justificaron que se acordara el internamiento (lo que podría entenderse recogido en el citado artículo 258.6 del Reglamento de la LOEX), deberá procederse a la inmediata puesta en libertad del afectado, salvo que concurran circunstancias específicas que han de acreditarse debidamente. Si se esgrimiesen estas circunstancias por la autoridad gubernativa, deben articularse vías de recurso por el afectado.
- Del resultado de esa revisión ha de informarse al interno, en su caso, a su abogado y al Ministerio Fiscal, y a la autoridad judicial, a los efectos oportunos.

Si este conjunto de previsiones se incorporase a nuestro ordenamiento, además de completar la transposición de la Directiva 2008/115, se reforzaría el régimen de garantías de los extranjeros sometidos a régimen de internamiento.

Si no resultasen incorporadas, podría tratarse de un supuesto de falta de transposición del derecho de la UE, con las consecuencias conocidas.

A este respecto, cabe analizar ahora las escasas pero relevantes sentencias que en la materia ha dictado el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE).

B. Jurisprudencia del TJUE: asuntos C-357/09 PPU, C-61/2011 y C-329/2011

No se han producido hasta la fecha muchos pronunciamientos del TJUE respecto de esta Directiva, pero las sentencias mencionadas realizan una serie de consideraciones que son de extrema relevancia para el entendimiento e interpretación de la Directiva 2008/115.

a) Asunto C-357/09 PPU

En este caso, la petición²³ de decisión prejudicial tenía por objeto la interpretación del artículo 15, apartados 4 a 6, de la Directiva 2008/115.

El TJUE examinó diversas cuestiones planteadas, pudiendo destacarse los siguientes pronunciamientos:

- El tribunal remitente trataba de saber si, en el cálculo del plazo de internamiento a efectos de la expulsión, previsto por el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva, debía incluirse el período durante el que la ejecución de la resolución de expulsión estuvo suspendida a causa del examen de una solicitud de asilo presentada por un nacional de un tercer país, siendo así que durante la tramitación del procedimiento relativo a dicha solicitud ese nacional permaneció en el centro de internamiento temporal. Tras recordar el régimen vigente en materia de asilo (Directivas 2005/85 y 2003/9) y que los Estados miembros no mantendrán a una persona detenida por la única razón de que sea un solicitante de asilo y que cuando se mantenga detenido a un solicitante de asilo, los Estados miembros velarán por que exista la posibilidad de una revisión judicial rápida, se entiende por el Tribunal que *el período durante el que una persona ha permanecido en un centro de internamiento temporal, con fundamento en una decisión adoptada en virtud de las disposiciones nacionales y de la UE relativas a los solicitantes de asilo, no debe considerarse como un internamiento a efectos de expulsión en el sentido del artículo 15 de la Directiva 2008/115.*

²³ Esa petición se presentó en el marco de un procedimiento contencioso-administrativo iniciado a instancias del Director de la Direktsia «Migratsia» pri Ministerstvo na vatrešnite raboti (Dirección de Inmigración en el Ministerio del Interior), con objeto de que el Administrativen sad Sofia-grad (tribunal de lo contencioso-administrativo de Sofía) resuelva de oficio sobre el mantenimiento del Sr. Kadzoev (Huchbarov) en el centro especial de internamiento de extranjeros de dicha Dirección establecido en Busmantsi (en lo sucesivo, «centro especial de internamiento»), situado en el distrito de Sofía.

- Se solicita también un pronunciamiento acerca de si el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que el período durante el que la ejecución de la orden de expulsión administrativa en la frontera ha estado suspendida, a causa de un procedimiento de recurso jurisdiccional interpuesto por el interesado contra dicha orden, se computa para el cálculo del período de internamiento a efectos de la expulsión cuando durante la tramitación de dicho procedimiento el interesado ha permanecido en un centro de internamiento temporal. El Tribunal considera que ni el artículo 15, apartados 5 y 6, ni ninguna otra de las disposiciones de la Directiva permiten considerar que los períodos de internamiento a efectos de la expulsión no deban incluirse en la duración máxima de internamiento definida en dicho artículo 15, apartados 5 y 6, a causa de la suspensión de la ejecución de la decisión de expulsión. Si no se entendiera así, la duración del internamiento a efectos de la expulsión podría variar, en su caso de forma considerable, de un caso a otro en un mismo Estado miembro, o bien de un Estado miembro a otro, debido a las particularidades y las circunstancias propias de los procedimientos judiciales nacionales, lo que sería contrario al objetivo del artículo 15, apartados 5 y 6, que es garantizar una duración máxima de internamiento común a los Estados miembros. En definitiva, concluye a este respecto el TJUE, que *el artículo 15, apartados 5 y 6, debe interpretarse en el sentido de que el período durante el que la ejecución de la orden de expulsión administrativa en la frontera ha estado suspendida, a causa de un procedimiento de recurso jurisdiccional interpuesto por el interesado contra dicha orden, se computa para el cálculo del período de internamiento a efectos de la expulsión cuando durante dicho procedimiento el interesado ha permanecido en un centro de internamiento temporal.*
- En tercer lugar, se requirió del TJUE un pronunciamiento acerca del alcance de la expresión “perspectiva razonable de expulsión” del artículo 15.4 de la Directiva. El Tribunal consideró, en primer término, que esa regulación no es aplicable cuando se haya alcanzado la duración máxima del internamiento pues, en tal caso, el afectado ha de ser puesto en libertad, y, en segundo lugar, que es preciso que, en el momento de la revisión de la legalidad del internamiento por el tribunal nacional, se ponga de manifiesto que existe una perspectiva real de que la expulsión puede llevarse a buen término, habida cuenta de los plazos fijados en el artículo 15, apartados 5 y 6, para que pueda considerarse que subsiste una «perspectiva razonable de expulsión», en el sentido del artículo 15, apartado 4. De esa forma, no

existe una perspectiva razonable de expulsión cuando parece poco probable que el interesado sea admitido en un tercer país, habida cuenta de los citados plazos. En definitiva, *el artículo 15, apartado 4, debe interpretarse en el sentido de que sólo una perspectiva real de que la expulsión puede llevarse a buen término, habida cuenta de los plazos fijados en los apartados 5 y 6 del mismo artículo, corresponde a una perspectiva razonable de expulsión, y que ésta no existe cuando parece poco probable que el interesado sea admitido en un tercer país, habida cuenta de los citados plazos.*

- Finalmente, se cuestiona si el artículo 15, apartados 5 y 6, permite, aun cuando haya terminado el período máximo de internamiento previsto por esa Directiva, y fijado por los Estados miembros, que el interesado no sea inmediatamente puesto en libertad, debido a que no está en posesión de documentos válidos, da muestras de comportamiento agresivo y no dispone de medios de subsistencia propios ni de una vivienda, o de medios facilitados con ese objeto por el Estado miembro. A este respecto, comienza recordándose que el artículo 15, apartado 6, de la Directiva no autoriza en ningún caso que se sobrepase el plazo máximo definido en esa disposición, por lo que la posibilidad de poner en situación de internamiento a una persona por razones de orden público y de seguridad pública no puede tener fundamento en la propia Directiva. Por tanto, ninguna de las circunstancias mencionadas por el tribunal remitente podía constituir por sí misma una causa de internamiento en virtud de las disposiciones de esta Directiva. Por consiguiente, *el artículo 15, apartados 4 y 6, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que no permite, cuando haya terminado el período máximo de internamiento previsto en la Directiva, que el interesado no sea inmediatamente puesto en libertad, debido a que no esté en posesión de documentos válidos, dé muestras de comportamiento agresivo y no disponga de medios de subsistencia propios ni de una vivienda, o de medios facilitados con ese objeto por el Estado miembro.*

b) Asunto C-61/2011

En este asunto, la petición²⁴ de decisión prejudicial tenía por objeto la interpretación de los artículos 15 y 16 de la Directiva 2008/115.

²⁴ La petición se presentó en el marco de un procedimiento tramitado contra el Sr. El Dridi, condenado a una pena de un año de prisión, por el delito consistente en permanecer ilegalmente en el territorio italiano, sin causa justificada, con infracción de

Interesa destacar los siguientes fundamentos de la sentencia:

- Para el TJUE, los Estados miembros deben llevar a cabo la expulsión a través de las medidas menos coercitivas posibles y únicamente en el supuesto de que la ejecución de la decisión de retorno en forma de expulsión pueda verse dificultada por el comportamiento del interesado, tras una apreciación de cada situación específica, esos Estados podrán privar de libertad a ese último mediante un internamiento. A lo que añade que, conforme al artículo 15, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2008/115, esa privación de libertad será lo más corta posible y sólo se mantendrá mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión. Según los apartados 3 y 4 del mismo artículo 15 la referida privación de libertad deberá ser revisada a intervalos razonables, y se pondrá fin a ella cuando parezca haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión. Los apartados 5 y 6 del mismo artículo fijan la duración máxima de esa privación de libertad en 18 meses, que constituye un límite impuesto a todos los Estados miembros. Por otra parte, el artículo 16, apartado 1, de esa Directiva exige que las personas afectadas estén internadas en un centro especializado y separadas en cualquier caso de los presos comunes.
- De lo que antecede resulta, según el Tribunal, que el orden de desarrollo de las fases del procedimiento de retorno regulado por la Directiva 2008/115 corresponde a una graduación de las medidas que han de tomarse para la ejecución de la decisión de retorno, graduación que va desde la medida que más libertad permite al interesado, a saber la concesión de un plazo para su salida voluntaria, hasta las medidas coercitivas que más la restringen, a saber, el internamiento en un centro especializado, debiendo garantizarse en todas esas fases el respeto del principio de proporcionalidad.
- También se pone de manifiesto que el recurso a esa última medida, que constituye la privación de libertad más grave que permite esa Directiva²⁵ en el contexto de un procedimiento de expulsión forzosa, está estrictamente delimitado en aplicación de los artículos 15 y 16 de la misma Directiva, con objeto en especial de asegurar el respe-

una orden de expulsión dictada contra él por el questore di Udine (jefe de policía de Udine).

²⁵ Como se deduce claramente de la sentencia dictada en el caso Achughbadian, antes citada.

to de los derechos fundamentales de los nacionales de los terceros países afectados. En particular, la duración máxima prevista en el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva 2008/115 tiene como objetivo limitar la privación de libertad de los nacionales de terceros países en la situación de expulsión forzosa (sentencia de 30 de noviembre de 2009, Kadzoev, C-357/09 PPU, Rec. p. I-11189, apartado 56). La Directiva 2008/115 pretende así pues tener en cuenta tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), según la cual el principio de proporcionalidad exige que la privación de libertad de una persona contra la que está en trámite un procedimiento de expulsión o de extradición no se prolongue durante un período de tiempo irrazonable, es decir, que no exceda del plazo necesario para lograr el fin perseguido (véase en especial TEDH, sentencia Saadi c. Reino Unido, de 29 de enero de 2008, aún no publicada en el Recueil des arrêts et décisions, § 72 y 74), como la octava de las «Veinte directrices sobre el retorno forzoso» adoptadas el 4 de mayo de 2005 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, a las que hace referencia el tercer considerando de la Directiva. Según ese principio toda privación de libertad previa a la expulsión debe ser lo más breve posible.

Partiendo de estas consideraciones, la sentencia analiza si la normativa italiana enjuiciada era o no contraria a la Directiva 2008/115.

- A este respecto, el Tribunal comienza indicando que la Directiva 2008/115, en el momento de dictar sentencia, no se había transpuesto en el ordenamiento jurídico italiano, en relación con lo cual recuerda que, según reiterada jurisprudencia, siempre que las disposiciones de una directiva resulten ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, *los particulares podrán invocarlas frente al Estado, en particular cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado o cuando haya procedido a una adaptación incorrecta* (véanse en ese sentido en especial las sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, Rec. p. 723, apartado 46, y de 3 de marzo de 2011, Auto Nikolovi, C-203/10, Rec. p. I-0000, apartado 61). Para el TJUE, *ésa es la naturaleza de los artículos 15 y 16 de la Directiva 2008/115, los cuales son de contenido incondicional y lo suficientemente preciso, que no requiere otros complementos específicos para hacer posible su aplicación por los Estados miembros.*
- Por otra parte, ya en relación con las circunstancias del caso concreto, analiza el TJUE si la normativa, que preveía un supuesto de ingreso en prisión tras la frustración del procedimiento administrativo de

expulsión del ciudadano extranjero en situación irregular en Italia, se entiende que si bien es cierto que, en principio, la legislación penal y las normas de procedimiento penal son de la competencia de los Estados miembros, de ello no puede deducirse que el Derecho de la Unión no pueda afectar a dicha rama del Derecho (véanse en ese sentido en particular las sentencias de 11 de noviembre de 1981, Casati, 203/80, Rec. p. 2595, apartado 27; de 2 de febrero de 1989, Cowan, 186/87, Rec. p. 195, apartado 19, y de 16 de junio de 1998, Lemmens, C-226/97, Rec. p. I-3711, apartado 19, El Dridi, 28 de abril de 2011, apartado 53, Achughbadian, 5 de diciembre de 2011, apartado 33).

- De ello se deduce que, pese a que ni el artículo 63 CE, párrafo primero, punto 3, letra b), disposición que se ha recogido en el artículo 79 TFUE, apartado 2, letra c), ni la Directiva 2008/115, adoptada concretamente con fundamento en esa disposición del Tratado CE, excluyen la competencia penal de los Estados miembros en el ámbito de la inmigración clandestina y de la situación irregular, éstos deben ajustar su legislación en esa materia para asegurar el respeto del Derecho de la Unión. En particular, *esos Estados no pueden aplicar una normativa, aun si es de naturaleza penal, que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva y, como consecuencia, privarla de su efecto útil.*
- En lo que atañe más específicamente a la Directiva 2008/115, hay que recordar que, a tenor de su decimotercer considerando, somete expresamente el uso de medidas coercitivas a los principios de proporcionalidad y eficacia por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos. Por consiguiente, para subsanar el fracaso de las medidas coercitivas adoptadas para llevar a cabo la expulsión forzosa conforme al artículo 8, apartado 4, de dicha Directiva los Estados miembros no pueden establecer una pena privativa de libertad, como la prevista en la norma italiana, por el único motivo de que un nacional de un tercer país, tras serle notificada una orden de salida del territorio nacional y una vez finalizado el plazo que esa orden fijó, permanezca de forma irregular en el territorio de un Estado miembro, sino que deben proseguir sus esfuerzos para la ejecución de la decisión de retorno, que sigue produciendo sus efectos.
- Para el TJUE, esa pena, en razón especialmente de sus condiciones y formas de aplicación, puede perjudicar a la realización del objetivo pretendido por dicha Directiva, a saber, la instauración de una política eficaz de expulsión y de repatriación de los nacionales de

terceros países en situación irregular. En definitiva, se declara que *la Directiva 2008/115/CE, en particular sus artículos 15 y 16, debe ser interpretada en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado.*

c) Asunto C-329/2011

Como se ha comentado con anterioridad, en este caso una nacional de Armenia se encontraba en Francia en situación irregular, por lo cual la autoridad competente dictó una orden administrativa de expulsión y una orden de internamiento. Tras la tramitación correspondiente, la Corte de Apelación de París resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial.

El Tribunal consideró, en lo que interesa al objeto del presente informe, lo siguiente:

- Del artículo 8, apartados 1 y 4, de la Directiva 2008/115 se desprende que los términos «medidas» y «medidas coercitivas» que en él figuran hacen referencia a toda actuación que conduzca, de forma eficaz y proporcionada, al retorno del interesado. El artículo 15 de dicha Directiva dispone que el internamiento sólo se permite con objeto de preparar y de permitir la expulsión y que esta privación de libertad sólo puede mantenerse durante seis meses como máximo, pudiendo añadirse un período adicional de internamiento de doce meses únicamente en el supuesto de que no se haya ejecutado la decisión de retorno durante aquellos seis meses debido a la falta de cooperación del interesado o a demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria.
- Pues bien, es evidente que la imposición y la ejecución de una pena de prisión en el curso del procedimiento de retorno regulado en la Directiva 2008/115 no contribuyen a que se lleve a cabo la expulsión que dicho procedimiento persigue, esto es, a que se traslade físicamente al interesado fuera del Estado miembro de que se trata. Por tanto, dicha pena no constituye una «medida» o una «medida coercitiva» en el sentido del artículo 8 de la Directiva 2008/115.

- Para el TJUE, quedó acreditado en el proceso que la normativa nacional controvertida en el litigio principal, en la medida en que establece una pena de prisión para todo nacional de un tercer país, mayor de dieciocho años, que se halle en situación irregular en Francia una vez transcurrido el plazo de tres meses desde su entrada en el territorio francés, *puede dar lugar a un encarcelamiento cuando, en realidad, con arreglo a las normas y a los procedimientos comunes que se establecen en los artículos 6, 8, 15 y 16 de la Directiva 2008/115, ese nacional de un tercer país debe ser objeto de un procedimiento de retorno o, si de una privación de libertad se trata, puede, a lo sumo, ser objeto de internamiento.*
- Por consiguiente, una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal puede frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes que establece la Directiva 2008/115 y demorar el retorno, menoscabando de este modo el efecto útil de dicha Directiva.

d) Conclusiones

A la vista de las decisiones judiciales extractadas se advierte cómo para el TJUE los artículos 15 y 16 de la Directiva reúnen las características específicamente exigidas por la jurisprudencia para entender que no requieren de otros complementos específicos para hacer posible su aplicación por los Estados miembros y, por consiguiente, que los particulares podrán invocarlas frente al Estado, en particular cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado o cuando haya procedido a una adaptación incorrecta.

En línea con lo anteriormente expuesto, se considera que el artículo 15 de la Directiva, en sus apartados 1 y 3, no ha sido objeto de una transposición adecuada, por lo que los ciudadanos extranjeros sometidos a internamiento podrían hacerlos valer frente al Estado, sin que la falta de regulación expresa en el Derecho nacional pueda ser un obstáculo para los afectados de los derechos que en esos apartados regula la Directiva.

Esta cuestión entronca con el siguiente apartado del presente informe.

III. CONDICIONES DEL INTERNAMIENTO. ESTATUTO JURÍDICO DE LOS INTERNADOS

El artículo 16 (“Condiciones del internamiento”) de la Directiva establece las normas generales al efecto²⁶, en los siguientes términos:

“1. Como norma general, el internamiento se llevará a cabo en centros de internamiento especializados. En los casos en que un Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado y tenga que recurrir a un centro penitenciario, los nacionales de terceros países sujetos al internamiento estarán separados de los presos ordinarios.

2. Previa petición, se autorizará a los nacionales de terceros países en régimen de internamiento a que entren en contacto en el momento oportuno con sus representantes legales, los miembros de su familia y las autoridades consulares competentes.

3. Se prestará particular atención a la situación de las personas vulnerables. Se les dispensará atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de las enfermedades.

4. Las organizaciones y los organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales pertinentes y competentes podrán visitar los centros de internamiento a que se refiere el apartado 1, en la medida en que se utilicen para el internamiento de nacionales de terceros países con arreglo al presente capítulo. Tales visitas podrán estar sujetas a autorización previa.

5. Los nacionales de terceros países en régimen de internamiento recibirán de forma sistemática información sobre las normas aplicables en el centro y sobre sus derechos y obligaciones, incluida información sobre su derecho, con arreglo a la legislación nacional, a ponerse en contacto con las organizaciones y organismos a que se refiere el apartado 4”.

Algunas de estas previsiones han sido recogidas en el artículo 62 bis de la LOEX:

“Artículo 62 bis. Derechos de los extranjeros internados.

1. Los centros de internamiento de extranjeros son establecimientos públicos de carácter no penitenciario; el ingreso y estancia en los mismos tendrá únicamente

²⁶ En materia de internamiento de menores y familias ha de estarse al régimen específico del artículo 17 de la Directiva, conforme al cual:

“1. Los menores no acompañados y las familias con menores sólo serán internados como último recurso y ello por el menor tiempo posible.

2. A las familias internadas en espera de expulsión se les facilitará alojamiento separado que garantice un grado adecuado de intimidad.

3. Se dará a los menores internados la posibilidad de participar en actividades de ocio, incluidos juegos y actividades recreativas adecuados a su edad, y, dependiendo de la duración de su estancia, tendrán acceso a la educación.

4. A los menores no acompañados se les facilitará, en la medida de lo posible, alojamiento en instituciones con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad.

5. El interés superior del niño deberá ser una consideración de primer orden en el internamiento de los menores en espera de expulsión”.

finalidad preventiva y cautelar, salvaguardando los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas a su libertad ambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso acordada.

(...)

2. Los centros dispondrán de servicios de asistencia social y sanitaria con dotación suficiente. Las condiciones para la prestación de estos servicios se desarrollarán reglamentariamente.

3. Las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes y los organismos internacionales pertinentes podrán visitar los centros de internamiento; reglamentariamente se desarrollarán las condiciones de las mismas”.

Por consiguiente, siguiendo con lo ya establecido en normas anteriores, la LOEX prevé que los centros de internamiento son establecimientos públicos de carácter no penitenciario²⁷.

Sin embargo, los informes elaborados por el Defensor del Pueblo y los Colegios de Abogados²⁸, así como por organizaciones nacionales e internacionales de protección de los derechos, ponen de relieve cómo en esos centros, con independencia de su supuesto carácter, no se cumplen los mínimos exigibles para el respeto de los derechos y la dignidad de los internados²⁹.

²⁷ En nuestro ordenamiento existen los centros de internamiento de extranjeros propiamente dichos, dependientes del Ministerio del Interior, y que funcionan en régimen cerrado, y los llamados centros de internamiento temporal de extranjeros, dependientes del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, y que funcionan en régimen abierto. A los efectos del presente informe son relevantes los de la primera categoría, por lo que en ellos se centran las consideraciones que se efectúan.

²⁸ Resulta sumamente ilustrativo el Informe sobre derechos y libertades de las personas internadas en los Centros de Internamiento de Extranjeros, de septiembre de 2011, de la Comisión de Extranjería del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. En él se hace un pormenorizado análisis de los derechos de esas personas, realizando propuestas para su verdadera implantación y respeto. De gran importancia son las relativas a la necesaria regulación de los extremos dirigidos a garantizar la tutela judicial efectiva de los interesados; a tal fin, se sugería en ese informe que se permitiera la entrada de fedatarios públicos para que los internados pudieran dejar constancia expresa de su voluntad de designación de Abogado. Quizás fuera más efectivo que se atendiera a lo establecido en el artículo 223 del Reglamento y se recogiera en el Reglamento de los CIEs que bastará con la designación de abogado realizada por el interno ante el Director del Centro.

²⁹ Una visión general de esta cuestión ofrece el informe del Comité de libertades civiles, Justicia e Interior (Dirección General de Política Interior de la Comisión) sobre las condiciones en centros de los nacionales de terceros estados (centros de detención, centros abiertos y centros y zonas de tránsito), con especial atención a la situación

Esta cuestión, sobre la que existe abundante documentación³⁰, tiene un particular alcance en lo que se refiere a los derechos de los internados, que junto con los correspondientes deberes, conforman el llamado estatuto jurídico de los internados³¹.

La tradicional postura sobre la titularidad de derechos por los extranjeros, sustentada en una interpretación literal del artículo 13 de la Constitución, fue incluso admitida por el Tribunal Constitucional (STC 107/1984), en el entendimiento de que se trataba de derechos de configuración legal, respecto de los que el legislador podía reconocer o no la titularidad de tal o cual derecho y aun fijar el contenido sin atender a su contenido esencial. Esta tendencia comenzó a quebrar con la STC 115/1987, desde la que se afirma que aquellos derechos fundamentales que forman parte integrante de la idea de dignidad de la persona también corresponden a los extranjeros en los mismos términos que a los españoles (STC 94/1993, 116/1993 y 242/1994). Entre ellos, se encuentra la tutela judicial efectiva; la conocida STC 95/2003 declaró inconstitucional la norma que privaba de la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros en situación irregular en España³².

Es obvio que existen ciertos derechos que siguen siendo de configuración legal (por ejemplo, los del artículo 19 de la Constitución), pero la tendencia de la propia legislación de extranjería es expansiva, en el sentido

de las personas con necesidades especiales, elaborado en diciembre de 2007 (PE 393.275).

³⁰ Una visión general de esta cuestión ofrece el informe del Comité de libertades civiles, Justicia e Interior (Dirección General de Política Interior de la Comisión) sobre las condiciones en centros de los nacionales de terceros estados (centros de detención, centros abiertos y centros y zonas de tránsito), con especial atención a la situación de las personas con necesidades especiales, elaborado en diciembre de 2007 (PE 393.275).

³¹ Muestra de esa evolución puede ser la constante labor de los Juzgados en funciones de control jurisdiccional de los CIEs. Así, el Juzgado de Instrucción n° 6 de Madrid, en auto de 13 de enero de 2011, ha cuestionado la viabilidad de las restricciones horarias impuestas por las direcciones de los centros a las visitas a los centros de los representantes de las ONGs.

³² El derecho a la asistencia jurídica gratuita se regula ahora en el artículo 22 de la LO-EX.

de la admisión de mayor número de derechos³³ o, si se prefiere, de eliminación de trabas derivadas de aquellas concepciones³⁴.

La legislación vigente en la materia se compone de diversos elementos de relevancia para la cuestión ahora examinada.

Así, de una parte, ha de tenerse en cuenta la declaración específica contenida en el artículo 62 bis. 1 ya citado, conforme al cual “el ingreso y estancia en los mismos [en los centros de internamiento] tendrá únicamente finalidad preventiva y cautelar, salvaguardando los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas a su libertad ambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso acordada”.

Esta declaración —que tiene resonancias del artículo 25.2 de la Constitución— es de suma relevancia, pues los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico son, en primer lugar, los reconocidos en el artículo 62 bis³⁵, según el cual.

“Artículo 62 bis. Derechos de los extranjeros internados.

1. Los centros de internamiento de extranjeros son establecimientos públicos de carácter no penitenciario; el ingreso y estancia en los mismos tendrá únicamente finalidad preventiva y cautelar, salvaguardando los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas a su libertad ambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso acordada. En particular, el extranjero sometido a internamiento tiene los siguientes derechos:

a) A ser informado de su situación.

b) A que se vele por el respeto a su vida, integridad física y salud, sin que puedan en ningún caso ser sometidos a tratos degradantes o a malos tratos de palabra o de obra y a que sea preservada su dignidad y su intimidad.

c) A que se facilite el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las derivadas de su situación de internamiento.

³³ Cabe citar en esta línea el auto del Juzgado de Instrucción n° 6 de Madrid, de 15 de abril de 2011, Juzgado en función de control jurisdiccional del CIE de Aluche (Madrid), en que declaró que “un CIE no es un centro carcelario o prisión, y el derecho a la intimidad de la derecho de la correspondencia es un derecho fundamental que no puede ser vulnerado por ningún agente de policía ni por la Dirección del Centro, puesto que sólo por la autoridad judicial se puede proceder a interceptar o leer la correspondencia”.

³⁴ Una buena muestra de lo expuesto en relación con este punto se encuentra en el dictamen del Consejo de Estado n° 786/2009, sobre un anteproyecto de ley orgánica que posteriormente se aprobaría como la Ley Orgánica 2/2009 de reforma de la LOEX.

³⁵ Este régimen se recogía originariamente en la Orden de 1999, pero en 2003 fue incorporado a la Ley Orgánica 4/2000 por la Ley Orgánica 14/2003. La carencia de rango suficiente de esa Orden era manifiesta y así resulta de las citadas Sentencias del Tribunal Supremo de 2003 y 2005.

d) A recibir asistencia médica y sanitaria adecuada y ser asistidos por los servicios de asistencia social del centro.

e) A que se comunique inmediatamente a la persona que designe en España y a su abogado el ingreso en el centro, así como a la oficina consular del país del que es nacional.

f) A ser asistido de abogado, que se proporcionará de oficio en su caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifique.

g) A comunicarse en el horario establecido en el centro, con sus familiares, funcionarios consulares de su país u otras personas, que sólo podrán restringirse por resolución judicial.

h) A ser asistido de intérprete si no comprende o no habla castellano y de forma gratuita, si careciese de medios económicos.

i) A tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar.

j) A entrar en contacto con organizaciones no gubernamentales y organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales de protección de inmigrantes.

2. Los centros dispondrán de servicios de asistencia social y sanitaria con dotación suficiente. Las condiciones para la prestación de estos servicios se desarrollarán reglamentariamente.

3. Las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes y los organismos internacionales pertinentes podrán visitar los centros de internamiento; reglamentariamente se desarrollarán las condiciones de las mismas”.

Como es obvio, este precepto regula en su primer apartado los derechos de los internados en tal condición, es decir, que precisa aquellos de los que disfrutan como sujetos sometidos a la relación de sujeción especial de internados en un CIE. Pero como resulta también del propio precepto, además de estos derechos que conforman su estatuto jurídico de internados, cuentan con todos los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico, como son los regulados en la propia LOEX (Título I, artículos 3 a 24) y los que resultan del Derecho de la Unión Europea (por ejemplo, los afirmados por la referida STJUE C-61/2011, en relación con la Directiva 2008/115).

Es evidente que la situación de internamiento impone de facto límites al ejercicio de los derechos y libertades, pero también lo es que la situación de internamiento no supone la privación de esos derechos, ante todo, de los inherentes a la dignidad humana. Consciente de la necesidad de eliminar las dudas que podían haber surgido en este ámbito, la reforma de la LOEX de 2009 ha instituido la figura de los Juzgados de Instrucción en función de control de los CIEs (artículo 62.6 de la LOEX).

Pero haciendo hincapié en los derechos expresamente concedidos a los ciudadanos extranjeros internados por el artículo 62 bis, debe repararse,

en particular, en el regulado en el artículo 62 bis, apartado 1.f), consistente en el derecho “a ser asistido de abogado, que se proporcionará de oficio en su caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifique”³⁶.

Se reconoce en este apartado un derecho de los internados a la asistencia jurídica en casos de urgencia que no ha tenido el despliegue que merece hasta la fecha³⁷. Si se incardina este derecho con otras previsiones de nuestro Derecho de extranjería, como podría ser la del artículo 62.6 de la LOEX que atribuye al Juez de Instrucción la competencia para conocer, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales, se advierte que el abogado, y no el personal del CIE, es el sujeto indicado para valorar qué peticiones y quejas revisten los caracteres de lesiones a los derechos fundamentales de los internados. Es obvio que esa especie de derecho de petición se puede ejercitar de manera personal por parte de los internados, pero el asesoramiento prestado por el abogado³⁸ está llamado a asegurar el buen fin del sistema de quejas de los ciudadanos extranjeros que tan parca y defectuosamente contiene la LOEX.

El futuro Reglamento debe establecer un procedimiento de quejas que respete el secreto de las comunicaciones de los internos y el principio de celeridad, asegurando la entrega directa de estas quejas al juez de control. Una buena práctica sería reconocer legitimación a las ONGs para plantear esas quejas y peticiones en nombre de los internados, como sucede en Madrid y Valencia. En suma, la fiscalización de los CIEs, en garantía de los derechos fundamentales de los internos, debería pivotar sobre la acción coordinada de los juzgados de control, los letrados y las ONGs.

No puede dejar de destacarse que el estatuto jurídico de los internados no ha sido objeto de una especial atención por parte del legislador³⁹ ni por

³⁶ En la medida en que el extranjero se encuentra detenido, ostenta el derecho a la asistencia letrada, en los términos del artículo 22 de la LOEX, y el bloque de derechos recogido en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

³⁷ La citada Circular 2/2006 de la Fiscalía ya se hizo eco de la necesidad de la asistencia letrada y de la audiencia al extranjero, a fin de que pudiera hacer alegaciones y proponer y practicar la prueba pertinente. Además, entendía preciso el traslado de las actuaciones a la Fiscalía correspondiente, a fin de emitir informe con carácter previo a la decisión judicial de internamiento.

³⁸ Esta intervención no está cubierta por el sistema de asistencia jurídica gratuita de la Ley 1/1996.

³⁹ Aunque algunas previsiones de la LOEX son una clara guía para futuras disposiciones de desarrollo, como su artículo 20.2, con arreglo al cual “los procedimientos administrati-

parte de las autoridades gubernativas. Y síntoma de ello son las recomendaciones que se vienen recogiendo en los informes del Defensor del Pueblo, así como los acuerdos adoptados por los Juzgados en función de control de los CIEs, de Madrid y de Valencia, en asuntos como la atención médica, las comunicaciones telefónicas, la comunicación con los letrados, las visitas de ONGs, los buzones de quejas para los Juzgados de control, la información al ingreso en el centro, etc.; o el reciente acuerdo adoptado el 27 de febrero de 2012 por los Juzgados de Instrucción números 6, 19 y 20 de Madrid, en funciones de control del Centro de Internamiento de Extranjeros de Madrid (Expediente gubernativo 286/2012), en el que, tras considerar que la expulsión de los internados sin cierta información previa vulnera su derecho a estar informados de su situación y el derecho fundamental a un trato digno, se acuerda lo siguiente:

“En el CIE se deberán adoptar los medios necesarios para garantizar el derecho de los internos a conocer, con una antelación de 12 horas, el momento en que se va a producir la expulsión, el número del vuelo, la hora de llegada y la ciudad de destino, y al mismo tiempo se les deberá facilitar en ese lapso de tiempo los medios necesarios para poder realizar llamadas telefónicas con la finalidad de avisar a sus parientes o conocidos en España o de su país de llegada, a fin de posibilitar la organización del regreso.

Ese derecho debe ser garantizado a todos los internos, ya lo pidan o no, ya hagan uso del derecho a llamar a sus parientes o no.

Se deberá traducir el presente Acuerdo Gubernativo y notificarlo a los internos, mediante inserto en el tablón de anuncios en todos los idiomas usados por los internos del CIE”.

En relación con estas cuestiones, se valora de manera favorable que se haya atribuido una competencia mayor sobre la tutela de los derechos de los internados en CIEs a determinados Juzgados de Instrucción; pero sería preciso dotar al modelo esbozado en la legislación de los elementos precisos para que sean esos juzgados, y no los del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, los competentes también para verificar la adecuada garantía del derecho a la asistencia letrada de los internados. Sería preciso articular mecanismos de petición por los internados del beneficio, por me-

vos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley (‘Expedición del visado’).

dio de los oportunos convenios con los Colegios de Abogados y Procuradores correspondientes⁴⁰.

Como puede apreciarse, el régimen de los derechos de los internados se basa en solemnes declaraciones que encuentran en su despliegue notables obstáculos.

Uno de los elementos que podría contribuir a la mejora de la situación presente sería la regulación en el futuro Reglamento de los CIEs del procedimiento de presentación y resolución de las peticiones y quejas de los internados.

Los artículos en los que se regulan sucintamente estas posibilidades son el citado artículo 62.6 y el artículo 62 quáter, conforme al cual:

“Artículo 62 quáter. Información y reclamaciones.

1. Los extranjeros recibirán a su ingreso en el centro información escrita sobre sus derechos y obligaciones, las cuestiones de organización general, las normas de funcionamiento del centro, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones o quejas. La información se les facilitará en un idioma que entiendan.

2. Los internados podrán formular, verbalmente o por escrito, peticiones y quejas sobre cuestiones referentes a su situación de internamiento.

Dichas peticiones o quejas también podrán ser presentadas al director del centro, el cual las atenderá si son de su competencia o las pondrá en conocimiento de la autoridad competente, en caso contrario”.

Dado que el artículo 62.6 prevé que el Juez de Instrucción competente conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales, puede deducirse lo siguiente:

- Los extranjeros tienen derecho a formular peticiones y quejas sin más limitaciones que las derivadas del ordenamiento; esas peticiones o quejas pueden dirigirse a la entidad o institución que estimen pertinente (director del centro, Juzgado competente, Fiscal, Defensor del Pueblo...). No se considera adecuada la limitación que incluye el artículo 62 quáter en su segundo apartado, pues ha de entenderse que el internado podrá formular las peticiones que estime conveniente y no sólo las referidas a su situación de internamiento (así,

⁴⁰ El XVII Encuentro en Pamplona de 2007, sobre asistencia jurídica gratuita, ya puso de manifiesto que existían vulneraciones del derecho a la asistencia letrada en los supuestos de detención para la ejecución de resoluciones de expulsión, siendo una actuación administrativa contraria al artículo 17 de la Constitución.

por ejemplo, puede formular peticiones o quejas relativas a un procedimiento de solicitud de autorización de trabajo en España).

- Es preciso diferenciar el régimen de tramitación según el contenido de la queja o petición. A tal efecto, el artículo 62 quáter atribuye al director del CIE la facultad de atender las que sean de su competencia, que puede entenderse que son las relativas a la situación de internamiento. Pero en la medida en que exista una posible afectación de los derechos del extranjero, deberían incluir pie de recurso, a fin de que se pronuncie el Juez competente, conforme al artículo 62.6 de la LOEX. No se considera que en este caso la materia (afectación de derechos fundamentales del internado) implique que la petición o queja se resida directamente ante el Juzgado competente; pero sí que la decisión administrativa al respecto —aceptando en todo o en parte la queja o rechazando lo solicitado por el extranjero— sea susceptible de ser revisada por la jurisdicción⁴¹.

En definitiva, una regulación de los CIEs debería articular los mecanismos necesarios para que los extranjeros internados puedan presentar sus quejas y peticiones, así como su eventual revisión judicial, sin que puedan verse afectados sus derechos y libertades por mera decisión de la autoridad gubernativa.

En el plano del derecho a la asistencia letrada, se considera que el juego actual de los artículos 22 de la LOEX y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede llegar a ofrecer un entramado suficiente de garantías, pero la aspiración de nuestro ordenamiento en la materia habría de ser la de la consecución de un régimen completo y acabado incluido en un único cuerpo normativo. Así, aun cuando el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece las garantías para los detenidos o presos, la especial situación de los extranjeros internados demanda un tratamiento específico de su situación, que tendría una sede lógica en la propia LOEX. Ésta debería, por consiguiente, incluir un régimen completo y autosuficiente del derecho a la asistencia letrada de los extranjeros en España, que comprendería entre otros extremos el beneficio de asistencia jurídica

⁴¹ Del mismo modo, se entiende que el régimen de las medidas de seguridad extraordinarias o medios coercitivos que regula el artículo 62 quinquies de la LOEX debe ser interpretado en el sentido de que exista siempre un conocimiento por el Juzgado de Instrucción competente de su adopción, necesariamente motivada, y de su aplicación en cada caso, pues tales medidas han de ser conocidas por la primordial institución de garantía de los derechos de los internados.

gratuita o el régimen de apoderamientos, en el que, además, se atendiera a las especiales situaciones en las que pueden encontrarse.

IV. CONCLUSIONES DEL INFORME

A lo largo del presente informe se han ido destacando algunas cuestiones de la regulación en España de los llamados Centros de Internamiento de Extranjeros, establecimientos públicos destinados a garantizar el buen fin de un procedimiento de expulsión, devolución o retorno de un ciudadano de un tercer Estado.

El parco régimen normativo está pendiente de una profunda revisión, en relación con la cual han tratado de aportarse algunas ideas y sugerencias de cara a su mejora y a la implantación de medidas dirigidas a la garantía de los derechos de los extranjeros internados, sin menoscabo de la tutela de la seguridad pública que corresponde a cada Estado, como elemento inherente a su competencia exclusiva para regular la materia de extranjería, con los límites marcados por los tratados internacionales y el Derecho de la Unión Europea.

Los CIEs han de ser objeto de una regulación adecuada, que haga frente a ese cúmulo de circunstancias, que no han de ser reguladas como contrapuestas. A fin de que esa nueva regulación se inserte de manera respetuosa en el grupo normativo al que pertenece, deben tenerse en cuenta las siguientes cuestiones:

- Los artículos 15 y 16 de la Directiva 2008/115 son normas incondicionales y suficientemente precisas, que los particulares podrán invocar directamente frente al Estado, si no se ha producido su incorporación al derecho español o ésta ha sido incompleta.
- Los apartados 1 y 5 del artículo 15 de la Directiva 2008/115 no se consideran adecuadamente incorporados a nuestro ordenamiento, sin que la Ley Orgánica 2/2009 procediera a la transposición de sus contenidos a la Ley Orgánica 4/2000.
- Es posible proceder a su transposición por norma de rango reglamentario; en tal sentido, el Derecho de la Unión Europea no impone una incorporación únicamente a través de ley sino que deja libertad a los Estados miembros.
- Debe potenciarse el control jurisdiccional de la acción de los CIEs. Se considera acertado que se residencien ante los Juzgados en función de control jurisdiccional de los CIEs todas las cuestiones atinen-

tes a la garantía de los derechos de los internados, incluidas todas las relativas al derecho a la asistencia letrada.

- El régimen de la asistencia jurídica de los extranjeros debería regularse en un único cuerpo normativo, preferentemente la LOEX, en la que tuvieran cabida todas las cuestiones relativas a la materia, superando la fragmentación actualmente existente.
- Debe procederse a un adecuado desarrollo de los procedimientos a través de los cuales se articula el ejercicio de sus derechos por parte de los internados, tanto los propios de la normativa de extranjería (procedimiento ordinario y preferente), como los específicos relacionados con la situación de internamiento.

La posible implantación del copago en la justicia

I. OBJETO DEL INFORME

Desde diferentes posiciones jurídicas (los Decanos de los Jueces de toda España, algunas Comunidades Autónomas, diversos miembros de la comunidad jurídica nacional e incluso fuentes del propio Ministerio de Justicia) se está considerando la posibilidad de implantar el denominado “copago” en relación a ciertas actividades de la Administración de Justicia.

En un resbaladizo entorno de pura “*lege ferenda*” se pretenden perfilar mínimamente las cuestiones apuntadas, introduciendo algunas consideraciones de diferente procedencia que permitan situar el debate en su auténtico entorno jurídico, aclarando lo que resulta algo más que una pura cuestión económica sobre el sostenimiento de las actividades de la Administración de Justicia.

Dentro de un contexto generalizado de demanda de “copago” en diversos órdenes de la acción administrativa —más relacionado con necesidades de reajuste de los ingresos públicos que con una auténtica comprensión de la noción del gasto público en cuanto a los servicios esenciales a la comunidad— conviene detenerse mínimamente en los fundamentos de lo que supone el ámbito de la tutela judicial efectiva constitucionalmente garantizada, recordando a partir del mismo una serie de premisas de obligado cumplimiento si se pretende recorrer la compleja y equívoca senda de la coparticipación en el sostenimiento de las cargas públicas.

Especialmente, como se verá, cuando la noción del “copago” se halla muy cerca de la exacta comprensión del problema de la gratuidad en el acceso a la justicia, concorde aspiración histórica universal que ha venido a convertirse en un auténtico derecho subjetivo constitucional dotado de fuertes instrumentos de protección, bien que amenazado por elevado coste del mantenimiento de la acción pública en materia de justicia.

Lo que sigue es el resultado de nuestro trabajo.

II. ¿EN QUÉ CONSISTE COPAGAR?

A. *El término en abstracto*

Que un término como “copago” no se encuentre como tal en el Diccionario de la Real Academia constituye una de las curiosas trampas terminológicas en las que habitualmente nos vemos envueltos respecto a determinados conceptos que, suponiéndolos comúnmente aceptados por la ciudadanía, resulta que no tienen ni definición técnica reconocida. Especialmente cuando dicha palabra comienza a ser introducida de modo tan decidido como desconocido en diferentes ámbitos de nuestra cambiante realidad jurídica, siempre a remolque de nuestra poco afortunada realidad económica.

Resulta así que más que hablar de anfibología de la expresión (pues a más de un campo suele aplicarse su noción) habría que comenzar hablando por falta de expresión formalmente reconocida. No resulta difícil comprender que en dicha indefinición nuclear se encuentra mucho del cambiante significado que pueda dársele al resultado final en el ámbito jurídico.

Guiados porque la partícula “co” viene a significar en realidad “con” (y esto si está en el Diccionario), lo que supone un prefijo alusivo a “reunión”, “cooperación” o “agregación”, resulta que “copagar”, en definitiva y a los efectos que aquí nos ocupan, vendrá a suponer que alguien paga junto con otro, en reunión, cooperación o agregación a él.

Noción comúnmente importada del campo de la medicina (especialmente la privada), el “copago” (en relación de efecto derivado de la acción de “copagar”) supone el precio que ha de pagarse por un servicio en relación al valor del mismo que le asigna en un plan de salud. Que el usuario atienda a una parte del pago (comparta el pago: copague) supone una forma de financiación (ya nos vamos acercando a nuestro destino) del servicio, un pago adicional que el beneficiario debe hacer para acceder al servicio, más allá de los aportes que realiza como cuota ordinaria (mensual o anual).

Más difícil ubicación tiene tal término en el ámbito de la justicia en la medida en que la gratuidad es una aspiración ideológica. Incidiendo en tal comprensión histórica, BENTHAM señalaba de modo muy descriptivo que “la justicia es la salvaguardia que la ley nos promete para todo lo que tiene valor a nuestros ojos, como lo es nuestra libertad, nuestra propiedad, nuestra honra, nuestra vida; y hacer a los tribunales inaccesibles a los que

no pueden pagar el derecho de entrada a ellos equivale a privarles de todos esos preciosos bienes”.

B. Origen del término en relación a la Administración de Justicia: de la Biblia a las tasas judiciales

Copagar, pues, y vamos arribando a nuestro puerto jurídico, supone compartir el coste del servicio. Porque siempre se une y vincula la aportación conjunta a un servicio, que en nuestro caso no puede ser otro que el que presta la Administración de Justicia.

Examinar históricamente la facilitación del acceso jurisdiccional a los menos dotados económicamente constituye la aproximación de las ideas moralizadoras que impregnaban el ordenamiento en los tiempos más remotos hasta llegar a convertirse, de una expresión caritativa, en un estricto derecho subjetivo tendente a equilibrar la posición de las partes en el proceso.

La noción de la gratuidad en el acceso a la justicia —como destacara ALCALÁ ZAMORA para los tiempos más antiguos— sitúa la referencia al problema en la Biblia (Isaías I, 17 y 23; IX, 17 y X). En el derecho romano la Constitución de Constantino (Código III, 14) permitía a los pobres interponer su demanda ante el emperador, texto luego reproducido en las Partidas (Partida III, título III, ley 5^a). El Fuero Juzgo colocaba a los pobres que hubieren de litigar bajo la protección de los obispos (Libro II, Título I, ley 28).

En un entorno constitucional y más cercano —aún en regímenes políticos absolutamente divergentes— la litigación gratuita (y la consideración del servicio público de justicia como algo intrínsecamente gratuito) se contiene en el denominado “beneficio de pobreza” en el artículo 95 del anteproyecto de Constitución de la monarquía española de 1929, siendo luego reiterado por la Constitución de 1931 en su artículo 94. También la Ley de 11 de enero de 1967 en su artículo 30 dispuso la gratuidad en el acceso a la justicia para quienes carecieran de medios económicos.

No resultando, pues, una novedad en nuestro ordenamiento jurídico la atención al problema de que los particulares paguen por acceder a ciertos ámbitos de la Administración de Justicia, su origen y fundamento dan mucho que pensar sobre tal posibilidad. Sería el Real Decreto 1035/1959, de 18 de junio por el que se regula el que obligaba al pago de las tasas judiciales (noción mucho menos atractiva y grisácea que la nueva —aunque ya un

poco manida— de “copago”) a quienes promovieran “la actuación de los Tribunales y Juzgados o sean parte en el proceso”.

La recaudación de las tasas se realizaba mediante efectos timbrados (artículo 9) y en principio el producto de las mismas se aplicaba a la remuneración complementaria de los funcionarios de la Administración de Justicia, hasta que la Ley de 8 de julio de 1963 sobre percepción de tasas judiciales dispuso el ingreso de su producto en el Tesoro Público. Adicionalmente, toda parte personada venía obligada a emplear una póliza de la Asociación Mutuo Benéfica de Funcionarios de la Administración de Justicia.

Con posterioridad sería el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados de 30 de diciembre de 1980 el que sujetaba a la modalidad impositiva de “actos jurídicos documentados” las resoluciones jurisdiccionales, los laudos arbitrales, y los escritos de los interesados relacionados con aquéllas, debiendo las diligencias y actuaciones extenderse necesariamente en papel timbrado.

C. El impacto constitucional

Como tantos otros ámbitos jurídicos, la aparición del texto constitucional de 1978 no podía dejar al margen esta zona de acción administrativa tan vinculada a la Administración de Justicia.

La idea de la gratuidad de la justicia es el corolario de la existencia de un estado asistencial, convertido en la mejor forma de lograr la plena igualdad de los ciudadanos ante la ley, toda vez que el centro del problema se halla en el libre acceso a la jurisdicción de los justiciables, lo que se alcanza en su plenitud solo con la gratuidad en la justicia.

La combinación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 con la impecable referencia del artículo 119 de la Constitución a la gratuidad de la Justicia “cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar” constituyen un fundamento de máximo nivel para derivar de él una singular alteración del régimen anterior de tasas.

Se materializaría la misma —no sin cierto retraso temporal— mediante la Ley 25/1986, de 24 de diciembre, de supresión de las tasas judiciales. No resulta ajena tal supresión —no se olvide, con vistas a lo que haya de venir definitivamente— que se constataban numerosas distorsiones en el funcionamiento de la Administración de Justicia. Así lo declaraba expresamente la Exposición de Motivos de la norma legal citada, señalando que “...la gestión tributaria, encomendada al Secretario judicial, se ha demostrado

poco eficiente en cuanto tal, al tiempo que ha apartado a ese funcionario de las importantes funciones procesales y de gestión de la oficina judicial que está llamado a desempeñar”.

Reténgase la poca habilidad tributaria que cabe predicar de los responsables de la gestión de las tasas judiciales —que señala nada menos que la Ley de 1986 en su motivación— y póngase luego en relación con la vocación financiera que algunos pretenden ver hoy en la Administración de Justicia.

Pero no atropellemos nuestra ordenada marcha. O al menos no demos ese paso todavía.

D. Los primeros atisbos de la nueva época

Casi 20 años después de la norma legal anterior, y con una consolidación jurisprudencial más que sólida de la mano del Tribunal Constitucional (que veremos está llamado a relevantes funciones en esta zona de acción revisora) nos encontramos con lo que RODRIGUEZ GARBAJO ha denominado “la resurrección parcial de las tasas judiciales” mediante la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Su artículo 35 viene a introducir una “tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo” que, por más vocaciones eufemísticas y perífrasis verbales que la traten de envolver (al modo común en que a las cosas no se les quiere llamar por su nombre en los últimos desatinados tiempos de la vacuidad lingüística jurídica) viene a ofrecer un insoportable tufo a pura “tasa judicial” de las suprimidas por la Ley de 1986, luego los tiempos de vaivén regulatorio habían vuelto, motivados por la evolución del parnaso de la gratuidad total a los duros campos del equilibrio presupuestario en que nos encontramos labrando actualmente; y parece que durante bastantes cosechas futuras.

Y si en la oronda ecuación presupuestaria pública de 2002 no encajaba bien la gratuidad judicial, ni que decir tiene el deplorable rumbo posterior que habría de conducir a la absoluta sequía financiera actual, finalmente vaticinada por la —ya producto directo de la crisis económica— Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial (finalmente modificada por la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El penúltimo hito de la evolución previa a la pura implantación del copago judicial ha de venir con la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, cuya disposición final segunda afecta a la Ley 53/2002, modificando sus cuantías y procedencias.

Quedan, pues, sentadas las bases jurídicas conceptuales de una progresiva ampliación en el cada vez más estrecho campo de la gratuidad jurisdiccional del servicio de la Justicia para los ciudadanos. Sin embargo, sobre los indicados fundamentos tradicionales aún sería necesario un decidido cambio de tercio para acometer una obra de ingeniería económico-financiera mucho más amplia.

Y un sentir político generalizado y creciente parece que puede demandar ir a ello de modo muy decidido. Especialmente —y es el último hito— tras conocerse el Anteproyecto de Ley aprobado por el Gobierno de la nación el 30 de marzo de 2012 que pretende revisar las tasas judiciales vigentes desde 2002.

III. ¿QUIENES DEMANDAN EL COPAGO?

Como hemos recordado en otro lugar fue la XXI Reunión Nacional de Jueces Decanos de España (celebrada en Vitoria los días 28 a 30 de noviembre del pasado año de 2011) la que calificó a nuestra Administración de Justicia —y cito literal y textualmente— de “obsoleta, añosa, desnortada y caótica, incomprensible en su funcionamiento e incapaz de generar confianza ni hacia dentro ni hacia fuera”. No es difícil comprender que tal declaración condiciona en mucho lo que se diga sobre la polémica del copago en la recepción del servicio de la Administración de Justicia, porque va a ser difícil venderles a los ciudadanos que contribuyan a pagar esa Justicia que así valoran algunos de sus cualificados artífices.

Tras reconocer los Jueces Decanos que hay miles de millones de euros inmovilizados en los órganos judiciales y fuera del circuito económico (lo que supone aceptar alguna de las críticas que se les ha dedicado desde varios sectores economicistas, que ven la Justicia como una parte del problema económica general), entre las 31 propuestas orientadas a identificar medidas urgentes para la reforma de la Justicia (alguna de las cuales ya ha sido incorporada por el nuevo Gobierno entre sus prioridades en materia judicial —como es el caso del nombramiento de los vocales judiciales del Consejo General del Poder Judicial por los propios jueces y no por los grupos políticos— y otras se encuentran en estudio avanzado) se precisa que

el modelo a seguir es el que realizan exitosamente otras Administraciones Públicas como la Agencia Tributaria (según mencionan expresamente tales decanos).

Puede que de esta fijación financiero-tributaria se deriven otras dos pretensiones de la misma reunión de jueces: la conveniencia de realizar un estudio sobre el coste económico de los procesos (para concienciar a los ciudadanos del enorme coste que supone tramitar asuntos de escasa entidad en los juzgados, resultando que estos costes medios de un procedimiento de escasa entidad son de unos 1300 euros) y —lo que motiva nuestro análisis actual— el “establecimiento de tasas pedagógicas o disuasorias”: y de aquí el copago.

No nos resulta difícil criticar la posición judicial: un pleito, por pequeño que sea, puede tener un efecto multiplicador brutal. Incluso económicamente brutal. Piénsese que se hubiera generalizado la actitud de un ciudadano que solicitó responsabilidad patrimonial por la demora (de más de una hora) en la cola de un servicio público. No es difícil suponer que lo importante no eran los 30 euros que pedía (por la pérdida de su tiempo, que cifraba en ese dinero) sino los cientos de miles de ciudadanos que podrían haberse acogido a esa postura de haber prosperado la reclamación. La teoría de los estándares del servicio (“rebus sic stantibus” es habitual y común que la Administración demore un cierto tiempo atender al ciudadano, lo que no es ordinariamente atendible como una responsabilidad) podría atajar esa consideración indemnizable por un tiempo. Lo que no es tolerable es que, indefinidamente en el tiempo, los retrasos en la prestación de los servicios públicos puedan ser considerados un “estándar del servicio”, porque terminaremos conviniendo —no sin razón creciente— que el servicio que se presta bajo tales estándares es malo, si no pésimo.

También es cierto que las nuevas técnicas del management han importado palabras otrora desconocidas, incorporadas al documento de referencia. Así se viene a decir “implementación” en lugar de puesta en marcha y ejecución o se habla de “hoja de ruta” cuando antes se marcaban objetivos. Los eufemismos, pues, son la tónica general. Puede que por eso se diga por los propios jueces —anticipando la crítica, lógica— que no se trata de establecer un sistema de copago sino simplemente “tasas pedagógicas o disuasorias”.

Pese a la manifiesta admiración que sienten los decanos por la Agencia Tributaria (lo cual no se sabe si es bueno o malo, pero es un hecho objetivo, que precisamente choca de frente con la escasa habilidad tributaria que la propia Ley 53/2002 reconoce en su Exposición de Motivos a los actores ju-

risdccionales), no parece que se esté haciendo un correcto uso de la figura de la tasa, toda vez que la contraprestación del servicio —aspiración vital del tributo conocido como tasa— no es el único coste que parece haya que satisfacer. No se olvide que precisamente el Tribunal Constitucional (STC 182/1997) tiene declarado que los tributos son prestaciones patrimoniales coactivas que se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

De otro lado, no se comprende como lo “pedagógico” haya de ser “disuasorio”. Pero sobre todo no se comprende como haya que disuadir a los pobres ciudadanos de acercarse a la justicia (especialmente a los más necesitados y para los procesos más simples), puesto que la organización judicial está al servicio de los ciudadanos (que son los que pagan los sueldos de los jueces, a través de un mecanismo de redistribución que pasa en gran medida por la judicialmente admirada Agencia Tributaria).

Sin embargo, el resultado también se aprecia ya en los legisladores autonómicos: la Ley catalana 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos recoge en su artículo 16 una tasa por la prestación de servicios personales y materiales en el ámbito de la Administración de Justicia y por la utilización o el aprovechamiento de los bienes y derechos afectos al servicio de la Administración de Justicia que marca un preocupante camino a recorrer.

IV. ¿QUIEN PAGA LOS SERVICIOS PÚBLICOS ORDINARIAMENTE?

Frente a la opinión judicial expuesta, no parece difícil considerar que hay mucho más de constitucional y político de lo que parece en la pretensión del copago. Jueces y magistrados sirven al interés general y atienden uno de los servicios públicos básicos: el de la Justicia. Desde el momento en el que a un ciudadano le roban una cartera, le atropella un coche o le resuelven un contrato de arrendamiento de forma sorpresiva, nace una obligación pública de cuidar al desvalido, asistir al necesitado y, sobre todo, proveerle de un servicio público consistente en la atención, cuidado y solución de su problema. Pero además el ciudadano puede exigirlo porque paga sus impuestos y, con ellos, paga la Justicia (así como el alumbrado público, las autovías o la policía de barrio, que son otros tantos servicios públicos que es de esperar no lleguen a la conclusión de que deben ser copagados).

Que dejar fuera del sistema de atención judicial (repetimos —nuevamente— cubierto y pagado por todos los ciudadanos al igual que todos los demás servicios públicos) los problemas de los más pequeños suponga una medida cosmética, disuasoria o pedagógica supone mucho suponer. Porque puede que los más pequeños sean los más necesitados de que se les imparta asistencia judicial gratuita.

Imponerles una gabela extraordinaria más que dudosa por la vía del copago no solo puede ser harto discutible desde una perspectiva constitucional (quiebran con ello las manifestaciones más actuales del contrato social de Rousseau) sino que tampoco parece que vaya a ser la panacea de la Administración de Justicia, vista su organización, sus nuevos criterios relevantes e incluso la propia opinión que pronuncian sus representantes.

El deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y de colaborar con la Administración mediante el trabajo personal se encuentra en el artículo 31.1 de la Constitución y señala que todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

Dicho deber de contribuir constituye uno de los deberes constitucionales clásicos, de corte más patrimonial que personal. En el análisis del deber de sostenimiento del gasto público la Constitución asigna a este deber una finalidad específica, el sostenimiento de las actividades y políticas públicas, sujetando su puesta en práctica a una reserva de ley cualificada, en cuanto que el sistema tributario ha de estar inspirado en los principios de igualdad y progresividad y no ha de tener alcance confiscatorio. Bajo tal mecanismo redistributivo —sostenimiento de gastos públicos a través de recaudación general destinada al pago de las políticas públicas— se ha venido entendiendo hasta ahora la acción pública en la práctica totalidad de los campos. Incluido —veremos que cualificadamente— el sostenimiento de la Administración de Justicia.

Son, pues, los ciudadanos quienes atendiendo a sus obligaciones tributarias atienden al sostenimiento de las cargas públicas ordinariamente expresadas en los Presupuestos Generales del Estado. Y dentro de las partidas presupuestarias recogidas en ellos se contienen las destinadas a la atención y mantenimiento de los órganos judiciales encargados de la Administración de Justicia.

V. ¿POR QUÉ HAY QUE COPAGAR EXTRAORDINARIAMENTE?

Siguiendo el razonamiento de las voces que postulan la implantación del copago judicial —de modo creciente a tenor de su pujanza mediática—, los usuarios de ciertos ámbitos de la Administración de Justicia (otros estarán lógicamente exentos) deberán hacer frente a una parte del coste del funcionamiento de la maquinaria judicial, individualizada mediante una parte del citado coste (el famoso copago) que abonarán —en la forma que se determine— al recibir la prestación.

En el párrafo anterior —si es así el enunciado del copago judicial en términos conceptuales— se contienen relevantes cuestiones que obligan a una disección jurídica separada, imprescindible para percibir el auténtico sentido último de la innovación que se busca.

A. Implantar el copago conlleva replantear el sistema de tasas judiciales y sus efectos procesales

Si se viene ahora a postular la ampliación de la compartición económica del coste de los servicios públicos judiciales, parece que se puede deber en parte al fracaso del mecanismo de las tasas judiciales, al menos en lo que a la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo del artículo 35 de la Ley 53/2002 se refiere. Porque solo si no ha funcionado el sistema actual se puede pensar en implantar uno nuevo.

Introducir nuevos mecanismos ampliadores del sistema conduce a reformular los postulados jurídicos bajo los que se ha construido el mecanismo de las tasas judiciales. Puede que estuvieran equivocados los anteriores. O puede que los incorrectos sean los que se quieren implantar ahora. Pero resulta muy difícil sostener ambos mecanismos de modo simultáneo puesto que los basamentos jurídicos de uno y otro se mueven en ámbitos muy cercanos e incluso total o parcialmente tangentes en términos de argumentación jurídica.

En la forma expuesta, también habrá que plantearse qué vigencia tiene el efecto procesal obstativo que encierra en ciertos ámbitos procesales el impago de la tasa en la forma prevista en el artículo 35.Siete. 2 de la Ley 53/2002. Especialmente a la vista de la muy probable tacha de inconstitucionalidad que gravita sobre el mismo desde los Autos 196 y 197 de 2010, ambos de 21 de diciembre de dicho año, que acordaron elevar al Pleno del Tribunal Constitucional una cuestión interna de inconstitucionalidad

planteada en el seno de la institución al hilo de demandantes de amparo que vieron como sus recursos jurisdiccionales no fueron tramitados por impago de la tasa judicial.

Lo que se debate —a juicio del Tribunal Constitucional— es la procedencia de declararlo desierto, afectando al derecho a la tutela judicial efectiva, por no haber procedido al pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, lo que —entiende la Sala y muy probablemente, por su cualificado origen, pase a entenderlo el propio Tribunal— “limita y condiciona el derecho a la tutela judicial efectiva de manera inadmisiblemente, lo que resulta desproporcionado con los fines recaudatorios a los que sirve el establecimiento del tributo”.

Y añade la Sala una interesante consideración, colateralmente relevante a los fines que aquí nos interesan, “la Sala estima que procedería la estimación de la demanda de amparo por colisión del art. 35, apartado 7.2, de la Ley 53/2002, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, con el art. 24.1 CE, en cuanto que el pago del tributo configurado en ella se torna en un obstáculo insalvable y desproporcionado para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva”.

La última hora al respecto ha venido de la mano de la reciente STC 20/2012, de 26 de febrero, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad sobre ciertas tasas dentro de la jurisdicción civil exclusivamente, vinculándola a la restricción que supone para el derecho de acceso a tal jurisdicción la consecuencia prevista en el caso de no aportarse el justificante de pago (no dar curso a la demanda), dejando fuera de su examen “cualquier duda que pudiera suscitarse acerca de las tasas que gravan el ejercicio de la jurisdicción civil con ocasión de la presentación de recursos”.

Y la conclusión a la que llega es limitada a un ámbito —las grandes empresas— que no tiene mucha conexión con lo que aquí se dice: “Lo que el legislador ha decidido, en términos que son constitucionalmente irreprochables, es que las sociedades de grandes dimensiones, según la legislación tributaria, sólo puedan obtener la prestación de la actividad jurisdiccional cuando presenten demandas civiles si liquidan y abonan una tasa que permite sufragar parcialmente el coste que implica para la justicia atender y resolver su demanda. La previsión legal de que, si la tasa judicial no es liquidada y abonada, la potestad jurisdiccional civil no debe ser ejercida en beneficio del sujeto pasivo, es una consecuencia ineludible de la regulación legal, que no suscita reparo de constitucionalidad. Es lícito que el legislador adopte medidas para lograr un alto grado espontáneo de la obligación de pagar un tributo legítimo, aun cuando esas medidas incidan

en el ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción, como dijimos en la Sentencia 133/2004, de 22 de julio (FJ 4), al enjuiciar una previsión legal distinta a la cuestionada en este proceso, que disponía que el defecto de timbre de las letras de cambio les privaba de su fuerza ejecutiva”.

B. La Administración de Justicia constituye un servicio público directamente vinculado al Estado de Derecho muy difícilmente escindible en términos económicos

Si la Constitución reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Tribunales dentro de un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, la Justicia se contempla como poder y como servicio destinado a prestar tutela a los ciudadanos, mediante la realización de una prestación que debe ser efectiva.

Este mandato se sitúa dentro de los postulados del Estado Social, y en particular, del mandato del artículo 9.2 de la Constitución, que impone a los poderes públicos, y específicamente al Gobierno, la obligación de disponer los medios necesarios, tanto normativos como materiales y personales para que el derecho a la tutela judicial se garantice a todos los ciudadanos de manera tangible y cierta.

Formulado en tales términos el sentido de la Administración de Justicia, solo una muy fina y cuidada argumentación jurídica —que en modo alguno puede soslayar la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto— permitiría cobijar una acción del género de la prevista.

En efecto los artículos 24.1 y 119 de la Constitución se hallan entrelazados por una ligazón puesta de manifiesto no solo por la jurisprudencia constitucional sino —expresamente— por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en su artículo 20:

“1. La justicia será gratuita en los supuestos que establezca la Ley.

2. Se regulará por Ley un sistema de justicia gratuita que de efectividad al derecho declarado en los artículos 24 y 119 de la Constitución, en los casos de insuficiencia de recursos para litigar.

3. No podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita”.

Es por ello que la introducción de mecanismos de “copago” en el acceso a la justicia, por muy fundados en razones presupuestarias que puedan estar (o precisamente por la simple debilidad constitucional de un argumento de tal clase), parece afectar (y puede que lo haga sin lugar a dudas)

a la nítida comprensión externa de la necesaria y obligada gratuidad en el acceso a la justicia como facilitación del derecho de acción, lo que lleva naturalmente a considerar la onerosidad excesiva como una negación práctica del mismo.

C. El derecho constitucional a la gratuidad de la justicia

Como señalara la STC 16/1994, de 20 de enero, la primera constatación que debe hacerse respecto del artículo 119 es la de que en él no se proclama exactamente la gratuidad de la Administración de Justicia. No obstante, tampoco se limita a habilitar al legislador para que libremente establezca los regímenes de gratuidad que estime oportunos o, si lo prefiere, para que no establezca ninguno. El art. 119 C.E. consagra un auténtico derecho a la gratuidad de la justicia.

Se trata de un derecho que posee en nuestro ordenamiento una larga tradición histórica, que ya fue elevado al rango constitucional en la Constitución de 1931 y que adquiere unas características específicas y un relieve especial en el Estado Social de Derecho proclamado en la Constitución de 1978. Al igual que los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la igualdad de armas procesales y a la asistencia letrada, de los que la gratuidad es instrumento y concreción, este derecho es no sólo garantía de los intereses de los particulares, sino también de los intereses generales de la justicia en tanto que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia justada a Derecho, aunque sin duda su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna «persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar» (STC 138/1988).

El art. 119 del Texto constitucional proclama, pues, un derecho a la gratuidad de la justicia. Pero en los casos y en la forma en los que el legislador determine. Es un derecho prestacional y de configuración legal cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esta naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias.

Sin embargo, como ha reiterado Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones, al llevar a cabo la referida configuración legal el legislador no

goza de una libertad absoluta, sino que en todo caso debe respetar un contenido constitucional indisponible. A esta limitación no escapan los derechos como el que aquí nos ocupa en los que el contenido prestacional y, en consecuencia, su propia naturaleza, vienen matizados por el hecho de tratarse de derechos que, como hemos avanzado, son concreción y garantía de ejercicio de otros derechos fundamentales, algunos de contenido no prestacional.

El reconocimiento de esta amplia libertad de configuración legal resulta manifiesta en el primer inciso del art. 119 al afirmar que «la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley». El legislador podrá atribuir el beneficio de justicia gratuita a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes, podrá modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado —penal, laboral, civil, etc.— o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento. Sin embargo, este mismo precepto explicita el contenido constitucional indisponible que acota la facultad de libre disposición del legislador. Lo hace en el segundo inciso al proclamar que «en todo caso» la gratuidad se reconocerá «a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar».

En esta delicada interpretación del precepto, no obstante, existe siempre una conexión vital con el derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución. Porque en ningún caso podrá pretenderse una delimitación del derecho afectando, limitando o cercenando —siquiera mínima o tangencialmente— el derecho a la tutela judicial efectiva. Es en esta correlación ponderada donde la finura jurídica deja pocos márgenes a la determinación presupuestaria.

Los casos en que proceda el “copago” —si es que se adopta finalmente esta figura, harto discutible en cuando a fundamento constitucional del que muy probablemente pudiera hallarse huérfana— no pueden deberse o fundamentarse ni en una superficial y poco fundada noción de “pedagogía” o en artificiales “finalidades disuasorias” que pueden hallarse solo en la mente de quienes las postulan. Solo con un completo encaje dentro de los nítidos y muy ceñidos pespuntes del articulado constitucional puede hablarse de que tendrá fundamento último una afectación a derechos cualificados no tanto por su vinculación legal ordinaria en la forma expuesta en el artículo 119 sino por la cualificada conexión con los superiores derechos fundamentales del artículo 24.

En definitiva, ni valen genéricas razones presupuestarias (que pueden ser fácilmente contrarrestadas con una reasignación de partidas proceden-

tes de otros capítulos de gastos menos cualificados por su finalidad), ni puede actuarse sobre cualquier extremo de la cadena de prestación de servicios jurisdiccionales (existiendo ciertos extremos del servicio de la Administración de Justicia constitucionalmente garantizados que no pueden ser susceptibles de afectación por el legislador ordinario sino para respetarlos) ni, en suma, espurias y no siempre claras razones pedagógicas o disuasorias podrían —en modo alguno— servir de fundamento para exigir a los ciudadanos que vuelvan a atender algo que tienen reconocido como derecho constitucional a la gratuidad de la justicia. La misma pretensión de disuadir a un ciudadano de que acuda a los Tribunales parece presentar un muy mal envoltorio jurídico como para hacer de tal finalidad un objetivo asumible en términos estrictamente políticos.

VI. UNAS REFLEXIONES ADICIONALES

La íntima relación existente entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos económicos para litigar (art. 119 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) ha sido puesta de manifiesto por Tribunal Constitucional en múltiples sentencias, pudiendo citarse en tal sentido STC 95/2003, de 10 de junio o 183/2001, de 17 de septiembre, recordando en esta última la doctrina sentada en la STC 117/1998, de 2 de junio: *«el art. 119 CE, al establecer que 'la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar', consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE, pues 'su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna «persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar' (STC 138/1988)»*

Las claves para resolver esta cuestión fueron ya apuntadas en la citada STC 16/1994, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 14 y 15 LEC, en la redacción dada por la Ley 34/1984 (preceptos que hoy se encuentran derogados). Los criterios en aquella ocasión apuntados determinaron después, ya de forma explícita en la STC 117/1998, de 2 de junio, un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que circunscribe a las personas físicas el contenido indisponible del derecho a la asistencia jurídica gratuita, de suerte que resulta compatible con la tutela judicial efectiva la decisión del legislador de reconocer el indicado derecho tan sólo a ciertas personas jurídicas. En la primera de las resolu-

ciones aludidas el Pleno del Constitucional consideró que el contenido indisponible que encierra el art. 119 CE: *«sin necesidad de definirlo de forma exhaustiva, supone, sin duda, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso (incluidos los honorarios de los Abogados y los derechos arancelarios de los Procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso) sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos. Dicho en otras palabras, deben sufragarse los gastos procesales a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar».*

De lo anteriormente expuesto se deduce que toda persona física que sea titular del derecho a la tutela judicial efectiva habrá de gozar del derecho a la gratuidad de la justicia si carece de los recursos suficientes para litigar en los términos en los que este concepto jurídico indeterminado sea configurado por el legislador ordinario. Como se ha dicho en otras ocasiones, corresponde al legislador, dentro del amplio margen de libertad de configuración que es propio de su potestad legislativa, la concreción de este concepto normativo. *«Puede, por ejemplo, fijarlo a partir de criterios objetivos, como el de una determinada cantidad de ingresos, u optar por un sistema de arbitrio judicial dejándolo a la decisión discrecional de los Jueces o de éstos y otras instancias, o puede utilizar fórmulas mixtas limitándose a establecer las pautas genéricas que debe ponderar el Juez al conceder o denegar las solicitudes de gratuidad (número de hijos o parientes a cargo del solicitante, gastos de vivienda, características del proceso principal, etc.)»* (STC 16/1994, de 20 de marzo).

Ahora bien, una vez que el concepto *«insuficiencia de recursos para litigar»* empleado por el art. 119 CE resulta concretado por el legislador, todas las personas físicas titulares del derecho a la tutela judicial efectiva habrán de poderse beneficiar del derecho prestacional a la gratuidad de la justicia (insistimos: del modo y manera en que lo configura el legislador) si en ellas concurre tal insuficiencia de recursos.

Dicho de otro modo, la privación por el legislador del derecho a la gratuidad de la justicia a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas previstas con carácter de generalidad para acceder a tal derecho implica una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al que, de forma instrumental, ha de servir el desarrollo legislativo del art. 119 CE, pues si no se les reconociese el derecho a la gratuidad de la justicia su derecho a la tutela judicial efectiva resultaría meramente teórico y carecería de efectividad.

Como puede verse, existen una muy cualificada serie de precisiones de índole constitucional que encuentran cómodo cobijo en el derecho constitucional a la gratuidad como para pretender acoger en su seno superficiales cuestiones de pedagogía o disuasión que pueden tener que ver más con una deficiente técnica organizativa en el sistema judicial y en el reparto, evaluación y eventual reproche a sus cargas de trabajo (otra perspectiva quizás no suficientemente analizada que, eventualmente revisada, también podría alumbrar nuevas estadísticas jurisdiccionales) que en una real fundamentación constitucional en la afectación al derecho a la tutela judicial efectiva que subyace en último término bajo esta superflua capa de razones tan alejadas de un derecho fundamental.

Con base en todo lo expuesto a lo largo del presente informe, podemos ahora proponer las siguientes:

VII. CONCLUSIONES (NECESARIAMENTE PROVISIONALES)

No se puede concluir sobre lo que no está creado. Menos aún cuando, como se dijo al principio, nos movemos en un escenario de pura legislación que parece ha de venir de la mano del Anteproyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros el pasado día 30 de marzo de 2012. O no (que todo puede ser en el campo de lo futuro).

Pero si cabe avanzar —a modo de prontuario o decálogo para lo que pudiera venir— que si se persevera en cualquier acción pública orientada a implantar lo que ha dado en llamarse “copago” habrán de respetarse inexorablemente una serie de límites y rigideces obligadas que muy seriamente han de constreñir la técnica normativa nada menos que bajo pena de nulidad absoluta en caso de desbordamiento, habida cuenta del más superior y completo de los rangos jerárquicos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que subyace en último lugar.

Tales consideraciones/conclusiones son las siguientes:

Primera. Concebido el derecho constitucional a la gratuidad de la justicia como un mecanismo jurídico exigible derivado de la previsión del artículo 119 de la Constitución Española, será en todo caso de carácter absoluto para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar, habiendo de ser legalmente configurado en el resto de los casos, siempre con respeto último al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24 de la misma norma constitucional.

Segunda. Muy difícilmente pueden hallarse fundamentos jurídicos suficientes —especialmente bajo la óptica constitucional— para fundar en derecho la imposición generalizada de una solución denominada de “copago”, entendida como fórmula de atención a los gastos mediante el pago de los ciudadanos al recibir prestaciones de la Administración de Justicia que constituyen un servicio público.

Tercera. No se alcanzan a ver tales fundamentos jurídicos suficientes cuando la imposición de tales exigencias de compartición en el gasto se deban prioritaria o exclusivamente a razones pedagógicas o disuasorias que sirvan para impedir o dificultar el acceso a la Administración de Justicia por los particulares.

Informe 6/2012

Vigencia del artículo 17.5 del Estatuto General de la Abogacía Española tras la entrada en vigor de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el Acceso a las Profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales

I. ANTECEDENTES

Ha sido trasladada a esta Comisión Jurídica la cuestión planteada por el Colegio de Abogados de A Coruña acerca de la subsistencia y vigencia actual del artículo 17. 5 del Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE), aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, tras la entrada en vigor de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales (Ley de Acceso).

En concreto plantea tres cuestiones. La primera se refiere a la posible derogación del precepto. La segunda, para el caso de mantenerse su vigencia, plantea cuál debe ser la interpretación del mismo más conforme con la Ley de acceso. La tercera se refiere a la situación de los titulados anteriores al momento de entrada en vigor de la Ley.

II. EL ARTÍCULO 17.5 DEL EGAE

El artículo 17.5 del EGAE es del siguiente tenor literal:

“5. No se necesitará incorporación a un Colegio para la defensa de asuntos propios o de parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, siempre que el interesado reúna los requisitos establecidos por el artículo 13.1, párrafos a), b) y c) del presente Estatuto, así como aquellos que puedan establecer las normas vigentes. Los que se hallen en este caso serán habilitados por el Decano del Colegio de Abogados para la intervención que se solicite. Tal habilitación supone para quien la recibe, aunque sólo con relación al asunto o asuntos a que alcanza, el disfrute de todos los derechos concedidos en general a los abogados y la asunción de las correlativas obligaciones”.

Este precepto, que ha sido reiteradamente cuestionado, recoge una excepción a la necesidad de colegiación para el ejercicio de la abogacía,

como es la relativa a los supuestos de autodefensa o defensa de asuntos propios y defensa de asuntos de parientes en los grados que el propio apartado determina. Como es bien sabido, la de abogado es una profesión titulada y colegiada. Sin embargo, para estos específicos supuestos, el EGAE prevé una habilitación peculiar concedida por el Decano del Colegio de Abogados en cuyo territorio se vaya a realizar la intervención, que implicará para el habilitado el disfrute de todos los derechos concedidos en general a los abogados y la asunción de las correlativas obligaciones, con relación al asunto o asuntos concretos a que se refiera la habilitación.

La regla general de necesaria colegiación se recoge en el artículo 11 del EGAE:

“Para el ejercicio de la abogacía es obligatoria la colegiación en un Colegio de Abogados, salvo en los casos determinados expresamente por la Ley o por este Estatuto General. Bastará la incorporación a un solo Colegio, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio del Estado”.

Esta regla se corresponde con las previsiones del artículo 544.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (*“La colegiación de los abogados y procuradores será obligatoria para actuar ante los juzgados y tribunales en los términos previstos en esta Ley y por la legislación general sobre Colegios profesionales, salvo que actúen al servicio de las Administraciones públicas o entidades públicas por razón de dependencia funcional o laboral”*) y del artículo 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales, según el cual *“Será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una Ley estatal”*.

Como se puede ver, la LOPJ exceptúa de la regla general de colegiación obligatoria a los abogados y procuradores que actúen exclusivamente al servicio de las Administraciones Públicas y se encuentre ligados a ellas por una relación funcional o laboral.

Ahora bien, como hemos visto en la transcripción del artículo 17.5, el mismo exige que el interesado que pretende la habilitación reúna los requisitos establecidos por el 13.1, párrafos a), b) y c) del EGAE, que disponen lo siguiente:

- “1. La incorporación a un Colegio de Abogados exigirá los siguientes requisitos:*
 - a. Tener nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea o del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992, salvo lo dispuesto en tratados o convenios internacionales o dispensa legal.*
 - b. Ser mayor de edad y no estar incurso en causa de incapacidad.*
 - c. Poseer el título de Licenciado en Derecho o los títulos extranjeros que, conforme a las normas vigentes, sean homologados a aquéllos”.*

Asimismo, les resultarán aplicables, por la llamada contenida en el artículo 13.1.b), las circunstancias que el artículo 14 EGAE recoge como incapacitantes para el ejercicio de la abogacía:

“1. Son circunstancias determinantes de incapacidad para el ejercicio de la abogacía:

a. Los impedimentos que, por su naturaleza o intensidad, no permitan el cumplimiento de la misión de defensa de los intereses ajenos que a los abogados se encomienda.

b. La inhabilitación o suspensión expresa para el ejercicio de la abogacía en virtud de resolución judicial o corporativa firme.

c. Las sanciones disciplinarias firmes que lleven consigo la suspensión del ejercicio profesional o la expulsión de cualquier Colegio de Abogados”.

Así lo determina además acertadamente la sentencia nº 571/2010, de 17 junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid:

*“(…) el Estatuto General de la Abogacía atribuye de forma «exclusiva y excluyente la protección de todos los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica» a la abogacía (artículo 6); considerando como abogados el artículo 9 del mismo Estatuto a quienes reúnan las condiciones de estar «incorporados a un Colegio de Abogados en calidad de ejercientes», que serán los únicos que podrán «utilizar» esa «denominación». Pues bien, ese monopolio de defensa judicial admite una excepción en cuanto se prevé que puedan asumir la defensa judicial quienes no estén incorporados como ejercientes en un Colegio; a ello se refiere el artículo 17.5 al establecer que «No se necesitará incorporación a un Colegio para la defensa de asuntos propios o de parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, siempre que el interesado reúna los requisitos establecidos por el artículo 13.1, párrafos a), b) y c) del presente Estatuto, así como aquellos que puedan establecer las normas vigentes. Los que se hallen en este caso serán habilitados por el Decano del Colegio de Abogados para la intervención que se solicite. Tal habilitación supone para quien la recibe, aunque sólo con relación al asunto o asuntos a que alcanza, el disfrute de todos los derechos concedidos en general a los abogados y la asunción de las correlativas obligaciones. ». Es importante destacar, por el debate que se hace en autos, que **este precepto en modo alguno permite que estos «habilitados» puedan ejercer la «abogacía», que puedan ser, en suma, abogados; sino, en palabras del mismo precepto, se les conceden los mismos «derechos concedidos en general a los Abogados y la asunción de las correlativas obligaciones» para el caso concreto y específico para el que se concede la habilitación.***

*A diferencia del anterior Estatuto en el que se condicionaba la habilitación al exclusivo requisito de que «tenga capacidad legal para el ejercicio de la profesión» términos que había de entenderse referidos a las exigencias generales que se establecían en el artículo 15 del Estatuto donde se recogían las «condiciones generales de aptitud» para el ejercicio de la abogacía, **el nuevo texto es aún más claro al concretar los requisitos dentro del contexto del artículo 13 cuyo tenor no puede dissociarse, como correctamente interpreta el Juzgador de instancia, del artículo 14** puesto que, en realidad, lo que valida el precepto en cuestión es una defensa jurídica ante un*

Tribunal en un determinado procedimiento en el que legalmente se exige la asistencia de Letrado, si la Ley permitiera que la parte pudiera comparecer sin la asistencia de Letrado resultaría ociosa la discusión.

Es por ello que la capacidad no puede ser entendida en los términos genéricos de obrar, que se da por supuesto que debe concurrir no sólo en los abogados colegiados sino en cualquier otro, que se vislumbran en el alegato de la apelante, sobre la base no citada del Código Civil, sino en los específicos que el Estatuto delimita en torno al artículo 14 y no sólo porque la excepcionalidad de la no colegiación supone un quebranto en el ejercicio profesional de quienes reuniendo legalmente los requisitos para el ejercicio de la abogacía se ven sustraídos de su ejercicio aún cuando la ley exige de su presencia sino, también, porque la defensa jurídica de interés propios o ajenos que delimita el artículo 17.5 está sometida a las mismas obligaciones que para los abogados se establecen en los artículos 33 y siguientes del Estatuto y difícilmente pueden asumirse por quien pueda estar incurso en alguna causa de incapacidad de las previstas en el artículo 14 del Estatuto.

Pero es más, la apelante alude en su recurso que los supuestos de incapacidad del artículo 14 están pensados para los abogados en los términos de los artículos 6 y 9 citados pero ello no es cierto en los términos absolutos que defiende en su recurso pues si sólo pensáramos en los abogados incursos en alguna de las causas de incapacidad allí previstas debe recordarse que ni la inhabilitación o suspensión expresa para el ejercicio de la abogacía en virtud de resolución judicial o corporativa firme ni las sanciones disciplinarias firmes que lleven consigo la suspensión del ejercicio profesional o la expulsión de cualquier Colegio de Abogados conllevan la pérdida del título de Licenciado en Derecho por lo que podrían obtener la habilitación si no se entendiera aplicable el artículo 14. Aun así, el punto 1.a) de dicho precepto señala como circunstancia determinante de incapacidad ‘los impedimentos que, por su naturaleza o intensidad, no permitan el cumplimiento de la misión de defensa de los intereses ajenos que a los abogados se encomienda’ lo que aleja, aún más si cabe, la idea de inaplicación del artículo a los que soliciten la habilitación, la apelante, al respecto, pretende disgregar el precepto distinguiendo entre intereses propios o de tercero cuando el artículo 17.5 se refiere a ambos supuestos”.

III. LA LEY DE ACCESO

La Ley de Acceso es, sin duda, una norma que regula —parcialmente, precisamente en cuanto al acceso— la profesión titulada de abogado. Varios de sus preceptos resultan relevantes para el presente informe. En primer lugar, los apartados segundo y cuarto (en especial éste último) de su artículo 1, relativo al objeto y finalidad de la Ley, según los cuales:

“(…) 2. La obtención del título profesional de abogado en la forma determinada por esta Ley es necesaria para el desempeño de la asistencia letrada en aquellos procesos judiciales y extrajudiciales en los que la normativa vigente imponga o faculte la intervención de abogado, y, en todo caso, para prestar asistencia letrada o asesoramiento en Derecho utilizando la denominación de abogado; todo ello sin perjuicio

del cumplimiento de cualesquiera otros requisitos exigidos por la normativa vigente para el ejercicio de la abogacía.

(...) **4. La obtención de los títulos profesionales de abogado o procurador será requisito imprescindible para la colegiación en los correspondientes colegios profesionales”.**

Ahora bien, según el primer apartado de la disposición transitoria primera de la Ley de Acceso, la exigencia del título profesional de abogado no se aplica a ésta no se aplica “a quienes ya estuvieran incorporados a un colegio de abogados o procuradores, como ejercientes o no ejercientes, en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley”.

Tampoco serán exigibles “a quienes, sin estar incorporados a un colegio de abogados o procuradores a su entrada en vigor, hubieran estado incorporados antes de su entrada en vigor, como ejercientes o no ejercientes, durante un plazo continuado o discontinuo no inferior en su cómputo total a un año, siempre que procedan a colegiarse antes de ejercer como tales y no hubieran causado baja por sanción disciplinaria” (disposición transitoria única, apartado segundo).

La cuestión que surge inmediatamente acerca de estas normas es la de su integración con las previsiones del EGAE. Para los casos *normales* de ejercicio colegiado de la profesión lo cierto es que no se plantean dudas. Sin embargo, para el peculiar supuesto de ejercicio excepcional sin colegiación recogido en el art. 17.5, que analizamos en este informe, parece imprescindible buscar su acomodación a las previsiones de la Ley de Acceso.

La exigencia del título profesional como requisito para colegiarse y poder ejercer la profesión de abogado sustituye al existente hasta ahora, que se limitaba a exigir el título de Licenciado en Derecho. Ahora bien, la Ley no produce efectos con carácter retroactivo, sino que reconoce la validez y suficiencia para la colegiación de los títulos de Licenciado en Derecho obtenidos antes de su entrada en vigor, así como de algunos que se obtengan incluso después de su vigencia. Ya hemos visto los dos primeros apartados de la disposición transitoria única. Resta ahora por recordar el contenido de su apartado tercero (modificado por el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo), que es del siguiente tenor:

“3. Quienes en el momento de la entrada en vigor de la presente ley se encontraran en posesión del título de licenciado o grado en Derecho o en condiciones de solicitar su expedición y no estuvieran comprendidos en el apartado anterior, dispondrán de un plazo máximo de dos años, a contar desde su entrada en vigor, para proceder a colegiarse, como ejercientes o no ejercientes, sin que les sea exigible la obtención de los títulos profesionales que en ella se regulan”.

Por su parte, la disposición adicional octava de la Ley de Acceso, incluida por el Real Decreto-ley 5/2012, se refiere en su apartado primero a la si-

tuación de quienes se encontraban matriculados en estudios universitarios conducentes al título de Licenciado en Derecho al momento de publicarse la Ley de Acceso (lo que tuvo lugar en el BOE de 31 de octubre de 2006) y que obtengan el título con posterioridad a la entrada en vigor de la norma legal, para los que se prevé la no exigencia del título profesional de abogado para su colegiación:

“1. Los títulos profesionales que se regulan en esta ley no serán exigibles a quienes en el momento de su publicación estuvieran matriculados en estudios universitarios conducentes a la obtención del título de licenciado en Derecho, siempre que en el plazo máximo de dos años, a contar desde el momento en que se encuentren en condiciones de solicitar la expedición del título oficial de licenciado en Derecho, procedan a colegiarse, como ejercientes o no ejercientes”.

IV. LA INTEGRACIÓN DE NORMAS

Las previsiones de la Ley de Acceso suponen una modificación trascendental de los requisitos de titulación que se deben exigir a quienes pretenden colegiarse para ejercer la profesión de abogado. Más específicamente, por lo que respecta a las previsiones del EGAE al respecto, afecta singularmente a su art. 13.1.c, que exige, a quien pretende colegiarse, *“poseer el título de Licenciado en Derecho o los títulos extranjeros que, conforme a las normas vigentes, sean homologados a aquéllos”.*

Tras la entrada en vigor de la Ley de Acceso se deberá exigir, con carácter general y a salvo las peculiaridades normativas *intertemporales* ya vistas, *“poseer el título profesional de abogado”*, pues así lo impone la propia Ley en su artículo 1.4, antes transcrito.

El artículo 17.5 no debe entenderse derogado por la Ley de Acceso, pero sí modificado en cuanto al requisito de titulación que debe exigirse. Al igual que no se deben entender derogadas otras previsiones del EGAE, que también necesitan ser adaptadas a la nueva norma. Ciertamente, el requisito recogido en el art. 13.1.c) del EGAE se ve afectado directamente por la Ley de Acceso y podría entenderse derogado parcialmente y sustituido por las nuevas previsiones legales, pero eso sólo significa que el art. 17.5 ha de ser interpretado adecuadamente en el nuevo contexto normativo para permitir que mantenga sus efectos.

Como es bien sabido, el Código Civil se refiere en su artículo 2.2 a la derogación tácita de la ley anterior por la posterior incompatible de la siguiente manera:

“2. Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado.”

El Tribunal Supremo ha indicado los requisitos para que se produzca la derogación tácita de una norma por otra posterior. Y así, en su sentencia (Sala de lo Civil) de 31 de octubre de 1996 afirma que:

“(…) Amparada la posibilidad de la derogación tácita en la expresión del artículo 2.2 del Código Civil de que la derogación «se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior», su estimación exige la concurrencia de los requisitos de igualdad de materia en ambas leyes, identidad de destinatarios y de contradicción e incompatibilidad entre los fines de ambas normas (...)”.

Pues bien, ya hemos visto que el art. 17.5 del EGAE, a cuyo análisis se dedica este informe, exige para la defensa *sin colegiación* de asuntos propios o de parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, que el interesado reúna los requisitos establecidos por el artículo 13.1, párrafos a), b) y c) del presente Estatuto. Ese requisito del apartado 1.c) debe entenderse en la forma que resulta de la Ley de Acceso y, en consecuencia, ***se deberá exigir con carácter general, tras la entrada en vigor de la Ley, que el solicitante de la habilitación especial prevista en el artículo 17.5 del EGAE haya obtenido el título profesional de abogado.***

Bien es verdad, sin embargo, que para estos casos resultan aplicables las mismas excepciones recogidas en cuanto a la colegiación en la disposición transitoria única y en la adicional octava de la Ley de Acceso.

En consecuencia, cuando nos encontremos ante Licenciados en Derecho que soliciten la habilitación prevista en el artículo 17.5 del EGAE, deberemos distinguir los mismos supuestos que a su vez distingue la Ley de Acceso.

- 1º ***Licenciados en Derecho que hubieran estado incorporados a un Colegio de Abogados, como ejercientes o no ejercientes durante un plazo continuado o discontinuo no inferior en su cómputo total a un año, antes de la entrada en vigor de la Ley.*** Se trata del supuesto recogido en el apartado segundo de la disposición transitoria única y para estos casos ***bastará con acreditar la previa colegiación y que la baja en el Colegio no fue causada por una sanción disciplinaria.***
- 2º ***Licenciados o Graduados —si los hubiere— en Derecho en el momento de entrada en vigor de la Ley o quienes en ese momento estuviesen en condi-***

ciones de solicitar la expedición de tales títulos académicos. Se trata del supuesto recogido en el apartado tercero de la disposición transitoria única y para estos casos se prevé que *durante un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la Ley, es decir, hasta el 31 de octubre de 2013, bastará con que acrediten la posesión del título de Licenciado o Graduado en Derecho.* A partir de ese momento temporal no se podrá conceder la habilitación a estos titulados.

Ese plazo de dos años es del que disponen para colegiarse quienes se encuentran en las circunstancias descritas. Después les será ya exigible la obtención del título profesional de abogado.

- 3º *Licenciados en Derecho que obtengan su título con posterioridad a la entrada en vigor der la Ley de Acceso y que se encontrasen matriculados en esos estudios universitarios el 31 de octubre de 2006* (fecha de publicación de la Ley). Se trata del supuesto recogido en la disposición adicional octava y para estos casos *deberá acreditarse la posesión del título de Licenciado en Derecho o que el interesado se encuentra en condiciones de solicitar su expedición, así como que no ha transcurrido el plazo de dos años desde que concurre tal circunstancia y que la matriculación universitaria fue previa a 31 de octubre de 2006.* El plazo máximo de dos años desde el momento en que concurren las condiciones para solicitar la expedición del título oficial de Licenciado en Derecho es el que prevé la Ley de Acceso para que estos interesados puedan colegiarse sin más requisitos. Una vez transcurridos esos dos años les será ya exigible la obtención del título profesional de abogado.

Con base en todo lo expuesto a lo largo del presente informe, podemos ahora proponer las siguientes:

V. CONCLUSIONES

Primera. La de abogado es una profesión colegiada, por lo que con carácter general se exige la necesaria colegiación, existiendo algunas excepciones tasadas.

Segunda. El artículo 17.5 del EGAE recoge una excepción a la necesidad de colegiación, relativa a los supuestos de autodefensa o defensa de asuntos propios y defensa de asuntos de parientes en los grados que el propio apartado determina, previendo una habilitación peculiar concedida por el Decano del Colegio de Abogados en cuyo territorio se vaya a realizar la intervención.

Tercera. Entre los requisitos que exige el artículo 17.5 EGAE para obtener la habilitación se encuentra el de “poseer el título de Licenciado en Derecho o los títulos extranjeros que, conforme a las normas vigentes, sean homologados a aquéllos”.

Cuarta. La Ley de Acceso viene a exigir la obtención de un específico título profesional de abogado como requisito imprescindible para la colegiación y consiguiente ejercicio profesional.

Quinta. El artículo 17.5 EGAE no debe entenderse derogado por la Ley de Acceso, pero sí modificado en cuanto al requisito de titulación que debe exigirse para conceder la habilitación en él regulada y que viene recogido en el artículo 13.1.c) del propio EGAE.

Sexta. Se deberá exigir con carácter general, tras la entrada en vigor de la Ley, que el solicitante de la habilitación especial prevista en el artículo 17.5 del EGAE haya obtenido el título profesional de abogado, salvo las excepciones que resultan de la disposición transitoria única y de la adicional octava de la Ley de Acceso.

Séptima. Para los Licenciados en Derecho que hubieran estado incorporados a un Colegio de Abogados, como ejercientes o no ejercientes durante un plazo continuado o discontinuo no inferior en su cómputo total a un año, antes de la entrada en vigor de la Ley, bastará con acreditar la previa colegiación y que la baja en el Colegio no fue causada por una sanción disciplinaria.

Octava. Para los Licenciados o Graduados en Derecho en el momento de entrada en vigor de la Ley de Acceso o quienes en ese momento estuviesen en condiciones de solicitar la expedición de tales títulos académicos y durante un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la Ley (es decir, hasta el 31 de octubre de 2013), bastará con que acrediten la posesión del título de Licenciado o Graduado en Derecho. A partir de ese momento temporal les será ya exigible la obtención del título profesional de abogado.

Novena. Para los Licenciados en Derecho que obtengan su título con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Acceso y que se encontrasen matriculados en esos estudios universitarios el 31 de octubre de 2006 (fecha de publicación de la Ley), deberán acreditar la posesión del título de Licenciado en Derecho o que el interesado se encuentra en condiciones de solicitar su expedición, así como que no ha transcurrido el plazo de dos años desde que concurre tal circunstancia y que la matriculación universitaria fue previa a 31 de octubre de 2006. Una vez transcurridos esos dos años les será ya exigible la obtención del título profesional de abogado.

Informe 7/2012

Comunicación a autoridades de otros estados miembros de la Unión Europea (y a sus ciudadanos) de datos relativos a sanciones impuestas a abogados

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión relativa a la comunicación de datos personales relativos a sanciones impuestas a profesionales por las autoridades competentes, ya sean éstas judiciales o administrativas, no es nueva.

Lo que sí es de actualidad son las previsiones normativas en la materia, lo que nos lleva a analizar en qué condiciones pueden o deben los Colegios de Abogados comunicar a las autoridades europeas y a las autoridades correspondientes de otros Estados Miembros (EE.MM.) de la Unión Europea (UE), datos personales de abogados (colegiados ejercientes, no ejercientes, sin ejercicio, abogados inscritos¹ y los que hayan obtenido su título profesional en otro Estado miembro de la Unión Europea, incluidos los que actúen en régimen de prestación ocasional de servicios), que han sido sancionados en nuestro país.

Este informe se circunscribe a la comunicación de datos de sanciones impuestas por los Colegios a los abogados, en cuanto prestadores de servicios. No entra por tanto a analizar las posibles sanciones impuestas por el Consejo General de la Abogacía Española² a los miembros de las Juntas de

¹ Figura especial que, conforme al artículo 2.a) y e) del Real Decreto 936/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el ejercicio permanente en España de la profesión de abogado con título profesional obtenido en otro estado miembro de la Unión Europea, se define como toda persona que, reuniendo la condición de abogado (es decir, toda persona, nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, habilitada para el ejercicio de su actividad profesional con el título correspondiente), haya sido inscrito en un Colegio de Abogados para ejercer la profesión en España de forma permanente con su título profesional de origen.

² El artículo 68 *k*) del Estatuto señala que corresponde al Consejo *“Ejercer las funciones disciplinarias con respecto a los miembros de las Juntas de Gobierno de los Colegios y del propio Consejo General y, cuando las disposiciones legales vigentes se las atribuyan, con respecto de los miembros de los Consejos de Colegios de las Comunidades Autónomas”*.

Gobierno de los Colegios y del propio Consejo General y, cuando las disposiciones legales vigentes se las atribuyan, a los miembros de los Consejos de Colegios de las Comunidades Autónomas, ni tampoco las impuestas por los Consejos Autonómicos, pues en estos casos las sanciones no se imponen al abogado en cuanto prestador de servicios, sino en cuanto miembro de tales órganos. Tampoco se refiere a la comunicación de otra información por otras autoridades (por ejemplo la de sanciones penales por parte de los Tribunales).

Ahora bien, sí se analizará la comunicación por el Consejo General de la Abogacía Española y, en su caso, por los Consejos Autonómicos, de las sanciones impuestas por los Colegios a los abogados. Ello se debe a que el art. 68. l) del Estatuto General de la Abogacía Española atribuye al Consejo la función de “Formar y mantener actualizado el censo de los abogados españoles; y llevar el fichero y registro de sanciones que afecten a los mismos”.

La cuestión ha de analizarse a la luz de la normativa europea y nacional sobre protección de datos de carácter personal así como de la normativa específica aplicable en materia de cualificaciones profesionales y de servicios en el mercado interior. Además, será necesario tener en cuenta las recomendaciones e informes emitidos al respecto por las autoridades de protección de datos competentes en cada caso.

En particular se han tenido en cuenta las siguientes disposiciones:

- Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.
- Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

Por su parte, el artículo 82 del Estatuto señala que:

“1. Competen al Consejo General de la Abogacía las facultades disciplinarias en relación con los miembros de las Juntas de Gobierno de los Colegios y, cuando se la atribuyan las disposiciones legales vigentes, también respecto de los miembros de los Consejos de Colegios de las Comunidades Autónomas.

2. Las facultades disciplinarias en relación con los miembros del Consejo General serán competencia del Consejo General, en todo caso”.

- Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de servicios).
- Reglamento (CE) n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos.
- Decisión 2008/49/CE, de 12 de diciembre de 2007, relativa a la protección de los datos personales en la explotación del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI).
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.
- Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (la llamada “Ley Paraguas”).
- Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (llamada “Ley Ómnibus”).
- Ley madrileña 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid.
- Ley vasca 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos.
- Ley catalana 32/2010, de 1 de octubre, de la Autoridad Catalana de Protección de Datos.
- Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, de desarrollo de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 22 de marzo de 1977, encaminada a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios de los Abogados.
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.
- Real Decreto 936/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el ejercicio permanente en España de la profesión de abogado con título profesional obtenido en otro estado miembro de la Unión Europea.

- Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

II. OBLIGACIONES DE COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LOS COLEGIOS PROFESIONALES SEGÚN LA NORMATIVA DE SERVICIOS

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior³ (Directiva de servicios), crea un mercado interior de servicios en la UE y busca proteger los derechos e intereses de los consumidores. A tal fin, impone obligaciones de cooperación a las autoridades competentes, en nuestro caso los Colegios de Abogados y los Consejos, en relación con los abogados.

En este sentido, el artículo 4.9 de la Directiva define qué se entiende por autoridad competente:

“autoridad competente», cualquier organismo o entidad, en un Estado miembro, que lleve a cabo el control o la regulación de las actividades de servicios y, concretamente, las autoridades administrativas, incluidos los tribunales que actúen como tales, los colegios profesionales y las asociaciones u organismos profesionales que, en el marco de su autonomía jurídica, regulan de forma colectiva el acceso a las actividades de servicios o su ejercicio”.

La cooperación administrativa se regula en el Capítulo VI, artículos 28 a 38, de la Directiva de servicios, que establece, entre otras, la obligación de informar sobre la honorabilidad de los prestadores de servicios (art. 33) y prevé el intercambio de dicha información a través de medios electrónicos (art. 34) en aras a facilitar la asistencia recíproca y la agilidad de los trámites⁴.

El artículo 33 de la Directiva dispone:

*Artículo 33
Información sobre la honorabilidad del prestador*

³ Publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* L núm. 376, de 12 de diciembre de 2006.

⁴ La Disposición adicional primera de la Ley 17/2009 prevé que *“las Administraciones Públicas dispondrán de un sistema electrónico de intercambio de información entre ellas y con las de los demás Estados miembros que garantice el cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta Ley”.*

1. Los Estados miembros, a solicitud de una autoridad competente de otro Estado miembro, comunicarán, de conformidad con su legislación nacional, las medidas disciplinarias o administrativas o condenas penales y decisiones relativas a insolvencias o quiebras fraudulentas que las autoridades competentes nacionales hayan adoptado con respecto a un prestador y que guarden relación directa con la competencia o la fiabilidad profesional del mismo. El Estado miembro que comunique la información informará de ello al prestador.

Una solicitud realizada con arreglo al párrafo primero deberá estar debidamente motivada, en particular en lo que se refiere a las razones en que se basa dicha solicitud de información.

2. Las sanciones y medidas a que se refiere el apartado 1 solo se comunicarán si se ha adoptado al respecto una decisión definitiva. Con respecto a las demás decisiones aplicables contempladas en el apartado 1, el Estado miembro que comunique los datos deberá precisar si se trata de una decisión definitiva o si se ha interpuesto recurso contra la decisión y la fecha posible de la decisión relativa al recurso.

Además, deberá precisar las disposiciones nacionales con arreglo a las cuales se ha condenado o sancionado al prestador.

3. La aplicación de los apartados 1 y 2 deberá hacerse respetando las normas sobre protección de los datos personales y los derechos garantizados a las personas condenadas o sancionadas en los respectivos Estados miembros, incluso por colegios profesionales.

Cualquier información que se publique al respecto estará a la disposición de los consumidores.

Al respecto, el Manual elaborado por la Dirección General de Mercado Interior y Servicios de la Comisión sobre la transposición de la Directiva de servicios⁵ indica que:

“Dado el carácter sensible de la información sobre la honorabilidad, en el artículo 33 se recogen normas específicas sobre el intercambio de información relativa a las sanciones penales y medidas disciplinarias y administrativas que atañan directamente a la competencia o la fiabilidad profesional del prestador, así como a las decisiones en materia de insolvencia o quiebra fraudulenta. En particular, de conformidad con el apartado 3, el intercambio de tales datos sobre honorabilidad deberá atenerse a las normas sobre protección de datos personales, así como a los derechos garantizados a las personas condenadas o sancionadas en los respectivos Estados miembros. Por otra parte, con arreglo al apartado 2, la información sobre sanciones penales y medidas disciplinarias y administrativas que conciernan directamente a la competencia o la fiabilidad profesional del prestador sólo podrá comunicarse si se ha adoptado una decisión definitiva al respecto, es decir, si no existen posibilidades de apelación. Asimismo, como se ha mencionado anteriormente, tal información sólo podrá utilizarse en cualquier caso con respecto al asunto para el que se solicitó (artículo 28, apartado 3)”.

⁵ Disponible en la dirección de Internet: http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm

La citada Directiva fue transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio⁶ (la llamada “Ley Paraguas”), y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio⁷ (llamada “Ley Ómnibus”).

A. La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

Con la Ley 17/2009 se transponen a nuestro ordenamiento jurídico los principios generales de la Directiva de servicios, entre los que cabe destacar el objetivo de reforzar los derechos y la protección de los consumidores. Estos objetivos se consiguen, entre otras medidas, a través del establecimiento de obligaciones para las autoridades competentes.

En virtud del artículo 32 de la Ley 17/2009, que transpone el artículo 33 de la Directiva de servicios, El Consejo General de la Abogacía Española, los Consejos Autonómicos y los Colegios de Abogados quedan obligados a cooperar en relación con la comunicación de información sobre los abogados⁸ sancionados a las autoridades competentes que soliciten información al respecto. Dicha obligación se cumplirá en los términos previstos en la normativa aplicable, y en concreto la de protección de datos de carácter personal.

De modo que el Consejo General de la Abogacía Española, los Consejos Autonómicos y los Colegios de Abogados deben, entre otras obligaciones, implementar los mecanismos de cooperación administrativa a efectos de proporcionar la información prevista en la Ley a las autoridades europeas correspondientes y a las de otros Estados Miembros, en relación con la honorabilidad de los colegiados, como prestadores de servicios.

El citado artículo 32 de la Ley 17/2009, relativo a la información sobre la honorabilidad del prestador, establece lo siguiente:

⁶ Publicada en el *BOE* núm. 283, de 24 de noviembre de 2009.

⁷ Publicada en el *BOE* núm. 308, de 23 de diciembre de 2009.

⁸ Como hemos indicado, colegiados en ejercicio, no ejercientes y sin ejercicio, además de aquellos que ejerzan en España y hubieran obtenido su título en otro país, incluidos los que actúen en régimen de prestación ocasional de servicios. Quedan excluidos quienes ejercen como abogados sin ser tales en virtud del Estatuto General de la Abogacía Española, ya que dicha situación supondría un caso de intrusismo profesional.

“1. A solicitud motivada de las autoridades competentes de otro Estado miembro se comunicarán, respetando la legislación vigente, las **medidas disciplinarias y sanciones administrativas firmes** que se hayan adoptado por **cualquier autoridad competente** española, incluidos los colegios profesionales, respecto al prestador y que guarden **relación directa** con su actividad comercial o profesional, bien porque se haya consentido en vía administrativa, bien porque han alcanzado firmeza ante la jurisdicción contencioso administrativa. También se comunicarán las **condenas penales y declaraciones de concurso culpable** que se hayan dictado respecto al prestador y que guarden **relación directa** con su actividad comercial o profesional, **precisando si son o no firmes** y, en su caso, los recursos interpuestos y los plazos para la resolución de los mismos. Dicha comunicación deberá precisar las disposiciones nacionales con arreglo a las cuales se ha condenado o sancionado al prestador.

La aplicación de lo anterior deberá hacerse **respetando las normas sobre protección de los datos personales** y los derechos garantizados a las personas condenadas o sancionadas según el ordenamiento jurídico español, incluso por colegios profesionales.

2. La autoridad competente española **comunicará al prestador** que tal información ha sido suministrada a una autoridad competente de otro Estado miembro” (el énfasis es nuestro).

B. La Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

Además de la previsión específica de la Ley 17/2009 relativa a la información sobre la honorabilidad de los prestadores de servicios, la Ley 25/2009 (“Ley Ómnibus”) vino a reformar, entre otras, la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.

En concreto, el apartado *u*) que se reforma en virtud del artículo 5 nueve de la Ley 25/2009, establece la obligación de los Colegios Profesionales de dar respuesta a las solicitudes de información sobre las sanciones firmes impuestas a sus colegiados, así como atender otros requerimientos en relación con la honorabilidad de estos prestadores de servicios. El apartado indicado del artículo 5 de la Ley 2/1974 establece lo siguiente:

“Corresponde a los Colegios Profesionales el ejercicio de las siguientes funciones, en su ámbito territorial:

[...]

u) Atender las solicitudes de información sobre sus colegiados y sobre las sanciones firmes a ellos impuestas, así como las peticiones de inspección o investigación que les formule cualquier autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea en los términos previstos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en particular, en lo que se refiere a que las solicitudes de información y de realización de controles,

*inspecciones e investigaciones estén debidamente motivadas y **que la información obtenida se emplee únicamente para la finalidad para la que se solicitó***” (el énfasis es nuestro).

Nótese que el plazo previsto en la Directiva de servicios para su transposición implica que el Consejo General de la Abogacía Española, los Consejos Autonómicos y los Colegios Profesionales tuvieron hasta el 28 de diciembre de 2009 para adaptar a la misma su normativa interna, es decir, sus Estatutos Generales, Estatutos Particulares así como, en su caso, Reglamentos de Régimen Interior.

III. COMPETENCIA SANCIONADORA PARA LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES A ABOGADOS

Dicho lo anterior y antes de analizar las implicaciones en materia de protección de datos de carácter personal que tiene el tratamiento de datos relativos a la comunicación de sanciones, resulta necesario hacer una breve referencia a la potestad sancionadora en el caso de los abogados.

Tanto los Colegios de Abogados, el Consejo General de la Abogacía Española y los correspondientes Consejos Autonómicos pueden imponer sanciones, en su ámbito respectivo, y ello sin perjuicio de las que a su vez puedan imponer otras autoridades que resulten competentes, ya sean éstas administrativas o judiciales.

En concreto, la competencia sancionadora de los Colegios de Abogados se encuentra prevista en la Ley 2/1974 y en el Estatuto General de la Abogacía Española (en adelante EGAE), aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

En relación con la imposición de sanciones, el Consejo General de la Abogacía Española tiene funciones de registro de datos personales relativos a sanciones y en este sentido el apartado 1) del artículo 68 del EGAE indica que está encargado de *“Formar y mantener actualizado el censo de los abogados españoles; y llevar el fichero y registro de sanciones que afecten a los mismos”* (el resaltado es nuestro).

Y en el apartado t) del citado artículo también tiene encomendada la función de *“Impedir por todos los medios legales el intrusismo y la clandestinidad en el ejercicio profesional, para cuya persecución, denuncia y, en su caso, sanción, queda el Consejo General amplia y especialmente legitimado, sin perjuicio de la iniciativa y competencia de cada Colegio”*.

Además, es necesario recordar que una sanción firme puede ser causa de incapacidad para el ejercicio de la abogacía⁹ así como de pérdida de la condición de colegiado¹⁰.

La autoridad judicial también resulta competente para imponer sanciones disciplinarias, ejercitándose las facultades disciplinarias conforme a “*lo dispuesto en las Leyes procesales*”, tal y como señala el artículo 80.1 del EGAE, que indica:

“Las sanciones o correcciones disciplinarias que impongan los Tribunales al abogado se harán constar en el expediente personal de éste siempre que se refieran directamente a normas deontológicas o de conducta que deban observar en su actuación ante la Administración de Justicia”.

Tanto las sanciones impuestas por la autoridad judicial como las corporativas, se harán constar en el expediente personal del abogado, dando esto lugar a un tratamiento de datos de carácter personal, cuyas implicaciones se analizan en el siguiente apartado.

Antes, sin embargo, es necesario hacer referencia a los abogados inscritos y a los abogados colegiados en otros Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo (EEE) que de manera puntual ejercen en nuestro país.

Por lo que se refiere a los abogados inscritos, quienes quedan sujetos al régimen sancionador (profesional y deontológico) previsto para los colegiados españoles, el apartado 2 del artículo 14 del Real Decreto 936/2001 indica “*[a]l objeto de centralizar la información, y para garantizar en todo caso que la imposición de una sanción disciplinaria sea conocida por el resto de Colegios, la cooperación entre el Colegio afectado y la autoridad competente del Estado de origen, así como los distintos envíos recíprocos de información mencionados [...], se efectuarán con la intermediación del Consejo General de la Abogacía Española*”.

En el caso de los abogados que ejercen en nuestro país en régimen de prestación ocasional de servicios para realizar actividades de consulta, asesoramiento jurídico o actuación en juicio. Se trata de abogados que no requieren de colegiación pero sí deben informar al Decano de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados correspondiente comunicándole,

⁹ En este sentido, el artículo 14.c) del EGAE prevé como circunstancia determinante de incapacidad para el ejercicio de la abogacía “*las sanciones disciplinarias firmes que lleven consigo la suspensión del ejercicio profesional o la expulsión de cualquier Colegio de Abogados*”.

¹⁰ El artículo 19.e) del EGAE indica que la condición de colegiado se perderá “*por sanción firme de expulsión del Colegio, acordada en expediente disciplinario*”.

entre otros, su nombre y apellidos, título profesional que posee, dirección postal de su despacho permanente, así como declaración de no estar incurso en causa de incompatibilidad ni de haber sido objeto de sanción alguna con efectos sobre el ejercicio profesional. Además, estos abogados quedan sometidos al régimen disciplinario de los abogados españoles. Todo ello según el Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, de desarrollo de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 22 de marzo de 1977, encaminada a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios de los Abogados.

Por lo tanto, resulta claro que dichos abogados también son considerados prestadores de servicios y sus datos personales podrán igualmente ser tratados a efectos de comprobar que no hayan sido sancionados por sus actuaciones profesionales.

IV. LA COMUNICACION DE DATOS PERSONALES RELATIVOS A LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES

Centrando el análisis en la comunicación de información sobre la honorabilidad de los prestadores de servicios, conforme a lo dispuesto en la normativa europea y nacional, se hará referencia en primer lugar al tratamiento de datos personales que ello supone y al intercambio de la información a través del sistema de Información del Mercado Interior (sistema IMI), para más adelante referirnos a los principios de protección de datos que en todo caso deben cumplirse y, en fin, al régimen del tratamiento y cesión de datos personales, en particular de las sanciones impuestas a los abogados.

A. El sistema IMI para el intercambio de información

Este sistema¹¹ se creó en virtud de los apartados 1 y 2, del artículo 56 de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales¹² y de la Directiva de servicios. En concreto permite el intercambio de información entre autoridades públicas de la Unión Europea, sin que

¹¹ Para más información sobre el sistema IMI, véase la siguiente dirección: http://www.seap.minhap.gob.es/es/areas/sistema_IMI/documentos/protec_datos.html

¹² Publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* L 255, de 30 de septiembre de 2005.

tengan acceso al mismo ni las personas físicas ni las jurídicas. Dichos aparatos disponen:

Artículo 56

Autoridades competentes

1. Las autoridades competentes del Estado miembro de acogida y del Estado miembro de origen colaborarán estrechamente y se prestarán asistencia recíproca con el fin de facilitar la aplicación de la presente Directiva. Deberán garantizar la confidencialidad de la información que intercambien.

2. Las autoridades competentes de los Estados miembros de acogida y del Estado miembro de origen **intercambiarán información relativa a la acción disciplinaria** o a las sanciones penales adoptadas o a cualquier otra circunstancia grave y concreta que puedan tener consecuencias para el ejercicio de actividades con arreglo a la presente Directiva, dentro del respeto de la legislación sobre la protección de datos personales a que se refieren la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

El Estado miembro de origen examinará la veracidad de los hechos y sus autoridades decidirán acerca de la naturaleza y el alcance de las investigaciones que deban realizarse y comunicarán al Estado miembro de acogida las conclusiones que hayan extraído en relación con la información transmitida.

Debe señalarse que el Consejo General de la Abogacía Española está adherido al sistema IMI.

Además, es necesario tener en consideración que el tratamiento de los datos en el sistema IMI, queda cubierto, además de por la Directiva 95/46/CE¹³ y el Reglamento 45/2001¹⁴, por la Decisión 2008/49/CE, de 12 de diciembre de 2007, relativa a la protección de los datos personales en la explotación del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI)¹⁵. Asimismo, debe tenerse en consideración la Recomendación de la Comisión,

¹³ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* L núm. 281, de 23 de noviembre de 1995.

¹⁴ Reglamento (CE) n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos, publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* serie L 8, de 12 de enero de 2001.

¹⁵ Publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* L 13, de 16 de enero de 2008.

de 26 de marzo de 2009, sobre directrices para la protección de datos en el Sistema IMI¹⁶. De igual modo, resulta de interés el Informe de la Comisión sobre la situación en materia de protección de datos en el Sistema de Información del Mercado Interior, de 22 de abril de 2010¹⁷.

B. Cumplimiento de los principios para el tratamiento legítimo y lícito de los datos personales

La remisión de información sobre la honorabilidad del prestador, en este caso el abogado, supone un tratamiento de datos personales, que tiene que cumplir con los principios de la protección de datos personales. Tales principios están recogidos en la Directiva 95/46/CE y en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos. En este momento interesa resaltar, principalmente, los relativos a calidad de los datos, finalidad, información y seguridad. Asimismo, es de capital importancia el principio de consentimiento o habilitación para el tratamiento de los datos, que será analizado en el apartado siguiente.

a) Principio de calidad del dato

En cuanto al principio de calidad en el tratamiento de los datos personales relativos a sanciones de los abogados, como prestadores de servicios, cabe señalar que el Supervisor Europeo de Protección de Datos, en su Dictamen de 8 de marzo de 2012¹⁸ sobre la propuesta de modificación de la Directiva 2005/36/CE¹⁹, señaló que la misma debe definir claramente:

¹⁶ C(2009) 2041 final, de 26 de marzo de 2009, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/docs/recommendation_2009_C2041_es.pdf

¹⁷ COM(2010)170 final, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/docs/commission_report_data_protection_es.pdf

¹⁸ Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea C, núm. 137, de 12 de mayo de 2012 y disponible en la dirección <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:137:0001:0006:ES:PDF>. Disponible también en http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2012/12-03-08_IMI_EN.pdf

¹⁹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento [...] relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior, COM(2011) 883 final, de 19 de diciembre de 2011. Disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/qualifications/docs/policy_developments/modernising/COM2011_883_es.pdf

- Qué tipos de datos personales pueden ser incluidos en las alertas;
- Que “*el contenido de la alerta no debe incluir otra información específica relativa a las circunstancias y los motivos de la prohibición*”;
- Limitar el tratamiento al mínimo necesario, teniendo en consideración el principio de proporcionalidad y el equilibrio de derechos e intereses en presencia.

En los términos previstos en la normativa aplicable, artículos 32 de la Ley 17/2009 y 5.u) de la Ley 2/1974, ya transcrito, el Consejo General de la Abogacía Española, los Colegios Autonómicos o los Colegios de Abogados, comunicarán la medida disciplinaria o sanción administrativa firme, si bien no proporcionarán más detalles al respecto, tales como los antecedentes que dieron lugar a la sanción.

En este sentido, la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid (APDCM), autoridad competente sobre los Colegios de Abogados de la Comunidad de Madrid (Madrid y Alcalá de Henares) en cuanto ejerzan potestades administrativas, en virtud de la Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid^{20/21}, se había pronunciado sobre si “*es conforme con la normativa sobre protección de datos ‘proporcionar a los ciudadanos información sobre las sanciones firmes impuestas a los colegiados de un Colegio Profesional’, dato que se contiene en el fichero denominado ‘Expedientes Deontológicos’, inscrito en el Registro de Ficheros de la APDCM*”.

El informe de la APDCM, emitido en respuesta a una consulta efectuada por el Colegio de Abogados de Madrid, indica:

*“1. La modificación legal objeto del presente informe **habilita, en sus justos y estrictos términos, la comunicación** por parte del Colegio Profesional consultante, a solicitud expresa de persona interesada, de la información relativa a las **sanciones firmes impuestas a uno o varios de sus colegiados.***

*• Dicha información que, según se indica, requerirá de la **petición expresa** de la persona **interesada**, debiendo acudirse para la determinación de dicha condición de*

²⁰ Publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* núm. 75, de 25 de julio de 2001.

²¹ Como es sabido, además de la Agencia Española de Protección de Datos, se han constituido la Agencia Madrileña, a la que se hace referencia en el texto, la Autoridad Catalana de Protección de Datos, regulada por la Ley 32/2010, de 1 de octubre, de la Autoridad Catalana de Protección de Datos (*DOGC* núm. 5731 de 8-10-2010), y la Agencia Vasca de Protección de Datos, regulada por la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos (*BOPV*, núm. 44, de 4-3-2004).

‘interesado’ a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común.

- *La habilitación normativa contenida en el nuevo artículo 5, letra u) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, **no ampara la ‘cesión o comunicación masiva’** de los datos personales de los colegiados afectados por las correspondientes sanciones firmes.*

- *Dicha habilitación normativa **tampoco habilita** la comunicación de **sanciones** cuando las mismas hayan sido **canceladas**”.*

Continúa señalando que:

*“deberá minimizarse el contenido de la información objeto de comunicación, en los **estrictos términos previstos** en el nuevo artículo 5, letra u), de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.*

*A dichos efectos, a juicio de esta Agencia, la comunicación al solicitante deberá limitarse a informar sobre la existencia de la/s correspondiente/s sanciones firmes impuestas, con expresión del precepto o preceptos legales que hayan sido infringidos por el Colegiado sancionado, y **sin que en dicha comunicación se refieran las cuestiones de hecho** que dieron lugar a la imposición de la/s referida/s sanción/es”.*

Y por último:

*“se reitera que no procederá —en ningún caso— la publicación de las sanciones de que se trata, **al no existir cobertura legal** en relación con dicha publicación”.*

b) Principio de finalidad

Unido a lo anterior, cabe señalar que para ser lícito y leal, el tratamiento de los datos personales relativos a sanciones deberá limitarse exclusivamente a la finalidad para lo que es necesaria y que lo justifica. Es decir, no se puede hacer ningún otro uso de la misma que no sea el cumplimiento de las previsiones normativas, ya que lo contrario supondría un tratamiento ilícito de datos de carácter personal.

Tal finalidad deriva de lo previsto en el artículo 33 de la Directiva de Servicios y en el artículo 32 de la Ley 17/2009. Se trata de garantizar la honorabilidad y el control efectivo de los prestadores de servicios. Esta es la finalidad que habilita la comunicación de los datos relativos a sanciones. De modo que la comunicación de datos para otras finalidades diferentes (pensemos en la solicitud de datos relativos a las sanciones impuestas a abogados que no tienen relación alguna con la prestación de servicios en un determinado país) no es admisible.

Por su parte, el artículo 5.u) de la Ley 2/1974 (en su redacción dada por la Ley 25/2009) establece, como sabemos que corresponde a los Colegios Profesionales atender que las solicitudes de información y de realización de controles, inspecciones e investigaciones estén debidamente motivadas “**y que la información obtenida se emplee únicamente para la finalidad para la que se solicitó**”.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que los datos relativos a sanciones están sujetos a un régimen de protección especial, tal como se desprende del apartado 5 del artículo 7 de la LOPD:

“Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en sus respectivas normas reguladoras”.

Dicha previsión tiene importantes consecuencias ya que los datos personales relativos a sanciones sólo podrán ser tratados por las autoridades públicas que sean competentes para ello, que en este caso serían el Consejo General de la Abogacía Española, los Consejos Autonómicos, los Colegios de Abogados o la autoridad correspondiente en los términos previstos en la normativa aplicable.

c) Principio de información

El poder de disposición en qué consiste el derecho a la protección de datos exige que el titular de los datos sea informado acerca de los tratamientos de que los mismos se lleva a cabo. Incluso cuando el tratamiento sea posible sin el consentimiento del afectado. Por ello, es necesario que el abogado cuyos datos sean comunicados a otras autoridades europeas o de otros Estados miembros debe ser cabalmente informado de ello. De este modo, además, se da cumplimiento a lo que establece el artículo 11 de la Directiva 95/46/CE y el artículo 5º de la LOPD.

En este sentido, además, el artículo 33 de la Directiva de servicios, que ya se ha transcrito más atrás, dispone claramente que “*El Estado miembro que comunique la información informará de ello al prestador*”.

d) Principio de seguridad

Dada la especial naturaleza de los datos relativos a sanciones, el responsable del fichero o tratamiento (el Consejo General de la Abogacía Española, los Consejos Autonómicos, los Colegios de Abogados) ha de adoptar las

medidas de seguridad de nivel medio, de acuerdo a lo previsto en el art. 81.2.a) del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre²² (RLOPD).

C. Habilitación para el tratamiento de datos de carácter personal relativos a sanciones disciplinarias

a) Habilitación para el tratamiento de datos

En cuanto al tratamiento de datos personales, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD), establece que la norma general es la necesidad del consentimiento del interesado o titular de los datos de carácter personal. No obstante, esta norma general, la necesidad del consentimiento, queda excepcionada en caso de que exista una Ley que disponga otra cosa. En concreto, su artículo 6.1 indica que:

“El tratamiento de los datos personales de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”.

Al respecto, la habilitación para el tratamiento de datos personales relativos a la comisión de sanciones por abogados viene establecida en virtud de la normativa de servicios ya citada, en concreto, la Ley 17/2009, “Ley Paraguas”, y la Ley 2/1974, reformada por la Ley 25/2009 “Ley Ómnibus”.

Es decir, el tratamiento de datos relativos a sanciones impuestas a abogados no requiere del consentimiento del afectado en cuanto esté habilitado por las leyes que acabamos de señalar. Ya veremos más adelante cómo la cesión de datos, que es un supuesto de tratamiento y que está regulada en el artículo 11 de la LOPD, también es posible sin el consentimiento de los afectados.

En cuanto a las previsiones de la ley 17/2009 (en especial su artículo 32), y por lo que se refiere al tratamiento de los datos personales, es necesario tener en consideración los siguientes aspectos:

²² En concreto, el artículo 81.2.a) indica que deberán implantarse las medidas de seguridad de nivel medio en los ficheros o tratamientos de datos de carácter personal *“relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales”.*

- Ha de tratarse de medidas disciplinarias y sanciones administrativas **firmes**: Es decir, que no quepa recurso alguno contra las mismas.
- Impuestas por cualquier autoridad competente: Pudiendo ser tanto judicial como administrativa, sea en este último caso un Colegio Profesional u otra autoridad administrativa²³.
- Que tengan relación directa con su actividad profesional: Respecto a esta previsión, la Memoria del análisis de impacto normativo relativo al Proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio²⁴, de 27 de marzo de 2009, señala que al transponer al ordenamiento jurídico español el artículo 33 de la Directiva “*se ha sustituido la condición de que las decisiones deberán guardar relación directa con la competencia o la fiabilidad profesional del prestador, por la de que guarden relación directa con su actividad comercial o profesional, lo que aparentemente es más amplio, pero resulta más operativo*”.

b) Habilitación para la comunicación de datos a Autoridades europeas y nacionales de otros EE.MM. de la UE

En cuanto a la comunicación de datos personales, en tanto que supone un tratamiento, requiere asimismo, como norma general, el consentimiento del interesado o afectado. No obstante, dicha regla general también tiene excepciones, indicando el artículo 11.2.a) de la LOPD que el consentimiento no será necesario “*cuando la cesión esté autorizada en una Ley*”.

En este sentido, resulta necesario tener en cuenta el artículo 21 de la LOPD²⁵, considerando que los datos personales van a ser tratados para una

²³ Por ejemplo, sería el caso de la sanción impuesta a un abogado por el incumplimiento de sus obligaciones en virtud de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo capitales y de la financiación del terrorismo, publicada en el BOE núm. 103, de 29 de abril de 2010.

²⁴ Disponible en la dirección de Internet: <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/SGPEDC/09-03-27%20Memoria%20del%20an%C3%A1lisis%20de%20impacto%20normativo%20PLLAASE.pdf>

²⁵ Al respecto, resulta necesario destacar la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, del Pleno del Tribunal Constitucional, publicada en el Suplemento al BOE núm. 4, de 4 de enero de 2000, que declaró nulo el inciso “*cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición superior rango que regule su uso*” de manera que se requiere una norma con rango legal ya que no resulta suficiente una previsión en un Reglamento o norma inferior a la Ley. En cualquier caso, la comunicación de datos que una Administración Pública obtenga o elabore con destino a otra, no requerirá del consentimiento del titular de los mismos.

finalidad específica que comparten las administraciones implicadas y que es la de garantizar la prestación de servicios en el mercado interior.

Por su parte el artículo 10.2.a) del RLOPD indica que no será necesario el consentimiento para el tratamiento o la cesión de datos cuando “*lo autorice una norma con rango de ley o una norma de derecho comunitario*” y en particular cuando “*el tratamiento o la cesión de los datos sean necesarios para que el responsable del tratamiento cumpla un deber que le imponga una de dichas normas*”.

Hasta la modificación operada en la Ley 2/1974 por la Ley 25/2009 (la llamada “Ley Ómnibus”), conforme a lo previsto en la Ley 17/2009 (“Ley Paraguas”), se planteaba si los Colegios Profesionales podían ceder o comunicar datos de sus colegiados referidos a sanciones impuestas.

La APDCM, en el informe que se ha citado más atrás, actualiza otro anterior de 2006, indicando ahora que:

*“De la dicción literal de este nuevo precepto se desprende, que —a consecuencia de la correspondiente modificación legal— **el legislador ha querido establecer —ex novo—** ‘por medio de una norma con rango de ley formal’, de manera específica e inequívoca, que compete a dichas Corporaciones de Derecho público ‘atender las solicitudes de información sobre sus colegiados y sobre las sanciones firmes a ellos impuestas’, pudiendo deducirse —incluso— que dicha función constituirá una nueva competencia atribuida —ex lege— a favor de los Colegios Profesionales.*

*En consecuencia, debe entenderse que **decae la exigencia** —a la que se hacía referencia en nuestro Informe de 20 de diciembre de 2006— de que para proceder a atender este tipo de solicitudes **realizadas por los ciudadanos** deba concurrir necesariamente el consentimiento de la persona afectada”.*

Por lo tanto, la cesión o comunicación de datos personales, en los términos señalados, por el Consejo General de la Abogacía Española, los Consejos Autonómicos o los Colegios Profesionales a las autoridades competentes de la UE (en particular la Comisión) o de otros países miembros de la UE, no requiere del consentimiento de los abogados, como titulares de los datos personales.

Cuestión distinta, pero adicional, es el hecho de que la comunicación fuera de nuestras fronteras a Estados miembros de la UE supone una transmisión internacional de datos²⁶, que no requerirá autorización de la Agencia Española de Protección de Datos puesto que tiene como destino un

²⁶ Supone una “transmisión” y no una “transferencia”, pues, jurídicamente, la comunicación internacional de datos a Estados Miembros de la UE no tiene la consideración de transferencia internacional.

Estado Miembro, de manera que no sale fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 95/46/CE.

Es decir, resulta aplicable la excepción prevista en el apartado *k*), del artículo 34 de la LOPD, que prevé el supuesto relativo a la transferencia que “*tenga como destino un Estado miembro de la Unión Europea*”.

D. Retención y cancelación de los datos personales

La cancelación de los datos personales relativos a la comisión de sanciones, en los términos expresados, es relevante ya que supone que los mismos deban ser suprimidos una vez que transcurran los plazos legalmente previstos y no podrán ser cedidos o comunicados.

En relación con el sistema IMI es necesario tener en cuenta el artículo 4 de la Decisión 2008/49/CE, ya citada, que indica que: “*se cancelarán a los seis meses de la clausura formal de dicho intercambio, salvo que una autoridad competente solicite expresamente a la Comisión su cancelación antes de ese plazo*”.

Dicha cancelación se refiere al tratamiento de los datos personales en el sistema IMI, de manera que se aplica sin perjuicio de la cancelación y plazos de conservación con los que tengan que cumplir los Colegios de Abogados en virtud de las previsiones aplicables al respecto.

En cuanto al plazo de cancelación de los datos personales en el sistema IMI, es necesario tener en cuenta la normativa que regula dicho sistema. Es decir, el sistema es gestionado por autoridades competentes en los Estados miembros pero se rige por las normas establecidas por la Comisión.

Hay que resaltar que el sistema IMI está concebido como una herramienta informática para el intercambio de información, no como una base de datos. El matiz tiene importancia, ya que actualmente el sistema IMI funciona como tal y no como una base de datos de prestadores de servicios.

La “Declaración de confidencialidad del sistema”²⁷, en relación con la cuestión “¿Cuánto tiempo se conservarán los datos?”, señala lo siguiente:

“Todos los datos personales que intercambien las autoridades competentes a través del IMI serán eliminados automáticamente por la Comisión a los seis meses del cierre oficial del intercambio de información. El intercambio de información seguirá conservándose en el sistema con fines estadísticos, pero todos los datos personales pasarán a ser anónimos. Toda autoridad competente que haya participado en un

²⁷ Disponible en http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/sistema_IMI/documentos/protec_datos/ClausulaCOM/privacy-statement-COM-es

*intercambio concreto de información puede pedir a la Comisión, tras el cierre del mismo, que elimine datos personales específicos. La Comisión dará curso a la solicitud en el plazo de 10 días hábiles, previo consentimiento de la otra autoridad competente participante en el intercambio*²⁸.

Por su parte, el considerando 8 de la Decisión 2008/49/CE, de 12 de diciembre de 2007, relativa a la protección de los datos personales en la explotación del Sistema de Información del Mercado Interior, establece:

“A fin de garantizar el seguimiento de las consultas que se planteen entre autoridades competentes y a los efectos de aquellos casos en que un interesado desee apelar contra una decisión administrativa negativa que se haya adoptado basándose en un intercambio de información, resulta oportuno que todo dato personal objeto de intercambio entre autoridades competentes y procesado en el marco del IMI se conserve durante un plazo de seis meses, tras la clausura formal del intercambio de información. Transcurridos los seis meses, debe procederse a la cancelación de todos los datos personales. Un período de conservación de seis meses resulta apropiado porque corresponde a la duración de los procedimientos administrativos establecidos por la legislación comunitaria en el marco de los cuales se intercambia la información”.

La Recomendación de la Comisión de 26 de marzo de 2009 sobre directrices para la protección de datos en el Sistema IMI²⁹, señala que:

“No se trata de una base de datos destinada a almacenar información durante largos periodos de tiempo, sino de un mecanismo centralizado que permite a las Administraciones nacionales de los Estados miembros del EEE intercambiarse información, que se conserva durante un tiempo limitado”.

Y también que:

“Como norma general, todos los datos personales transmitidos en los intercambios de información se suprimirán seis meses después de dar por concluido formalmente el intercambio de información. La Comisión está introduciendo actualmente algunas modificaciones en el sistema (avisos recordatorios y listas de urgencias) con la finalidad de que las solicitudes puedan clausurarse oficialmente cuanto antes.

Existe también la posibilidad de que una autoridad competente solicite la supresión de los datos personales antes de que finalice el período de seis meses. Si la otra autoridad competente está de acuerdo, la Comisión dará cumplimiento a esas solicitudes en el plazo de diez días hábiles.

²⁸ Traducción del texto disponible en inglés en: http://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/docs/privacy_statement_en.pdf

²⁹ Disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/docs/recommendation_2009_C2041_es.pdf

Las autoridades competentes deben saber que las solicitudes de supresión de datos personales pueden efectuarse en línea, para lo cual se localizará la solicitud clausurada y se pulsará el botón «Solicitar supresión de datos personales».

La guía también indica que:

“Es importante también recordar que en relación con los datos almacenados fuera del IMI por las autoridades competentes se aplica la legislación nacional en materia de protección de datos”.

Además de lo anterior, el *“Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de la Comisión de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento [...] relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior. (2012/C 137/01)”*, al que ya se ha hecho referencia más atrás, indica que:

“deberían establecerse las disposiciones adecuadas para garantizar que toda referencia a las acciones disciplinarias o sanciones penales que se adoptan o cualquier otra circunstancia grave específica será suprimida del expediente IMI de manera oportuna una vez que el acceso a la información ya no sea necesario.

La referencia propuesta a la supresión cuando «ya no sea necesaria» es útil aunque, en nuestra opinión, no resulta suficiente para garantizar la coherencia y la seguridad jurídica. El SEPD, por tanto, recomienda que la propuesta especifique un período de conservación lo suficientemente corto para la información intercambiada. Por los motivos explicados anteriormente al tratar los períodos de conservación de las alertas, sería preferible que dicha información se conservara en el IMI únicamente mientras esto fuera necesario para que la autoridad de destino adopte la acción adecuada (por ejemplo, un período de seis meses para iniciar una acción de investigación o de ejecución)”.

El Grupo de Trabajo del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE en su Dictamen 7/2007 sobre cuestiones de protección de datos relacionadas con el Sistema de Información del Mercado Interior (IMI), WP 140³⁰, señala que.

“El sistema IMI es una herramienta especialmente concebida para compartir información y permitir a las autoridades competentes acceder a dicha información cuando sea necesario. Constituye un flujo de información, parte de ella sensible (conservándose los datos durante seis meses, tal como se explica a continuación en el apartado 4.2.c), y que debe por tanto respetar los principios establecidos en el artículo 8 de la Directiva sobre protección de datos”.

³⁰ Disponible en http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp140_es.pdf

Y en el apartado 4.2.c) relativo a cuestiones particulares relativas al plazo de conservación de los datos personales, el Grupo de Trabajo establece que:

“La intención de la Comisión es fijar en seis meses el plazo de conservación automática de los datos e integrar en la arquitectura del sistema una función de recordatorio automática para la supresión de los mismos.

La Directiva sobre protección de datos prevé, en su artículo 6, apartado 1, letra e), que los datos personales sólo se conservarán durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente (véase también el Reglamento (CE) n° 45/2001). Esta condición es esencial para cumplir el principio de proporcionalidad en el tratamiento de los datos personales.

En opinión del GT29, el plazo de conservación de seis meses propuesto por la Comisión parece razonable a primera vista, si se considera que un mismo expediente puede requerir varios intercambios complementarios entre CA. El GT29 recomienda no obstante que, en su futura decisión de aplicación, la Comisión explique las razones para conservar los datos durante este periodo específico”.

El citado Dictamen del Grupo de Trabajo explica que los datos personales son almacenados en el servidor de la Comisión en Luxemburgo y que *“La determinación del periodo de conservación adecuado de seis meses y, en consecuencia, del cumplimiento del artículo 4, letra e), del Reglamento n° 45/2001, exigirá una comprensión clara y explícita del objetivo o la finalidad de cada operación de tratamiento de datos; es también de suma importancia que éstos estén protegidos frente a accesos no autorizados”.*

En cuanto a los datos que pudieran tratar y almacenar las autoridades nacionales fuera del sistema IMI, el Grupo de Trabajo indica que:

“En el supuesto de que las autoridades nacionales también conserven datos personales, éstos sólo deberán almacenarse durante el período de tiempo necesario para la conclusión del intercambio o la transacción para la cual se hayan recogido; los plazos para su supresión estarán en función de lo que prevea el Derecho interno de cada Estado miembro.

Esta condición pasa a tener una gran importancia en los casos en que un funcionario de una AC esté habilitado para conservar esta información en el disco duro de su ordenador personal o en otro dispositivo de almacenamiento. El plazo de conservación sigue siendo válido, y los datos deben bloquearse tan pronto como dejen de ser útiles para los fines que hayan justificado su obtención. Esta exigencia se añade, naturalmente, a las obligaciones impuestas por el Derecho nacional en materia de protección de datos”.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario tener en cuenta el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 7 de diciembre de 2011, sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Mejo-

rar la gobernanza del mercado único mediante una mayor cooperación administrativa: una estrategia para ampliar y desarrollar el Sistema de Información del Mercado Interior (“IMI”)» y la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (“Reglamento IMI”)»³¹, que señala:

“hasta ahora ha venido describiéndose el IMI como una herramienta informática de intercambio de información, o en otras palabras, una herramienta de comunicación (véase, por ejemplo, el artículo 3 de la propuesta). Sin embargo, algunas de las aplicaciones mencionadas en la propuesta, en particular la función de «registro de información», parecen trascender este concepto. La propuesta de ampliación a cinco años de los períodos de conservación también parece indicar el paso hacia una «base de datos». Estas evoluciones alterarían fundamentalmente el carácter del IMI”.

Y que:

“Los datos personales no deben ser accesibles durante más tiempo del necesario, por lo que se establecen períodos máximos de conservación, tras los cuales se bloquean los datos que se pueden cancelar automáticamente cinco años después de la clausura de un procedimiento de cooperación administrativa”.

E. Sobre la naturaleza jurídica de las bases de datos referentes a sanciones impuestas a abogados

Para concluir hemos de señalar que ni las bases de datos de los Distintos Colegios referidos a las sanciones impuestas a abogados, ni el fichero y registro de sanciones que afecten a los abogados que corresponde llevar al Consejo General de la Abogacía Española, tienen la consideración de “fuentes accesibles al público”.

Tal cuestión es importante por cuanto los datos recogidos en fuentes accesibles al público pueden ser sometidos a ciertos tratamientos sin autorización de los interesados y para finalidades más amplias de las previstas en las normas a las que se ha hecho referencia más atrás.

El artículo 3.j) de la LOPD define qué se entiende por fuentes accesibles al público y, en lo que ahora nos interesa señala que tendrán tal consideración “las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que

³¹ Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea serie C, núm. 43, de 15 de febrero de 2012 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:043:0014:0019:ES:PDF>)

contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo”. Por su parte, el artículo 7.1.c) del RLOPD añade que “La dirección profesional podrá incluir los datos del domicilio postal completo, número telefónico, número de fax y dirección electrónica. En el caso de Colegios profesionales, podrán indicarse como datos de pertenencia al grupo los de número de colegiado, fecha de incorporación y situación de ejercicio profesional”. Es decir, en ningún caso los datos relativos a las sanciones impuestas forman parte del contenido admisible en relación con las fuentes accesibles al público. Además, el artículo 7.2, que desarrolla el citado art. 3.j) de la LOPD, dispone que “En todo caso, para que los supuestos enumerados en el apartado anterior puedan ser considerados fuentes accesibles al público, será preciso **que su consulta pueda ser realizada por cualquier persona**, no impedida por una norma limitativa, o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación”.

Esto implica que no es de aplicación el artículo 11.2.b) de la LOPD, según el cual los datos de carácter personal objeto del tratamiento podrán ser comunicados a un tercero sin el previo consentimiento del interesado “cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público”. Tampoco son de aplicación, por supuesto, los artículos 28 a 30 de la LOPD.

Y asimismo implica, lo cual es más importante, que los datos relativos a sanciones en ningún caso pueden ser objeto de consulta pública y generalizada, sino que deben someterse al régimen de tratamiento y cesión que se acaba de exponer en el presente Dictamen.

V. CONCLUSIONES

Primera. El Consejo General de la Abogacía Española, los Consejos Autonómico y los Colegios de Abogados son las autoridades competentes que tienen que cumplir con las obligaciones impuestas en virtud de la normativa sobre servicios y sobre Colegios Profesionales. Entre dichas obligaciones se encuentra la de dar respuesta a las solicitudes de información de las autoridades de otros EE.MM. de la UE y de las autoridades competentes en cuanto a la honorabilidad de los profesionales (en nuestro caso los abogados, colegiados ejercientes, no ejercientes, sin ejercicio, abogados inscritos y los que hayan obtenido su título profesional en otro Estado miembro de la Unión Europea, incluidos los que actúen en régimen de prestación ocasional de servicios), quienes actúan o pueden actuar como prestadores

de servicios, así como de adoptar otras medidas para cumplir con la cooperación administrativa.

Segunda. La comunicación de información a las autoridades correspondientes de otros EE.MM. de la UE no requiere del consentimiento del interesado o titular de los datos (el abogado) ya que tal comunicación resulta habilitada por el artículo 5.u) de la Ley 2/1974, en su actual redacción, y por el artículo 32 de la Ley 17/2009.

Tercera. El tratamiento de datos personales relativo a la comunicación de sanciones a autoridades de otros EE.MM. de la UE y otras autoridades competentes, debe llevarse a cabo cumpliendo la normativa nacional y europea aplicable, teniendo en consideración el uso del Sistema IMI.

Cuarto. La comunicación de datos relativos a sanciones debe hacerse en todo caso con estricto respeto a los principios del derecho a la protección de datos, y en particular a los principios de calidad, finalidad, información, seguridad y habilitación del tratamiento.

Quinta. Dicha comunicación no requiere de autorización de la AEPD puesto que la misma se realiza a Estados miembros de la UE y del Espacio Económico Europeo, de manera que queda cubierta por las excepciones previstas en la LOPD y además supone cumplir con una obligación legalmente prevista.

Sexta. Los datos personales objeto de intercambio entre autoridades competentes y procesados en el marco del sistema IMI serán cancelados a los seis meses de que se haya producido el intercambio de información entre las autoridades competentes.

Séptima. En ningún caso cabe admitir la publicación indiscriminada de los datos de sanciones impuestas a abogados.

Informe 8/2012

Los enfermos mentales en el Sistema Penitenciario. Un análisis jurídico

I. OBJETO DEL INFORME

Se nos pide la emisión de un informe —necesariamente urgente— sobre la situación jurídica en la que se encuentra un cierto colectivo de internos en establecimientos penitenciarios: aquellos que sufren enfermedades mentales.

La disminución general en la intensidad del disfrute de los derechos de la persona que rodea a un interno en una prisión resulta lejanamente conocida para quiénes no se mueven en el mundo de una de las más estrechas relaciones de supremacía especial que puede unir a un Estado con sus nacionales: la vigilancia penitenciaria constituye un subsistema normativo complejo, oscuro y poco difundido.

Pues bien, más dentro aún de tan singularizado árbol de levas jurídico se encuentra una de las posiciones más peculiares, desconocidas y —ya lo podemos avanzar como guía de orientación en estas páginas— dolorosamente postergada: la de los enfermos mentales internos en cárceles españolas. Puede —muy seguramente— que ello tenga que ver con la naturaleza especialmente opaca y poco externalizable que concurre en una persona que, además de estar encerrado, se encuentra atado por una segunda mordaza aún más fuerte: la prisión de su propia mente. La concurrencia de ambos campos de ocultamiento a la luz pública nos debe situar —como juristas— en el campo de la obligada atención normativa a situaciones que no por cotidianas y relativamente extendidas dejan de ser un auténtico clamor en pleno siglo XXI.

Lo que sigue es el resultado de nuestro trabajo.

II. LA SITUACIÓN FÁCTICA DE PARTIDA

Desde los años 90 los estudios realizados en población penitenciaria a nivel mundial concluyen que las personas encarceladas tienen entre 4 y 6 veces más probabilidad de padecer un trastorno psicótico o depresión grave que la población general y alrededor de 10 veces más probabilidad

de ser diagnosticados de un trastorno antisocial de la personalidad¹. La situación singular de los enfermos mentales internados en establecimientos penitenciarios fue puesta de manifiesto en primer lugar por el Defensor del Pueblo Andaluz en un extenso informe de 1998².

Recogido por el denominado Informe PRECA³ (Prevalencia - Cárceles) y tal y como en él se señala, es difícil extrapolar los datos obtenidos en muestras de un país a otro dada la heterogeneidad de la población penitenciaria y de las características particulares de los sistemas penales y psiquiátrico-legales. Incluso dentro de Europa, pueden existir diferencias considerables. España cuenta con una de las mayores tasas de encarcelamiento de Europa (160/100.000). En el año 2008, había 73.558 internos, de los cuales 54.746 (50.626 hombres y 4.120 mujeres) cumplían condena, 17.849 (16.073 hombres y 1.776 mujeres) eran preventivos, alrededor de 600 eran pacientes psiquiátrico-forenses (medidas de seguridad) y el resto estaban en otra situación penal administrativa (arrestos de fin de semana, transferidos a otros centros penitenciarios, etc.)⁴.

En el Estudio sobre salud mental en medio penitenciario elaborado por el Ministerio del Interior (2007) señalan una prevalencia estimada de trastornos mentales en población reclusa española del 46%⁵. Como señalara en su momento la responsable de Instituciones Penitenciarias, los resulta-

¹ Fazel and Danesh, 2002; Andersen, 2004; Brugha et al., 2005. Citados por Informe PRECA.

² “*La situación de los enfermos mentales internados en centros penitenciarios andaluces*” 78 páginas. Publicado en el Boletín Oficial del Parlamento Andaluz n° 193, de 3-3-1998, V Legislatura. Debate en Diario de Sesiones de la Comisión de Asuntos Sociales n° 220 serie A, sesión celebrada el 9-12-1998, V Legislatura. Dice así su presentación: “*La conclusión más rotunda por parte de todas las instancias que han participado en este trabajo es que el enfermo mental no cumple ningún papel en la cárcel y que, por su parte, las cárceles no están para tratar enfermos mentales*”.

³ Informe Prevalencia de trastornos mentales en centros penitenciarios españoles (Estudio PRECA), Grupo PRECA, Barcelona 2011. El grupo PRECA queda constituido en el año 2006 con el objetivo de disponer de datos epidemiológicos relacionados con la salud mental de los internos en los centros penitenciarios españoles.

⁴ Instituto Nacional de Estadística, 2010.

⁵ En la muestras estudiadas y referidas por el estudio PRECA (coincidente con otros informes), la mayoría de los presos con trastornos afectivos, de ansiedad o psicóticos —las afectaciones mentales más comunes— tienen también historia de consumo de drogas. De acuerdo con los estudios más extendidos, se observa regularmente una alta comorbilidad entre trastornos mentales y consumo de drogas. Una vez excluida la historia de consumo de drogas, se observa una disminución importante en las tasas de enfermedad mental en los reclusos, lo que pone de manifiesto la estrecha relación entre consumo de drogas y trastornos mentales.

dos de ambos estudios (PRECA e Interior) han sido muy similares⁶, resultando que existen solo dos hospitales psiquiátricos penitenciarios: Alicante (Fontcalent) y Sevilla⁷.

Quedémonos de partida con este dato para comenzar a aquilatar el objeto de nuestro trabajo: que casi la mitad de la población reclusa pueda ser sujeto pasivo de enfermedades mentales resulta un extremo fáctico que suscita muchas cuestiones acerca de la finalidad, métodos y efectividad que guían la aplicación del derecho penitenciario en ciertas circunstancias.

Entre otros extremos relevantes y a los efectos que aquí nos concitan, uno de los resultados más destacados es que se observa claramente que la prevalencia de patología psiquiátrica entre los reclusos españoles es superior a la de la población general. Y de qué forma: según los resultados obtenidos en el estudio PRECA la prevalencia de enfermedad mental en población reclusa es alrededor de 5 veces más alta. Existen otros estudios —Organización Mundial de la Salud— que lo elevan incluso a 7 veces⁸. Y su extensión e intensidad son motivos de preocupación para la Unión Europea⁹ y las Naciones Unidas¹⁰. Ello resulta de singular trascendencia en la medida en que las autoridades de los centros penitenciarios deben de saber cuántos internos padecen algún trastorno mental en un momento determinado y la probable naturaleza de estos trastornos si quieren proporcionar un cuidado adecuado a esta población (resultando igualmente su vinculación a los trastornos asociados a drogas¹¹). Tampoco puede olvidarse que existen otros elementos de discriminación que constituyen una agravante de partida de las posibilidades de afección psiquiátrica: sobre

⁶ Diario de Sesiones del Senado, 23 de mayo de 2011. Comparecencia de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, D^a Mercedes Gallizo Llamas, ante la Comisión de Interior, para informar sobre las estrategias de atención a los problemas de salud mental en el medio penitenciario.

⁷ En 2011 había 180 internos en Sevilla y 370 en Alicante.

⁸ Mendelson EF. A survey of practice a regional Forensic Service: what do Forensic Psychiatrists do? Part I-II: Characteristics of cases and distribution of work. Br. J. Psychiatry. 1992; 160: 769-776.

⁹ Mental health: facing the challenges, building solutions: report from the WHO European Ministerial Conference of Helsinki. Copenhagen: WHO; 2005. Disponible en: http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0008/96452/E87301.pdf; Mental Health Promotion in Prisons: Report on a WHO Meeting; 1998 nov. 18-21; The Hague, Netherlands. Copenhagen: WHO, Regional Office for Europe; 1998.

¹⁰ United Nations. Basic Principles for the Treatment of Prisoners 45/111: Genebre: General Assembly; 1998.

¹¹ Revista Española de Sanidad Penitenciaria, N° 1. Madrid, 1998. Pp. 5 ss.

todo ser extranjero¹². En suma, encontrarse en una situación de vulnerabilidad obliga a plantearse prestar una atención particular a quienes en ella se hallan (en cualquier estado del proceso penal, y por supuesto en la ejecución de la pena), como ha puesto de manifiesto específicamente el Consejo de la Unión Europea¹³.

Y de aquí derivaremos una primera y obligada conclusión jurídica para nuestro análisis final: los servicios psiquiátricos penitenciarios deberían formar parte efectiva de la red de asistencia psiquiátrica y social comunitaria de modo que se garantice un tratamiento integral de este colectivo, puesto que la población de riesgo psiquiátrico no puede ser diferenciada según esté dentro o fuera de una prisión. Sólo una consideración conjunta permitiría su atención completa y suficiente. Puede verse en tal sentido la última memoria de la Estrategia en Salud Mental, aprobada por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud¹⁴, donde se señala la importancia sanitaria y social de los trastornos mentales en España y se desarrollan los principios y valores básicos para el abordaje y la adecuada atención de estos problemas en todo el sistema asistencial público. Dentro del cual —añadimos nosotros— no vemos por qué no puede ser tenido en consideración el penitenciario.

Pero, demos un paso más en nuestra indagación, centrándonos en un universo aún más restringido (sin olvidar nunca ese entorno que sólo se puede autocalificar como de muy preocupante cuando casi la mitad de los internos en establecimientos penitenciarios son presa de enfermedades

¹² Destacar referencialmente el elevado porcentaje de población extranjera internada en las cárceles españolas, estimada porcentualmente en 3,2 veces más a la de la población general en España (INE, 2010). Los reclusos extranjeros en un elevado número no tenían residencia legal, son desempleados y no tienen acceso a los servicios. Estas variables sumadas al propio encarcelamiento (American Psychiatric Association, 1995) suponen un factor de riesgo adicional bien reconocido para la exclusión social (Royal College of Psychiatrists, 2007) y constituyen desencadenantes de enfermedad mental (Morgan et al., 2007). Futuros estudios deben centrarse en esta población para analizar el efecto sobre la reincidencia penal y el papel que juegan los recursos de salud mental en su asistencia.

¹³ Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales. En el Plan de Trabajo para tal reforzamiento se incluyen (Medida E) las denominadas “*salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables*” estimándose por tal situación de vulnerabilidad “*que no puedan comprender o seguir el contenido o el sentido del proceso debido, por ejemplo, a su edad, o a su condición mental o física*”.

¹⁴ Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud 2009-2013. Madrid: Ministerio de Sanidad, Política social e Igualdad. Centro de publicaciones; 2011.

mentales en diverso grado, nada menos que cinco veces más que la población ordinaria). Acerquémonos, dentro de ese amplio elenco de enfermos mentales, al caso de aquéllos que se encuentran en una posición extrema: quienes se ubican en el concepto jurídico de inimputables.

Centrémonos, pues, en la situación de quienes no sólo es que sean parte de la población reclusa penitenciaria que sufre una enfermedad mental sino que llegan al supuesto de, por esa misma afección, no poder ser considerado jurídicamente responsable de sus actos. Y, además, se encuentra con otros ciudadanos (pues no dejan de serlo en ningún momento) que comparten su centro en un número alarmantemente elevado.

Pues no perdamos de vista algo realmente desconsolador desde la óptica jurídica (y es una afirmación especialmente cualificada por deberse a quien ha estado al cargo del funcionamiento de todo el sistema)¹⁵:

“¿Por qué tenemos, pues, sobreocupación de los hospitales psiquiátricos penitenciarios? Una explicación es que hay un alto número de estos enfermos que son ingresados, entendemos que de manera inadecuada, en los centros psiquiátricos dependientes del sistema penitenciario porque la derivación a recursos asistenciales ordinarios encuentra mucha resistencia de las comunidades autónomas responsables de estos servicios”¹⁶.

III. ¿QUÉ RESPUESTA VIENE OFRECIENDO EL DERECHO AL PROBLEMA DE LOS INIMPUTABLES INTERNADOS EN ESTABLECIMIENTOS PSIQUIÁTRICOS?

La figura del inimputable sigue revistiendo perfiles muy clásicos en nuestro derecho.

El principio de culpabilidad hace descansar la pena sobre la existencia de una previa actuación imputable a un individuo. El ciudadano solo responde criminalmente de lo que hace en términos susceptibles de legitimar

¹⁵ Diario de Sesiones del Senado, 23 de mayo de 2011. Comparecencia de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias.

¹⁶ El resto de la intervención es igualmente descorazonador. Baste un párrafo (Op. Cit): “Señorías, nos encontramos aquí con la paradoja de que una persona que es declarada inimputable y a la que se le impone una medida de seguridad de un año con internamiento en un hospital psiquiátrico penitenciario, ingresa en él a cumplir esa condena, que puede ser también de tres o de seis meses. Sin embargo, esta misma persona, si no hubiese sido declarada no responsable seguramente no habría ingresado en prisión con una condena tan baja, pero el juez consideró que no estaba en condiciones de ir a su casa y no tenía un recurso civil público al que enviarle”.

el juicio de reproche a título de dolo o culpa. El Derecho Penal, para proteger los bienes jurídicos fundamentales, controla y sanciona conductas desviadas, por lo que el concepto de imputabilidad resulta clave: solo se puede imputar a quien reviste características biológicas y psíquicas que le hacen responsable de sus actos. El inimputable, por el contrario, no es culpable —en sentido jurídico-penal— de sus actos.

Con antecedentes claros en Aristóteles y su doctrina de las “*acciones liberae*” el influjo del cristianismo, el resurgir del Derecho Romano y el desarrollo del Derecho Canónico abren en la Edad Media el período de la responsabilidad moral¹⁷. Por obra de los teólogos, el libre arbitrio se convierte en el alma del Derecho Penal. Con arreglo a tales doctrinas solo quien goza de inteligencia, discernimiento y libre voluntad puede ser penalmente responsable. Las doctrinas de Bentham, Carrara, Carmignani y Rossi fueron recibidas en la España de Jiménez de Asúa. Y la evolución filosófica llega al campo jurídico: si solo el imputable puede ser penalmente responsable, como es capaz de cometer delitos (aunque no pueda ser castigado como delincuente por ellos) debe ser frenado y constreñido por la sociedad —que no considera imputables tales conductas pero que debe defenderse frente a ellas— mediante las medidas de seguridad. Enfermos mentales y medidas de seguridad son notas continuas de una evolución intemporal, que por supuesto llega a nuestros días.

En España los Códigos Penales de 1848, 1850 y 1870 invocan expresamente la enfermedad mental hablando de “*el imbecil y el loco*”, pasando los de 1928 y 1932 a destacar la figura del “*enajenado*” enlazándolo cada vez más con la figura de la medida de seguridad, protectora de la sociedad que no le considera voluntariamente culpable pero si socialmente peligroso.

La ya veterana Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) contiene una referencia mínima al problema de la atención psiquiátrica en prisiones en su artículo 36 cuando, muy de paso, señala:

“1. En cada centro existirá al menos un médico general con conocimientos psiquiátricos de cuidar de la salud física y mental de los internos y de vigilar las condiciones de higiene y salubridad en el establecimiento, el cual podrá, en su caso, solicitar la colaboración de especialistas...”

2. Además de los servicios médicos de los establecimientos, los internos podrán ser asistidos en las instituciones hospitalarias y asistenciales de carácter penitenciario y, en caso de necesidad o de urgencia, en otros centros hospitalarios...”

¹⁷ Imputabilidad jurídico-penal: “*Nueva enciclopedia Jurídica*” Seix, Barcelona 1965. Tomo XII, Pp. 36 ss.

Junto a ello el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario establece la organización de la asistencia primaria en prisión y aun de la especializada y hospitalaria, señalando que cuando sea necesario, los tratamientos se efectuarán en centros dependientes de otras administraciones públicas no penitenciarias. Los artículos 183 a 191 contemplan el “*Internamiento en un establecimiento o unidades psiquiátricas penitenciarias*”. No parece que los positivos propósitos contenidos en tales preceptos se estén alcanzando en la forma en que debiera. Tampoco parece, como han señalado algunos, que sea una regulación muy completa¹⁸.

Y el problema puede ser identificado desde un momento anterior, puesto que, en el seno del proceso judicial que conduce a la condena que finaliza en el internamiento en establecimiento psiquiátrico resulta esencial acentuar la protección de los derechos de los discapacitados intelectuales y enfermos mentales para asegurar una especial atención a sus necesidades reales, evitando que una consideración genérica de su situación de eventual inimputabilidad impida una consideración real de su situación.

Ello resulta especialmente importante por lo que respecta al empleo de medidas alternativas no privativas de libertad, evitando internamientos inadecuados.

Por su parte, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad garantizó que el Sistema Nacional de Salud prestaría atención a todos los pacientes en la misma red asistencial, y en el caso de los pacientes mentales, integró los diferentes servicios y recursos de asistencia psiquiátrica en una sola red pública. Su artículo 20 no deja lugar a dudas partiendo el Capítulo “*De la Salud Mental*” (constituido por este único precepto) de una premisa que dista de haberse conseguido en el ámbito penitenciario. Dice así:

“Sobre la base de la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y de la total equiparación del enfermo mental a las demás personas que requieran servicios sanitarios y sociales, las Administraciones sanitarias competentes adecuarán su actuación a los siguientes principios...”

No creemos que pueda darse por lograda esa “*plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general*” en el caso de los enfermos mentales internos en establecimientos penitenciarios. Y

¹⁸ NISTAL BURÓN, J. “*El cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad. Problemática que genera la escasa regulación normativa al respecto*” Diario La Ley, N° 7865, 24 de mayo de 2012.

puede que la paradoja fuese que esa integración debería ser incluso superior a la ordinaria, habida cuenta del especial grado de postergamiento que sufren tales enfermos.

Menos aún cuando la asistencia sanitaria penitenciaria —repetimos que por ahora fuera de esa efectiva integración— es contemplada específicamente por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, donde se insiste en la necesidad de que el dispositivo asistencial de la atención primaria en el medio penitenciario, sea definitivamente transferida a los dispositivos asistenciales de las Comunidades Autónomas con lo que se ganaría en coordinación, en equidad, continuidad, justicia y accesibilidad del usuario a los servicios sanitarios.

Pues bien, un número importante de enfermos psiquiátricos graves en el sistema penitenciario, tiene este origen judicial y una serie de implicaciones médico-legales que influyen en su evolución, diagnóstico y rehabilitación.

Reiteramos aquí lo que se dijo más arriba para su ubicación en el Sistema Nacional de Salud: las personas que están en prisión forman parte de la sociedad —sanitaria y general— y el éxito en su rehabilitación garantizará la reducción del riesgo de reincidencia de sus comportamientos antisociales. En la medida en la que estos comportamientos tengan relación con un trastorno mental, el adecuado tratamiento de éste evitará aquélla. La organización del tratamiento de los trastornos mentales en prisión debe poder garantizar su equivalencia y continuidad con el recibido para la misma enfermedad en la comunidad.

Tampoco puede olvidarse el marco normativo que se deriva de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que supone la adopción de los contenidos de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU).

Por su parte, en el Código Penal español, tras la trascendental reforma de 1995 donde viene a instaurarse un completo y nuevo sistema de medidas de seguridad¹⁹, se estipula que cuando una persona haya cometido un delito y sea considerada inimputable por causa de enfermedad mental, el

¹⁹ BARREIRO, A.J. “Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho Penal Español y en el Derecho Comparado” Revista La Ley, 24/11/2010. Homenaje a Santiago Mir Puig.

tribunal tiene la posibilidad de someterle a un tratamiento ambulatorio, o podrá imponerle internamiento psiquiátrico involuntario, en una institución apropiada, por un periodo que en ningún caso será superior al de la pena que hubiera podido corresponderle. Analicemos este supuesto por ser el de nuestro examen.

El internamiento en “*centro psiquiátrico*”, que no se corresponde literalmente con la medida de seguridad privativa de libertad prevista en el art. 101.1 CP —el internamiento para tratamiento médico o educación especial en un “*establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie*”— y en el art. 104.1 CP, es aplicable respectivamente a los delincuentes peligrosos inimputables o semi-imputables que fueran declarados exentos de responsabilidad criminal conforme al art. 20.1.º CP (art. 101.1 CP), o en su caso les fueran aplicable la eximente incompleta (art. 21.1.ª CP) relacionada con la eximente 1.ª del art. 20 CP (art. 104.1 CP). La regulación del alcance de esta medida privativa de libertad la podemos encontrar, en principio, en los artículos 183 y siguientes del Reglamento Penitenciario, cuya normativa nos remite a los “*establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias*” (artículo 184.b del citado Reglamento). Esta clase de internamiento ha de estar sometido a un control judicial y a una revisión periódica —al menos, cada seis meses por parte de un equipo multidisciplinar— de la situación personal del paciente, debiendo emitirse un informe sobre su estado y evolución (artículo 187 Reglamento).

Una de las cuestiones más polémicas en referencia a lo que aquí nos ocupa se refiere a qué ámbito de aplicación debe limitarse esa medida privativa de libertad, teniendo en cuenta su peculiar configuración, es decir, al tratarse de un internamiento en centros hospitalarios psiquiátricos penitenciarios, con especiales medidas de seguridad. En buena lógica la mencionada medida privativa de libertad debería aplicarse sólo a los enfermos mentales delincuentes y especialmente peligrosos, cuya elevada peligrosidad —manifestada en la previa comisión de un delito y relacionada con la probable comisión de ulteriores delitos de cierta relevancia, cuyas consecuencias jurídicas a nadie se escapan²⁰— no pueda ser conjurada mediante la hospitalización del sujeto en un hospital psiquiátrico que carezca de las condiciones necesarias de seguridad para neutralizar la especial y elevada peligrosidad criminal del enfermo delincuente. En los otros casos, de peligrosidad criminal no grave, cabe entender que lo procedente

²⁰ YAÑEZ VIVERO, F. “Examen jurisprudencia de la responsabilidad derivada de ilícitos dañosos causados por personas” Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n.º 728, pp. 3403 a 3637.

sería acordar un internamiento en centro psiquiátrico no penitenciario, es decir, perteneciente a otro sector de la Administración Pública o centro privado de una entidad colaboradora.

Y nos hallamos ya ubicados en el entorno jurídico de la asistencia al enfermo internado en establecimiento psiquiátrico. ¿Qué situación jurídica rodea a ese ciudadano, que lo es, cuyos derechos civiles están disminuidos por el cumplimiento de una pena y cuyos derechos como persona están igualmente condicionados por su dolencia?²¹. Tampoco se olviden las especiales circunstancias de responsabilidad patrimonial que pueden derivar

²¹ Especialmente descorazonador resulta el testimonio, cualificado por su condición de jueces, derivado de RODRÍGUEZ SÁEZ, J.A. y LEYVA GRASA, D. contenido en “*El fundamento ético-jurídico de la medida de seguridad de internamiento psiquiátrico*” (Diario La Ley, N° 7762, 26 de diciembre de 2011). Extractamos y recomendamos su lectura íntegra: “Hace unos años, cuando comenzamos nuestra andadura en el Juzgado especializado en ejecución penal, me encontré una mañana con una ejecutoria sobre la mesa del despacho. Tenía una anotación en la portada, de la tramitadora del expediente, que lanzaba un lacónico y expresivo «¿qué hago?». Buscamos, como siempre, sus últimas páginas para ver qué había provocado que el expediente saliera del armario y me encontré con un manuscrito, difícilmente inteligible, de la persona que aparecía como penado, en el que, con un tono pretendidamente respetuoso, lanzaba un grito desesperado con el que preguntaba por las razones que justificaban su situación....Se trataba de una persona que permanecía en prisión desde hacía casi diez años (¡diez años!) y «cumplía» en aquel momento la tercera medida de seguridad de internamiento psiquiátrico. La ficha de situación procesal-penal que ofrece la administración penitenciaria arrojaba un paisaje esperpéntico: tres medidas de internamiento psiquiátrico y seis penas de prisión pendientes de cumplimiento, tras agotar los períodos máximos de duración de otras dos medidas de internamiento, una de ellas correspondiente a una ejecutoria de otro Juzgado de lo Penal. El interno intentaba explicar que llevaba ya mucho tiempo privado de libertad, que su conducta era satisfactoria y que ya era hora de acceder a un régimen de semi-libertad, como habían conseguido otras muchas personas presas. Pedía una acumulación de condenas y el consiguiente límite de cumplimiento. Todas las penas y las medidas de internamiento se habían impuesto por delitos de estafa....Nuestra primera reacción, además de encontrar la manera más adecuada de informar a aquella persona perdida y desorientada de su compleja situación, fue la de requerir al centro penitenciario donde se encontraba de que elevara un informe sobre el régimen de vida que había tenido y tenía el interno, su ubicación física dentro de la prisión y sobre el tratamiento psiquiátrico que recibía y al que debía estar sometido. Necesitábamos medir la distancia que se había abierto, durante tantos años, entre el planteamiento técnico-jurídico del Código Penal (y de la Constitución) y la desoladora realidad que había aparecido ante nuestros ojos. Necesitaba lograr una respuesta a la cuestión que se repetía una y otra vez: ¿qué sentido tiene todo esto? Ordenamos al Centro Penitenciario para que informase de todo ello pero la respuesta nunca llegó porque el interno-paciente falleció poco después”.

para la Administración Pública derivadas de enfermos dependientes o vinculados a ella²².

Como queda dicho más arriba por los estudios al principio indicados, los trastornos que se observan comúnmente en el medio penitenciario, se caracterizan por su complejidad, su cronicidad y por su relación con factores sociales y físicos que empeoran su pronóstico y su manejo, como por ejemplo su asociación con la adicción a drogas o con dificultades de aprendizaje. Por esta razón resulta muy conveniente que sea un equipo multidisciplinar el que de manera coordinada se encargue del tratamiento de este tipo de enfermos.

Pero no resulta difícil comprender que la peculiar organización de la vida en un centro penitenciario —presidida por el control, la disciplina, las restricciones, la convivencia forzada, los horarios rígidos, la monotonía, el aislamiento emocional y la frustración— hace muy difícil la construcción de espacios terapéuticos adecuados para el tratamiento de determinados enfermos mentales. A pesar de ello y como señalan los estudios, estos espacios existen en determinados módulos de la prisión, en la enfermería, en talleres ocupaciones, en dispositivos en los que se facilita la compañía de mediadores o de terapeutas voluntarios.

Importa destacar aquí otro extremo: La potenciación de estos espacios y la formación de todos los funcionarios de los centros el manejo de personas con trastornos mentales, es una pieza importante en la construcción de ambientes positivos, donde se fomenten las relaciones de respeto entre los internos, de seguridad y de empatía. Es importante crear la atmósfera necesaria para poner en marcha terapias específicas para la rehabilitación y la autonomía de los enfermos. Estos espacios deben ponerse a disposición de los pacientes sin que se conviertan en ghettos donde agruparlos y separarlos del resto de internos de la prisión para que no “entorpezcan” la vida normal del centro.

²² Múltiples casos cabe encontrar en la doctrina del Consejo de Estado sobre responsabilidades derivadas de enfermos mentales internados en centros penitenciarios o causadas por ellos con ocasión de su salida de los mismos. Pueden verse, entre otros muchos, los dictámenes 1614/2011, de 10 de noviembre de 2011 o 2068/2007, de 19 de diciembre de 2007. La jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto es igualmente abundante, pudiendo citarse referencialmente sentencias de 4 de junio de 2002 o 29 de noviembre de 2011.

IV. ¿QUÉ NECESIDADES REQUIEREN UNA MAYOR ATENCIÓN NORMATIVA?

El enfermo mental ubicado en un psiquiátrico penitenciario necesita una respuesta terapéutica que debe ser de igual calidad a la recibida por los enfermos en la comunidad²³. Nadie es peor por estar en prisión y sólo quedan atemperados ciertos derechos vinculados a su libre circulación. Y el derecho a la salud no se encuentra afectado por la condena y debe poder ejercerse con pleno vigor (lo que alguno de los estudios citados ha dado en llamar “*principio de equivalencia asistencial*”).

La falta de definición jurídica de la respuesta y el carácter de norma en blanco dirigida a los responsables de la salud psiquiátrica penitenciaria hace que, respecto a la metodología para asegurar la equidad en la prestación asistencial, las opiniones de los autores varíen. Unos sostienen la necesidad de que sea la misma institución que presta la asistencia a las personas cuando están en libertad, la que la preste cuando están en prisión, lo que sin duda aseguraría un trato equivalente, por tanto se fomenta la transferencia del personal asistencial desde la administración penitenciaria a la administración sanitaria de la comunidad como método ideal para asegurar la equidad en la prestación de este importante derecho. Esto es así en países de nuestro entorno como Francia, Inglaterra y Gales o Noruega. Otros defienden la actuación de equipos asistenciales especializados, que ya trabajan con colectivos de exclusión y con cuadros complejos en la comunidad, para que actúen en el medio penitenciario. La respuesta será de organización sanitaria y penitenciaria. Pero en todo caso y bajo nuestra estricta perspectiva jurídica, no parece incorrecto que, administrativamente, parezca prevalente el hecho de que sea la misma organización especializada de la sanidad pública que actúa en los problemas de salud mental con los enfermos en libertad, lo haga con los enfermos en prisión. Y, tampoco se olvide desde la perspectiva bajo la que analizamos todo este problema, siempre la posición del abogado del paciente reviste una singular relevancia como asesor cualificado de su cliente y de la Administración de Justicia.

²³ LEGANÉS GÓMEZ, S. “*Enfermedad mental y delito (Perspectiva jurídica y criminológica)*” La Ley Penal, N° 76. Noviembre 2010: “*El ser humano es un ser racional, y cuando una persona pierde la razón, no pierde por ello su condición humana; al contrario, ésta se expresa entonces con más nitidez y rotundidad, ya que la ausencia de raciocinio acarrea mayor debilidad o limitación, es decir, mayor fragilidad ante el mundo y ante los demás. Por tanto, debemos tener la convicción moral de que nada de lo que a los enfermos mentales se refiere nos es ajeno*”.

Y esta dimensión sanitaria nos lleva a que los recursos asistenciales en prisión son los únicos capaces de actuar con eficiencia en la lucha contra las desigualdades sociales en salud. Son dispositivos capaces de detectar tempranamente las patologías asociadas a la marginación social, rescatando a enfermos crónicos de una espiral de deterioro y conflictos reiterados con la justicia. Los enfermos son detectados y estabilizados en prisión y tienen la oportunidad de reincorporarse a la sociedad con mejor nivel de salud, siendo derivados a dispositivos asistenciales en la comunidad que tratarán su trastorno reduciendo el riesgo de recaídas y por tanto de reincidencia en comportamientos antisociales a causa de su enfermedad. Ni que decir tiene que todo ello requiere un aparato jurídico de apoyo, que pueda ir más allá de la libertad de movimientos y percepciones con que se pueden mover —y estimamos que lo hacen en sentido positivo siempre— las diferentes Administraciones concernidas por este grave problema.

Porque solo un estatuto diferenciado del enfermo mental o del discapacitado intelectual que se halla en prisión permite construir, forzosamente porque el derecho así lo dictaría, un obligado entendimiento entre las administraciones de Justicia, socio-asistencial y penitenciaria, englobando también la obligación de atender el punto de vista del usuario y de la sociedad. Sólo con un trabajo organizado y ágil de todos estos agentes, será posible poner a disposición de los pacientes, los recursos necesarios y en el momento adecuado, en la evolución de su proceso mental. Y, una vez más, la figura del abogado se nos antoja crucial en todo ello.

Tal estatuto diferenciado requiere una nueva definición de cometidos para cada uno de los estadios de la situación: los jueces del proceso penal (cuya información sobre los particulares del caso debe procurarse siempre que sea la más profunda y completa posible), los responsables de la adopción y ejecución de las medidas de seguridad, los responsables de los establecimientos penitenciarios, los abogados del interno (especialmente en el caso de los abogados de oficio, cuya formación en la materia siempre debe ser objeto de especial atención) y, muy especialmente, los facultativos que tienen que actuar para dar eficaz cumplimiento al mandato de la sociedad a las instituciones rehabilitadoras para que aquéllos ciudadanos que se encuentren en tales circunstancias tengan garantizada una respuesta jurídica común y coordinada que, asegurando el bien jurídico común protegido por el Código Penal, permita también ofrecer una salida al problema de quienes se hallan en tan delicada situación.

Y la prolongación de este estatuto jurídico diferenciado ofrece más perfiles. También es importante —como han demandado algunos— desarrollar una campaña de sensibilización social —dirigida tanto a la opinión

pública, como a los profesionales sociosanitarios y a los actores judiciales— que contrarreste la doble estigmatización que sufren los enfermos mentales que están sometidos a un proceso judicial. Este estigma es responsable en parte, de que se piense primero en estas personas como en delincuentes, más que como enfermos, lo que les discrimina gravemente a la hora de acceder a los tratamientos rehabilitadores que necesitan. Esto es especialmente grave en el caso de aquellos pacientes que han sido declarados no responsables de los delitos que cometieron y que afrontan medidas de seguridad, se diría que impuestas más como un castigo que como un tratamiento.

A nadie se oculta que las razones económicas actuales pueden estar en el fondo de una escasez de recursos para estos enfermos. Aunque podría parecer que la estancia por persona en un recurso penitenciario es más barata que en un recurso asistencial, es preciso mostrar —y así lo hacen algunas cualificadas opiniones— a los gestores económicos de las cuentas públicas que destinar a estos pacientes de manera temprana al recurso sociosanitario adecuado reduce el riesgo de comportamientos antisociales, con lo que se evitarán los gastos reiterados derivados de los arrestos e investigaciones policiales, de los procesos judiciales, de las estancias en prisión, por no hablar del coste social que soportarán las víctimas de los posibles delitos, los familiares del enfermo y el propio paciente.

Es necesario resolver las controversias y dilemas éticos y legales que determinan la actuación clínica en casos concretos. Es el caso de las condiciones de aplicación del tratamiento en contra de la voluntad del enfermo o los protocolos de traslado urgente desde los lugares de detención y custodia del enfermo mental (comisarías o centros penitenciarios) a recursos socio-asistenciales, tanto para diagnóstico de un cuadro agudo como para la derivación y seguimiento una vez que el paciente sale del sistema penitenciario.

Continuando con las medidas complementarias del estatuto jurídico del enfermo en establecimientos psiquiátricos penitenciarios, también demandan algunos sectores —y resulta perfectamente asumible— establecer un programa de formación continuada, tanto de los funcionarios de vigilancia, como de los profesionales dedicados a la intervención terapéutica en las prisiones. La mejora de sus capacidades les permitirá tomar conciencia de la situación de estos enfermos en el medio penitenciario y de la influencia que todos los trabajadores penitenciarios tienen en la creación de ambientes terapéuticos en prisión.

La Secretaría General de IIPP comenzó a plantearse todas estas cuestiones hace unos años (2007) cuando se publicó el “*Plan de Salud Mental de Instituciones Penitenciarias*”. Después de un periodo de prueba inicial de las actuaciones que se proponían en el citado plan y tras la evaluación de los resultados, se llegó al Protocolo de Aplicación del Programa de Atención Integral a Enfermos Mentales en centros penitenciarios (PAIEM), publicado en septiembre de 2009. En este documento se resumen las directrices de la Secretaría General sobre la asistencia a los problemas de salud mental en el medio penitenciario. Nuestra misión como juristas es nutrir con ellas un estatuto jurídico individualizado del enfermo mental en establecimientos penitenciarios²⁴. Examinemoslas.

En primer lugar, y como la asistencia especializada y hospitalaria depende de las instituciones sanitarias de las Comunidades Autónomas, su colaboración es indispensable para garantizar una igualdad en la prestación, en tanto no se cumpla la Ley de Cohesión y Calidad que establece la transferencia a las instituciones sanitarias de cada Comunidad Autónoma de la asistencia sanitaria de atención primaria en los centros penitenciarios, hasta hoy cubierta por el Ministerio de Interior.

Por otro lado el PAIEM prevé la creación de equipos multidisciplinares en los centros, impulsados por el director y los subdirectores de tratamiento y de sanidad, pero compuestos por todos aquellos profesionales que pueden intervenir en las actividades asistenciales con estos enfermos en su vida diaria en prisión: personal sanitario, psicólogos, educadores, trabajadores sociales, profesionales de Asociaciones u ONGs, juristas (añadimos que no debe olvidarse al abogado del interno en ningún caso), maestros, monitores deportivos u ocupacionales y funcionarios de vigilancia. Su potenciación resulta imprescindible.

Tampoco puede olvidarse que el PAIEM establece el punto de unión para el abordaje de los problemas de salud mental, complejos y cambiantes, que se observan entre los internos que están en un centro penitenciario cumpliendo una pena o a la espera de juicio. Sirve de conexión con otros programas específicos de tratamiento, por el ejemplo el de las adicciones en prisión, que proporciona el Grupo de Atención a los Drogodependientes (GAD) o el programa de Discapacitados Intelectuales. A partir del PAIEM se puede establecer un diagnóstico temprano, un plan de tratamiento individualizado y un seguimiento tutorizado de las disfun-

²⁴ El PAIEM está siendo aplicado en casi el 90 % de los centros penitenciarios (60, sin contar los dos hospitales psiquiátricos penitenciarios).

ciones adaptativas. De igual forma, es posible ver cómo el enfermo evoluciona dentro del programa rehabilitador. La actividad de los profesionales externos a la institución penitenciaria como los especialistas en psiquiatría, o los terapeutas y trabajadores sociales que participan desde las ONGs, se canaliza y coordina con el resto de actividades que proporciona el equipo multidisciplinar, en las reuniones del equipo PAIEM.

Las controversias entre los planteamientos estrictamente jurídicos y los fundamentados en criterios clínicos respecto a la derivación, tratamiento y custodia de alguno de estos enfermos mentales sometidos a la tutela de los tribunales, se mantienen en nuestro país. En España y como se describiera más arriba en la evolución de la perspectiva jurídica del enfermo mental ante la ley penal, es especialmente llamativo el problema suscitado con los enfermos sometidos a medidas de seguridad y no declarados por tanto responsables de su conducta delictiva. Los tribunales pretenden con esas medidas asegurar un correcto tratamiento y alcanzar la rehabilitación de estos enfermos que —sin embargo— agotan el tiempo de la medida de seguridad privativa de libertad hasta el último día, en un recurso asilar de bajo perfil rehabilitador como es un Hospital Psiquiátrico Penitenciario. Ser un enfermo mental, en definitiva, se termina convirtiendo en una agravante efectiva de la pena.

Y una mención más, de carácter estadístico: los (escasos) hospitales psiquiátricos dependientes del sistema penitenciario se encuentran sobrecupados porque soportan una excesiva derivación de enfermos que han entrado en el sistema judicial pero que no encajan en el perfil clínico de un enfermo mental que precisa asistencia hospitalaria. Las causas de esta derivación inadecuada son múltiples: descoordinación entre la administración judicial, penal y socio-asistencial; estigmatización de estos enfermos —que causa rechazo en los recursos comunitarios de los que podrían beneficiarse—; presión social ante la enfermedad mental para que prime la seguridad frente a la rehabilitación; ausencia de políticas de prevención y control de la enfermedad mental en pacientes crónicos con una red de apoyo social deficitaria, lo que provoca que esos enfermos acaben empeorando y teniendo comportamientos antisociales, en ocasiones reiterados y finalmente graves.

Y como esperanza de futuro cumple dar unos datos finales, siempre desde la estricta óptica jurídica en que nos movemos, con arreglo a los cuales, una vez recopiladas una serie de reflexiones aportadas por expertos que han venido trabajando en los últimos años, en grupos multidisciplinarios de algunas Comunidades Autónomas para debatir sobre enfermos de su comunidad sometidos a medidas de seguridad e ingresados en los Psiquiá-

tricos Penitenciarios, en lo que se ha denominado “Comisiones de Análisis de Casos” (CAC), se han alcanzado algunas conclusiones reveladoras:

- A) No se han aportado datos que demuestren un aumento del riesgo para la seguridad en la comunidad al actuar primando la derivación del enfermo mental sometido a medidas de seguridad hacia recursos con alto potencial asistencial sobre recursos con alto potencial de control, si se elige el perfil adecuado de enfermo, constatándose que una correcta derivación reduce la reincidencia y ahorra costes sociales y económicos.
- B) Una adecuada derivación precisa la creación de mecanismos estables de coordinación entre administraciones que sean capaces de afrontar de manera flexible y ágil todas las distintas necesidades asistenciales que la, a menudo, caótica carrera psicosocial de un enfermo complejo pueda plantear a lo largo de su vida.
- C) La adecuada derivación implica, al menos, el correcto entendimiento de dos complejas administraciones, la sanitaria y la judicial. Ambas trabajan sobre una misión, visión y valores muy distintos, con una cultura muy diferente, por lo que los acuerdos entre sus representantes son laboriosos.
- D) Según la evidencia publicada un 81% de los enfermos sometidos a medidas de seguridad, son reincidentes en la comisión de actos delictivos, generalmente menores, por lo que el fenómeno de la “puerta giratoria” de enfermos que entran y salen del sistema penitenciario es frecuente. Estas altas tasas de reincidencia se asocian con la presencia de enfermedad mental junto a Trastorno por Uso de Sustancias Psicoactivas (Patología Dual).
- E) Los delitos cometidos por enfermos mentales graves se relacionan con un abandono de la medicación. No hay reincidencia en este tipo de enfermos.
- F) El éxito en la reducción de la reincidencia está claramente asociado a una adecuada derivación que asegure la continuidad del tratamiento del enfermo en un recurso asistencial. Un mecanismo que haga una búsqueda activa del enfermo en su entorno y facilite su adherencia terapéutica asegura esta continuidad.
- G) Una efectiva asignación administrativa de recursos asistenciales trabajando en coordinación con las autoridades penitenciarias y judiciales —en el caso de enfermos que están sometidos a medidas de seguridad, o incluso han cumplido una pena, pero necesitan un se-

guimiento de su enfermedad— garantiza una adecuada derivación y evitan la reincidencia.

H) No hay evidencias de relación entre enfermedad mental y criminalidad²⁵. La enfermedad mental puede causar comportamiento delictivo, en la medida en la que contribuye a un estilo de vida caótico, vulnerable socialmente, estigmatizante y marginal. En otros casos la pernicioso influencia individual de un proceso mental grave o crónico está en el antecedente de un acto incomprensible, impulsivo e impredecible que conduce a una conducta delictiva.

V. CONCLUSIONES

Las conclusiones de nuestro estudio —segmentadas por los destinatarios de las mismas— serían las siguientes:

- 1) *De organización administrativa general*: los servicios psiquiátricos penitenciarios deberían mejorar su coordinación con la red de asistencia psiquiátrica y social comunitaria para garantizar el tratamiento integral de esta población de riesgo. Solo una plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general puede equiparar al enfermo mental con las demás personas que requieran servicios sanitarios y sociales.
- 2) *Relativas al proceso jurisdiccional previo*: durante el proceso judicial debe acentuarse aún más la protección de los derechos de los discapacitados intelectuales y enfermos mentales para asegurar un especial cuidado de sus necesidades reales, evitando que una consideración genérica de su situación de eventual inimputabilidad impida una atención real de su situación. Ello resulta especialmente importante por lo que respecta al empleo de medidas alternativas no privativas de libertad, evitando internamientos inadecuados. La intervención del abogado en este tipo de procesos resulta especialmente decisiva.

²⁵ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. “*La peligrosidad postdelictual del enfermo mental inimputable y su gestión jurídico penal (I)*” Diario La Ley N° 7160, 23 de abril de 2009: “*En términos generales se puede afirmar que la criminalidad del enfermo mental no tiene su origen directo en la patología. Las razones que le llevan a delinquir no difieren significativamente de las que conducen al crimen a los sujetos sanos o imputables. Son los factores de riesgo de la criminalidad en general, que por tanto también afectan a los delincuentes cuerdos y a los enfermos imputables, los que más satisfactoriamente explican el comportamiento delictivo del paciente psiquiátrico*”.

- 3) *Relativas a la evitación del internamiento*: la falta de hospitales psiquiátricos penitenciarios y la sobreocupación que presentan los existentes aconseja la potenciación de los denominados “*protocolos de derivación*” con la finalidad de evitar encarcelamientos psiquiátricos innecesarios y mantener en el sistema sanitario general de forma controlada a quienes no deben estar reclusos.
- 4) *Relativas al internamiento en sí mismo*: la falta de centros especializados que garanticen atención adecuada y completa a los presos que manifiestan algún tipo de trastorno mental y la escasa capacidad de los hospitales psiquiátricos penitenciarios constituyen cuestiones preocupantes.
- 5) *Relativas a la mejor atención al enfermo*: la más efectiva protección del enfermo mental en instituciones penitenciarias requeriría un auténtico estatuto jurídico diferenciado, actuando coordinadamente sobre diferentes cuerpos jurídicos (legales y reglamentarios) para incorporar las mejores prácticas posibles con la idea de revestir su situación de garantías y derechos que permitieran su más rápida y completa integración en la sociedad.

Informe 9/2012

Aplicación del IVA por los Colegios de Abogados

I. INTRODUCCIÓN

El presente informe responde a diversas consultas elevadas por varios Colegios de Abogados y la constatación de que los mismos vienen aplicando de forma no uniforme la normativa del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), especialmente en lo referente al régimen de exenciones que les es de aplicación.

No obstante, debe señalarse, ya desde este inicial momento, que la complejidad y casuismo de la normativa del IVA y la disparidad en las actividades y servicios desarrollados por los distintos Colegios de Abogados, hacen imposible dar una solución idéntica para todos ellos: será preciso, en todo caso, un estudio pormenorizado de la situación de cada uno de los mismos, para establecer con precisión cual sea su régimen jurídico tributario a efectos de la aplicación del IVA.

Por ello el presente informe tiene por único objeto ofrecer una primera aproximación a la normativa aplicable a los Colegios de Abogados en relación con la exacción del IVA, ofreciendo un marco general que pueda servir de orientación en el posterior estudio de cada caso concreto.

II. SOBRE LA NATURALEZA DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y LAS FUNCIONES QUE LOS MISMOS DESARROLLAN

El artículo 1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, define a estas instituciones con las siguientes palabras:

“1. Los Colegios Profesionales son Corporaciones de Derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

3. Son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional”.

Con una redacción muy similar se pronuncian los artículos 2.1 y 3.1 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, en relación con los Colegios de Abogados:

“Artículo 2.

1. Los Colegios de Abogados son corporaciones de derecho público amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”.

“Artículo 3.

1. Son fines esenciales de los Colegios de Abogados, en sus respectivos ámbitos, la ordenación del ejercicio de la profesión; la representación exclusiva de la misma; la defensa de los derechos e intereses profesionales de los colegiados; la formación profesional permanente de los abogados; el control deontológico y la aplicación del régimen disciplinario en garantía de la sociedad; la defensa del Estado social y democrático de derecho proclamado en la Constitución y la promoción y defensa de los Derechos Humanos, y la colaboración en el funcionamiento, promoción y mejora de la Administración de Justicia”.

Ahora bien, con independencia de la definición de los Colegios Profesionales y de los Colegios de Abogados como corporaciones de Derecho Público, constantemente se les ha reconocido una naturaleza dual, en la medida en que siendo entidades de base asociativa privada cuya actividad se orienta inicialmente a la defensa y protección de intereses privados, el ordenamiento jurídico los encomienda la defensa y protección de intereses públicos, delegando en dichas entidades actuaciones propias de la Administración Pública.

Esta naturaleza dual de los Colegios Profesionales ha sido expresamente reconocida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosísimas ocasiones. Citaremos en tal sentido la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) del Alto Tribunal, de 3 abril 2000 (RJ 2000\2945), en la que se declara:

“Es precisamente la naturaleza dual del Colegio Profesional recurrido, en virtud de la que actúa en ocasiones en el ámbito de lo jurídico público, lo que implica, como dicen las sentencias de 16 de junio de 1981 y 28 de junio de 1986, el control jurisdiccional de la actuación colegial cuando ejercite competencias administrativas absorbidas por Colegios como una manifestación de descentralización, y otras, en el de lo jurídico privado, lo que impide, como en este caso, por la Sala el conocer de la cuestión que se le había sometido y pronunciarse en los términos en que lo hizo sobre ella, al estimar cometida la infracción de los artículos 1 y 8, de la citada Ley 2/1974”.

Es especialmente esclarecedora la sentencia de la misma Sala y Sección, de 2 de febrero de 2010, que recoge la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los Colegios Profesionales,

“Según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 89/1989, de 11 de mayo, «los Colegios Profesionales, constituyen una típica especie de Corporación, reconocida por el Estado, dirigida no sólo a la consecución de fines estrictamente privados, lo que podría conseguirse con la simple asociación, sino esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profesión —que constituye un servicio al común— se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio, que, en principio, por otra parte, ya ha garantizado el Estado con la expedición del título habilitante. Todo ello supone un conjunto normativo estatutario, elaborado por los miembros del Colegio y sancionado por el poder público, que permitirá, a la vez, la posibilidad de recursos y la legitimación para interponerlos, tanto por los colegiados como por personas ajenas al Colegio, pero no ajenas al ejercicio de la profesión, sean clientes, sean interesados extracontractuales, en su caso, es decir, según la profesión de que se trate.

Así es como la legislación vigente configura a los Colegios Profesionales. Estos son, según el art. 1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, «Corporaciones de derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines». A lo que añade el art. 4.º que «la creación de Colegios Profesionales se hará mediante Ley, a petición de los profesionales interesados...». Estos preceptos han sido ratificados por la Ley 74/1978, de 26 de diciembre.

La doctrina de este Tribunal es ya reiterada en lo que se refiere a la calificación jurídica de los Colegios Profesionales a partir de la STC 23/1984, en la cual, partiendo del pluralismo, de la libertad asociativa y de la existencia de entes sociales (partidos, sindicatos, asociaciones empresariales), se alude a la de otros entes de base asociativa representativos de intereses profesionales y económicos (artículos 36 y 52 C.E.), que pueden llegar a ser considerados como Corporaciones de derecho público en determinados supuestos. La STC 123/1987 se hace eco de esa doctrina y afirma su consideración de corporaciones sectoriales de base privada, esto es, corporaciones públicas por su composición y organización que, sin embargo, realizan una actividad en gran parte privada, aunque tengan delegadas por la ley funciones públicas, lo que le lleva a afirmar que los Estatutos del Colegio constituyen una norma de organización ajena a la libertad de asociación de qué trata el art. 22 de la C.E. Y, en fin, la STC 20/1988, de 18 de febrero, reitera esta calificación y configura los Colegios Profesionales como personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho público cuyo origen, organización y funciones no dependen sólo de la voluntad de los asociados, sino también, y en primer término, de las determinaciones obligatorias del propio legislador, añadiendo que el sentido del art. 36 de la Constitución no es otro que el de singularizar a los Colegios Profesionales como entes distintos de las asociaciones que puedan libremente crearse al amparo del art. 22, remitiendo la Constitución a la Ley para que ésta regule las peculiaridades de aquéllos»”.

III. SOBRE LA NATURALEZA Y EL HECHO IMPONIBLE EN EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SUPUESTOS DE NO SUJECCIÓN Y DE LA EXENCIÓN EN ESTA FIGURA IMPOSITIVA

A efectos de determinar la sujeción o no sujeción de los actos realizados por los Colegios de Abogados al Impuesto sobre el Valor Añadido, resulta imprescindible partir de la naturaleza de este impuesto y del Hecho Imponible del mismo.

Por lo que se refiere a la naturaleza del Tributo, el artículo 1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, declara:

“Artículo 1. Naturaleza del impuesto

El Impuesto sobre el Valor Añadido es un tributo de naturaleza indirecta que recae sobre el consumo y grava, en la forma y condiciones previstas en esta Ley, las siguientes operaciones:

- a) Las entregas de bienes y prestaciones de servicios efectuadas por empresarios o profesionales.*
- b) Las adquisiciones intracomunitarias de bienes.*
- c) Las importaciones de bienes”.*

Por lo que se refiere al hecho imponible del IVA, el artículo 4 de la Ley 37/1992, define este concepto con las siguientes palabras:

“Artículo 4. Hecho imponible

Uno. Estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen”.

A la vista de estos preceptos se alcanza una primer conclusión: no siendo el IVA un impuesto directo, ni de carácter sintético, sino que grava concretas operaciones económicas, será preciso, ante todo, definir cuáles de estas operaciones se entienden realizada en el ámbito espacial del impuesto y, de ellas, cuáles han de entenderse sujetas al mismo.

Pero además, dadas las características del impuesto, las exenciones definidas en la norma no tienen carácter subjetivo, en el sentido de que no declararían exentas del impuesto a una o varias personas físicas o jurídicas, sino que tienen un claro carácter objetivo, al declarar la exención del impuesto de determinadas clases o tipos de operaciones económicas, sin

perjuicio de que para definir éstas operaciones se utilice algún elemento o requisito subjetivo.

Este es el caso de los Colegios Profesionales y de los Colegios de Abogados: la norma no contiene disposición alguna que declare exentas la totalidad de las operaciones económicas realizadas por estas corporaciones, por lo que será preciso estar a las concretas circunstancias de las realizadas por los Colegios para determinar si cada una de ellas esta no sujeta al impuesto, sujeta pero exenta o sujeta y no exenta. En consecuencia con lo anterior, las páginas que siguen examinan los preceptos legales que se estiman más aplicables a la situación tributaria de los Colegios Profesionales, pero no excluyen la necesidad de examinar individualmente cada operación económica realizada por los Colegios de Abogados, a fin de determinar si están o no sujetas a IVA y, en su caso, exentas.

Por otro lado debe tenerse presente que para la persona que entrega el bien o presta el servicio, es decir, para la persona que ha de repercutir el impuesto e ingresarlo en el Tesoro Público, la exención de la operación no es siempre la situación más beneficiosa, pues le puede convertir en contribuyente final de todas las cuotas de IVA repercutidas por sus proveedores en el momento de la entrega de los bienes o prestación de los servicios que son utilizados para el desarrollo de la operación exenta. Las operaciones que a pesar de estar declaradas exentas del impuesto, siguen generando en el sujeto pasivo el derecho a deducir las cuotas soportadas relativas a los bienes entregados o servicios prestados, son las enumeradas en el artículo 94.Uno. 1º.c) de la Ley 37/1992.

IV. EL ÁMBITO ESPACIAL DEL IMPUESTO

Como antes hemos indicado, la primera cuestión que ha de ser abordada es la relativa a la definición del ámbito espacial del impuesto y la determinación de que operaciones, de las realizadas por los Colegios de Abogados han de entenderse realizadas en el mismo y cales no.

En relación con la primera cuestión debemos remitirnos al contenido del artículo 3 de la Ley 37/1992, que declara:

“Artículo 3. Territorialidad

Uno. El ámbito espacial de aplicación del impuesto es el territorio español, determinado según las previsiones del apartado siguiente, incluyendo en él las islas adyacentes, el mar territorial hasta el límite de 12 millas náuticas, definido en el artículo 3 de la Ley 10/1977, de 4 de enero, y el espacio aéreo correspondiente a dicho ámbito”.

Las previsiones del apartado del artículo excluyen del ámbito espacial del impuesto al Archipiélago Canario y a las ciudades de Ceuta y Melilla.

En cuanto a las operaciones que se entienden realizadas en este ámbito territorial, nos limitaremos a exponer las normas relativas a las prestaciones de servicios, dado que son, en principio, las aplicables a las actividades desarrolladas por los Colegios de Abogados. Es el artículo 69.Uno de la Ley 37/1992 el que establece las reglas generales para determinar que prestaciones de servicios se entienden realizadas en el territorio de aplicación del impuesto, con las siguientes palabras:

“Uno. Las prestaciones de servicios se entenderán realizadas en el territorio de aplicación del Impuesto, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente de este artículo y en los artículos 70 y 72 de esta Ley, en los siguientes casos:

1º Cuando el destinatario sea un empresario o profesional que actúe como tal y radique en el citado territorio la sede de su actividad económica, o tenga en el mismo un establecimiento permanente o, en su defecto, el lugar de su domicilio o residencia habitual, siempre que se trate de servicios que tengan por destinatarios a dicha sede, establecimiento permanente, domicilio o residencia habitual, con independencia de dónde se encuentre establecido el prestador de los servicios y del lugar desde el que los preste.

2º Cuando el destinatario no sea un empresario o profesional actuando como tal, siempre que los servicios se presten por un empresario o profesional y la sede de su actividad económica o establecimiento permanente desde el que los preste o, en su defecto, el lugar de su domicilio o residencia habitual, se encuentre en el territorio de aplicación del Impuesto”.

En definitiva, se distinguen dos supuestos básicos:

- Cuando el destinatario del servicio sea un empresario o profesional, actuando como tal, lo determinante será el lugar donde radique¹ éste. De esta forma están sujetas al impuesto las prestaciones de servicios realizadas a favor de los empresarios o profesionales radicados en el territorio del impuesto, aún en el caso de que el prestador del servicio no lo éste.
- Cuando el destinatario del servicio no sea un empresario o profesional actuando como tal, lo relevante será el lugar donde radique el prestador del servicio. De esta forma estarán sujetas al impuesto

¹ En el presente informe cuando nos referimos al lugar donde radica un empresario o profesional, nos referimos a las distintas posibilidades contempladas en el artículo 69.Uno de la Ley, es decir, al lugar donde el empresario o profesional tenga la sede de su actividad económica, un establecimiento permanente o su domicilio o residencia habitual y los servicios se presten desde o se destinen a dicha sede, establecimiento, domicilio o residencia.

todas las prestaciones de servicios realizadas por empresarios o profesionales radicados en el territorio de aplicación del impuesto en favor de personas que no sean empresarios o profesionales, aunque estos últimos no estén establecidos en dicho territorio.

A *sensu contrario* podemos concluir que no se consideran realizadas en el ámbito espacial de aplicación del impuesto las prestaciones de servicios realizadas por empresarios o profesionales radicados en dicho ámbito espacial, cuando se dirijan a otros empresarios o profesionales radicados fuera del mismo ámbito.

Además, el apartado Dos del mismo artículo establece una excepción a lo establecido en el número 2º del apartado anterior, con las siguientes palabras:

“Dos. Por excepción de lo dispuesto en el número 2º del apartado Uno del presente artículo, no se entenderán realizados en el territorio de aplicación del Impuesto los servicios que se enumeran a continuación cuando el destinatario de los mismos no sea un empresario o profesional actuando como tal y esté establecido o tenga su domicilio o residencia habitual fuera de la Comunidad, salvo en el caso de que dicho destinatario esté establecido o tenga su domicilio o residencia habitual en las Islas Canarias, Ceuta o Melilla y se trate de los servicios a que se refieren las letras a) a l) siguientes”.

Es decir, no se entenderán realizadas en el ámbito territorial del impuesto, las prestaciones de servicios realizadas por empresarios o profesionales radicados en ese ámbito espacial, a pesar de se realicen en favor de personas que no sean empresarios o profesionales actuando como tales, cuando:

- Los destinatarios de los servicios estén radicados en las Islas Canarias, Ceuta o Melilla y se trate de los servicios relacionados en las letras m) o n) de las recogidas en el precepto.
- Los destinatarios de los servicios no estén radicados en el ámbito de aplicación del impuesto, ni en las Islas Canarias, Ceuta o Melilla y se trate de alguno de los servicios relacionados en el precepto.

En el caso de los Colegios de Abogados será frecuente que sus servicios se presten a favor de colegiados (u otras personas) que reúnan la condición de empresarios o profesionales². En estos casos las prestaciones de

² Debe tenerse presente que el concepto de profesional al que nos referimos es el que se define en el artículo 5 de la Ley 37/1992, es decir, como el ejercicio de una actividad profesional que implique *“la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución*

servicios se entenderán realizadas en el ámbito de aplicación del impuesto cuando los destinatarios de dichos servicios tengan su domicilio en este ámbito (es decir, la península o las Islas Baleares); por el contrario, cuando los destinatarios no tengan su domicilio en este ámbito, la prestación de servicios no se entenderá realizada en el territorio de aplicación del impuesto, por lo que no estará sujeta a IVA.

En el supuesto en que los destinatarios de los servicios (colegiados o no) no tengan la consideración de empresarios o profesionales, las prestaciones realizadas por los Colegios se entenderán realizadas en el territorio de aplicación del impuesto. No obstante, en estos casos deberá comprobarse que el servicio prestado no pueda encuadrarse en alguno de los previstos en el artículo 69.Dos de la Ley del impuesto. En relación con este punto, forzoso es señalar que, aunque parece remoto que los Colegios Profesionales puedan prestar alguno de estos servicios (como los de cesión de fondos de comercio o el doblaje de películas), existen otros que es posible que puedan ser desarrollados por los mismos (como los de tratamiento de datos o suministro de información). En estos casos, en función de donde se encuentren radicadas las personas que reciban el servicio y cual sea la naturaleza de éste, la operación deberá ser considerada como realizada en el ámbito espacial del impuesto o fuera de él.

Cuestión distinta a la anterior es la situación de los Colegios de Abogados de las Islas Canarias, Ceuta y Melilla. De acuerdo con lo señalado más arriba, las prestaciones de servicios realizadas por estos Colegios a favor de empresarios o profesionales radicados en el ámbito de aplicación del impuesto (es decir, la península o las Islas Baleares), se consideraran realizadas en dicho ámbito. No obstante, en estos supuestos el sujeto pasivo del impuesto (es decir, la persona obligada a cumplir las obligaciones formales y al pago del impuesto) será el empresario o profesional destinatario del servicio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 84.Uno. 2º de la Ley 37/1992 (salvo que, a su vez, el Colegio actúe a través de un establecimiento permanente situado en el territorio de aplicación del impuesto, posibilidad que, en principio, nos parece remota).

de bienes o servicios". En consecuencia, no tendrán la consideración de profesionales a efectos de la Ley del IVA, los abogados que trabajen por cuenta ajena.

V. OPERACIONES NO SUJETAS

El artículo 7 de la Ley 37/1992, enumera las operaciones no sujetas al impuesto. Como resulta sabido, las operaciones no sujetas no constituyen el hecho imponible de impuesto por lo que, aunque no existiera la declaración legal de su no sujeción, su realización no daría lugar al devengo del tributo. No obstante, razones de política legislativa aconsejan su inclusión, a fin de conseguir una mayor claridad de la norma y una mayor seguridad jurídica en su aplicación.

Pues bien, de las operaciones que el citado precepto declara de forma expresa no sujetas al IVA, interesa destacar la incluida en el punto 8º, con el siguiente tenor:

“Artículo 7. Operaciones no sujetas al impuesto

No estarán sujetas al impuesto:

(...)

8º Las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas directamente por los entes públicos sin contraprestación o mediante contraprestación de naturaleza tributaria”.

Esta exención se encontraba ya recogida en la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido del año 1985 (Ley 30/1985, de 2 de agosto) cuyo artículo 5 establecía:

“Artículo 5. Operaciones no sujetas

No están sujetas al Impuesto:

(...)

6º Las entregas de bienes o prestaciones de servicios realizadas directamente por el Estado, las Entidades en que se organiza territorialmente y sus Organismos autónomos, cuando se efectúen sin contraprestación o mediante contraprestación de naturaleza tributaria”.

En aplicación de esta primera redacción, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional dictó la sentencia de 5 de mayo de 1997 (JT\1997\816), en la que se rechaza la pretensión del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Asturias de que su actividad fuera considerada no sujeta al impuesto en aplicación del citado artículo 5.6º de la Ley 30/1985, con las siguientes palabras:

“Ahora bien, el precepto citado requiere dos notas para que la no sujeción opere:

- 1) Que el servicio sea directamente prestado por el Estado, Entes Territoriales u Organismos Autónomos —no correspondiendo a ninguna de estas categorías la entidad actora, por más que se le atribuyan determinadas facultades de carácter público—;*
- 2) Inexistencia de contraprestación o que ésta sea de naturaleza tributaria —en el supuesto enjuiciado concurre la contraprestación carente de naturaleza tributaria—.*

No concurren los requisitos determinados por la norma como supuesto de hecho, para la declaración de no sujeción”.

La redacción del actualmente vigente artículo 7.8° de la Ley 37/1992 es menos estricta, en la medida en que se refiere a “entes públicos”. Esta circunstancia se ha reflejado también en la Jurisprudencia, pues la propia Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en sentencia de 10 de diciembre de 2003, viene a rechazar la pretensión, esta vez del Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Galicia, de que sus actividades fueran declaradas no sujetas, pero esta vez con las siguientes palabras:

“El segundo aspecto que hemos de analizar consiste en determina si las funciones ejercitadas lo son de naturaleza pública o privada, pues hemos de estar al contenido del artículo 4.5 de la Sexta Directiva en cuanto las operaciones sujetas nunca lo son las realizadas en ejercicio de potestades públicas.

La Administración Pública, como en otras ocasiones hemos afirmado, actúa sometida a Derecho Administrativo y en el ejercicio de potestades exorbitantes por éste reconocidas, pero también lo hace sometida a Derecho Privado y en la posición que cualquier sujeto privado de Derecho ocuparía en una relación jurídica —con independencia de determinados privilegios y limitaciones que se observan en tal posición dada la naturaleza del sujeto, pero que en absoluto pueden identificarse con el ejercicio de las potestades de imperio propias de la posición Pública—. Con tales precisiones nos adentramos en una de las cuestiones controvertidas en autos, reflejada en los razonamientos de la demanda y contestación.

Pues bien, lo esencial en la cuestión que se examina, es determinar qué competencias actúa la entidad actora, esto es, debe establecerse si la conducta objeto de autos se siguió en ejercicio del imperio propio de la Administración, o bien las facultades actuadas quedaban fuera del Derecho Público.

Pues bien, nos encontramos ante un servicio prestado por el Colegio consistente en la comprobación técnico-jurídica del proyecto que va a ejecutarse, es un servicio que se presta no al colegiado sino a un tercero, el titular de la actuación contenida en el proyecto, y se percibe por ello una contraprestación diferente de la cuota de los colegiados —por más que se fije en un porcentaje de honorarios—, sin que tal contraprestación tenga naturaleza tributaria. En la prestación de tal servicio no se aprecian los elementos propios del ejercicio de funciones administrativas porque la operación en sí misma, no contiene ningún elemento del ejercicio de funciones públicas —potestades exorbitantes, derecho imperativo, imperium—”.

En esta resolución, la Audiencia Nacional parece admitir que, al menos en principio, es posible que los Colegios Profesionales, en la medida en que disfrutan de una naturaleza dual, realicen entregas de bienes o prestaciones de servicios en su calidad de “entes públicos”, supuesto que, si tales entregas o prestaciones se realizan sin contraprestación o con una

contraprestación de naturaleza tributaria (que lógicamente consistirá en una tasa), no estará sujeto al Impuesto sobre el Valor Añadido.

De forma expresa esta posibilidad ha venido a ser recogida en la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 junio 2007 (JT\2007\1145), en la que se señala:

“Conforme al artículo 1 de la 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, los Colegios Profesionales son corporaciones de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Del contenido del precepto, se deduce claramente que los Colegios Profesionales se insertan dentro de la Administración Corporativa, tienen por ello encomendadas funciones al servicio del interés público, y en tal función actúan potestades exorbitantes propias de la Administración Pública. Ahora bien, junto a tal ejercicio de potestades exorbitantes, pueden ejercer otras funciones ajenas al interés público y a las que por Ley se les encomienda. Ello resulta evidente si atendemos al contenido del artículo 8.1 de la propia Ley, que somete a la jurisdicción contenciosa aquellos actos emanados de los Colegios Profesionales sujetos a Derecho Administrativo, lo que presupone la existencia de otros actos ajenos al Derecho Administrativo y por ello a las competencias exorbitantes propias de éste.

Con ello se concluye, que los Colegios Oficiales actúan como Administración Pública, y como entes privados. En el primer caso se le reconocen las potestades propias de tal Administración, mientras que en el segundo actúan como meros particulares y en condiciones de igualdad con los restantes sujetos de Derecho.

La actuación de los Colegios Profesionales como entes privados ha de ponerse en conexión con el artículo 5.2 LIVA/92, que considera como actividad empresarial o profesional, sujeta al IVA, la consistente en ordenar por cuenta propia factores de producción, materiales y humanos, o de uno de ellos, para intervenir en la producción o distribución de servicios.

Como decíamos en las SAN que hemos citado anteriormente, la Sala considera evidente que el Colegio Oficial recurrente utiliza su propia estructura organizativa para la realización de un servicio prestado a los colegiados a cambio de una contraprestación, consistente precisamente en liquidar y distribuir los importes por los servicios prestados por éstos a los usuarios. Desde este punto de vista, la actividad desarrollada por el Colegio recurrente debe incluirse en los artículos 4 y 5 LIVA/92.

Y tal actividad, por lo que llevamos razonado, está fuera de las previsiones del 7.8 LIVA/92, que — como hemos visto — considera operaciones no sujetas al Impuesto las prestaciones de servicios realizadas directamente por los Entes Públicos, cuando se efectúen sin contraprestación o cuando ésta es de carácter tributario.

La recurrente argumenta su inclusión en el señalado supuesto al entender que realiza funciones administrativas, en virtud de un concierto encaminado a satisfacer unas necesidades públicas. **Ahora bien, el precepto citado requiere, entre otros requisitos, para que la no sujeción opere, que la prestación se realice sin contraprestación o mediante contraprestación de naturaleza tributaria, lo que no concurre en el supuesto enjuiciado,** en el que los colegiados satisfacen al Colegio unas cuotas variables como contraprestación de la prestación de servicios que el Colegio realiza, que consistente — como antes se ha descrito — en facturar, liquidar y distribuir entre los colegiados el importe de las prestaciones farmacéuticas dispensados por estos en sus oficinas de farmacia a los asegurados y beneficiarios de los Organismos INSALUD,

MUFACE, ISFAS y MUGEJU, sin que pueda aceptarse que dicha contraprestación sea de carácter tributario”.

En definitiva, las operaciones realizadas por los Colegios de Abogados en su condición de Administraciones Públicas Institucionales, por las que no perciban contraprestación o cuya contraprestación tenga naturaleza tributaria (tasas) son operaciones no sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido.

VI. OPERACIONES EXENTAS

Como ya se señaló más arriba, las exenciones contempladas en la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, se refieren a concretas operaciones económicas y no a todas las operaciones realizadas por determinados sujetos. No obstante, el artículo 20 de la Ley si contempla una exención que se define por el hecho de que la operación económica, inicialmente sujeta al impuesto, es realizada por un Colegio Profesional:

“Artículo 20. Exenciones en operaciones interiores

Uno. Estarán exentas de este impuesto las siguientes operaciones:

(...)

12. Las prestaciones de servicios y las entregas de bienes accesorias a las mismas efectuadas directamente a sus miembros por organismos o entidades legalmente reconocidos que no tengan finalidad lucrativa, cuyos objetivos sean exclusivamente de naturaleza política, sindical, religiosa, patriótica, filantrópica o cívica, realizadas para la consecución de sus finalidades específicas, siempre que no perciban de los beneficiarios de tales operaciones contraprestación alguna distinta de las cotizaciones fijadas en sus estatutos.

Se entenderán incluidos en el párrafo anterior los Colegios profesionales, las Cámaras Oficiales, las Organizaciones patronales y las Federaciones que agrupen a los organismos o entidades a que se refiere este número.

El disfrute de esta exención requerirá su previo reconocimiento por el órgano competente de la Administración tributaria, a condición de que no sea susceptible de producir distorsiones de competencia, según el procedimiento que reglamentariamente se fije”.

Tal como antes indicábamos, la exención establecida en el precepto transcrito no se refiere a la totalidad de las operaciones realizadas por los Colegios Profesionales, sino que es preciso que en dichas operaciones concurren otros cuatro requisitos:

- a) Que las prestaciones de servicios y las entregas de bienes accesorios a los mismos, se realicen directamente a sus miembros

Ante todo es preciso que los servicios prestados por los Colegios Profesionales lo sean directamente a favor de sus miembros, por lo que no pueden acogerse a esta exención las prestaciones de servicios realizadas por los Colegios en favor de terceros.

La Jurisprudencia ha examinado en múltiples ocasiones este requisito, la mayor parte de las ocasiones en relación con la pretendida exención del visado prestado por diversos Colegios Profesionales sobre los proyectos realizados por sus colegiados para terceros.

En este sentido podemos citar la ya antigua sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1997 (RJ\1997\9233), que aunque referida a la exención recogida en el artículo 13.12º del Reglamento del Impuesto aprobado por Real Decreto 2028/1985, hoy derogado, ha de entenderse perfectamente aplicable a la actual artículo 20.12 de la Ley 37/1992, dada la identidad de la redacción de ambas normas. Esta sentencia, al igual que muchas otras posteriores de éste y otros Tribunales (entre las que se encuentra la ya citada y transcrita sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de diciembre de 2003) niegan la aplicación de la exención estudiada, en la medida en que entienden que la emisión del visado no es un servicio que se preste al colegiado, sino al tercero para el cual se elaboró el proyecto.

- b) Que las prestaciones de servicios y las entregas de bienes accesorios a los mismos tengan por objeto la consecución de las finalidades específicas de las entidades que las realicen

En segundo lugar es preciso que las prestaciones de servicios estén vinculadas a la consecución de las finalidades específicas de los Colegios Profesionales. Normalmente el cumplimiento de este requisito no planteará dificultades, en la medida en que normalmente todas las actividades de los Colegios de Abogados tienen por objeto la consecución de sus finalidades específicas.

No obstante, ha de tenerse presente que en ocasiones los Tribunales se han mostrado especialmente exigentes a la hora de apreciar la concurrencia de este requisito, distinguiendo las distintas finalidades que, legítimamente, pueden perseguir los Colegios profesionales. Así, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en su sentencia de 21 junio 2006 (JT 2006\1389) ha venido a declarar:

“En definitiva, la Sala ha entendido que los servicios de facturación y liquidación a los colegiados por las recetas farmacéuticas dispensadas por la Seguridad Social,

*INSALUD, MUFACE e ISFAS y similares, son prestados por el Colegio a cambio de una contraprestación o cuota periódica variable. El art. 20.Uno 12° de la LIVA se refiere a las entidades no lucrativas y, en concreto, a unos tipos de entidades que, por sus fines propios, están reconocidas como entidades de interés público. En el caso de los Colegios Profesionales cuya Ley reguladora considera como fines esenciales, la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados. **Pero junto a los fines de utilidad pública y esenciales de dichas Corporaciones pueden desarrollar cualesquiera otras funciones que legítimamente promuevan o satisfagan los intereses profesionales en los términos contemplados en la propia Ley 2/74 como funciones propias también de los Colegios.***

En los Estatutos del Colegio Oficial de Farmacéuticos puede verse también tal distinción cuando enumera en su art. 4° los fines esenciales en los que es indudable la presencia exclusiva del interés público junto a la enumeración de otras funciones en el art. 5°, donde se recogen otras de claro carácter privado o particular; así, cuando se encarga del cobro de las percepciones, remuneraciones u honorarios profesionales y de los procesos previos para la consecución de este fin, o el establecer honorarios profesionales de referencia o visar los trabajos profesionales previo requerimiento.

Por ello ha de rechazarse la identificación que propugna el recurrente entre el interés colectivo de los colegiados y el interés común cuando se refiere a tales servicios al configurarse la prestación como contrapartida a un servicio concreto recibido sólo por alguno de los colegiados sin que, como hemos dicho en anteriores ocasiones, pueda beneficiarse el Colegio de la exención pretendida, al faltar el elemento de carencia de finalidad lucrativa en su actividad”.

- c) Que las prestaciones de servicios y las entregas de bienes accesorios a los mismos no tengan otra contraprestación que las cotizaciones fijadas en sus Estatutos

En tercer lugar es preciso que las prestaciones de servicios no obtengan otra remuneración que las cotizaciones fijadas en los Estatutos del Colegio. La mayor parte de las sentencias citadas más arriba se refieren a este requisito de forma más o menos extensa. Así, por ejemplo, la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 29 de junio de 2007, declara:

“Se señala por la actora que la contraprestación es subsumible en el concepto de cuota, en cuanto ésta se encamina al sostenimiento de los gastos del Colegio.

Sin embargo tal tesis no puede ser acogida porque la contraprestación no se configura como cuota fija a cargo de todos los colegiados, sino como contrapartida a un servicio concreto, recibido no por todos sino sólo por algunos colegiados, vinculada al mismo servicio, y establecida en función del montante del importe de la facturación. No puede entenderse que la actividad cuyo gravamen se discute, se incluya en el concepto de prestación gratuita a los colegiados, sólo dependiente de la cuota fija abonada por éstos, sino, por el contrario, es objeto de contraprestación específica variable en función del valor de la misma determinado por el importe facturado”.

En relación con este requisito resulta especialmente interesante la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 21 febrero 2001 (JUR 2001\295459), según la cual:

“Así las cosas hemos de afirmar la sujeción al IVA de la expendición de visados por el Colegio actor, ya que los entes de Derecho Público, cuando realizan actividades sujetas mediante contraprestación, son sujetos pasivos del Impuesto.

*Pero ocurre que tampoco podemos entender que la actividad de visar proyectos y la contraprestación por ella recibida, se encuentre en el ámbito de la exención relativa a las cuotas colegiales, esto es, si bien las cotizaciones fijadas en los estatutos se encuentran exentas del Impuesto, **no podemos identificar las cantidades percibidas por el Colegio en virtud del visado, con las cuotas periódicas abonadas por los colegiados. De suerte que la pertenencia al Colegio y el abono de las cuotas correspondientes no da derecho por sí mismas al servicio de visado gratuitamente, sino que es independiente de la cuota periódica puesto que cada proyecto visado, produce un devengo en favor del Colegio.***

De todo ello concluimos que la operación que nos ocupa se encuentra sujeta y no exenta en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y tal es el criterio mantenida por el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de julio de 1997, dictada en el recurso de apelación 7667/91.

Análogo razonamiento hemos de sostener respecto del porcentaje del 5% que se detrae de los honorarios de los colegiados, según el artículo 59 del Estatuto, ya que el mismo se configura como independiente de la cuota —artículo 13, 27 e) y 59 del Estatuto—, y supone una contraprestación a los servicios prestados por el Colegio a sus colegiados.

*Efectivamente, del artículo 7.24 y 29 del Estatuto, resulta claramente que el Colegio presta una serie de servicios a los colegiados, y los propios Estatutos distinguen entre cuotas extraordinarias y ordinarias —directamente encaminadas al sostenimiento de los gastos del Colegio—, y la detracción de honorarios, que se realiza sobre un porcentaje del mismo. **Pues bien, tal detracción es algo distinto de las cuotas —y no ya por el nombre sino por las funciones del Colegio—, y se basa en la cuantía del honorario percibido. Debemos concluir que la misma responde a los servicios que al colegiado y en la realización de ese concreto trabajo, le ha prestado el Colegio.** Tal es el razonamiento jurídico que sostiene el TEAC y que esta Sala comparte”.*

Obsérvese como la Sala niega la exención a pesar que la retribución a percibir por el Colegio por la prestación de los servicios, se encuentre establecida a los Estatutos, poniendo el acento en el hecho de que las cantidades hayan de ser abonadas por todos o solo por una parte de los colegiados; y en la cuantía fija o variable de dichas retribuciones.

- d) Que la exención haya sido previamente reconocido por el órgano competente de la Administración Tributaria

El último de los requisitos exigidos por la norma es que la exención haya sido previamente reconocida por el órgano competente de la Administración Tributaria.

Es de destacar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que, a pesar de que la Sexta Directiva señala que los Estados Miembros han de aplicar las exenciones recogidas en su artículo 13, parte A, apartado 1 de tal forma que se evite todo fraude o abuso, dicho precepto disfruta de “efecto directo”. En otras palabras, aunque el Estado no haya transpuesto esta normativa en el Derecho Interno, el contribuyente que considere que se encuentra comprendido en las previsiones de una de estas exenciones puede invocar directamente, ante las Autoridades nacionales, la normativa comunitaria.

En este sentido se pronuncia, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 6 de noviembre de 2003, dictada en el asunto C-45/01:

“Por otra parte, aunque el artículo 13, parte A, apartado 1, de la Sexta Directiva disponga que los Estados miembros deben aplicar las exenciones previstas «en las condiciones por ellos fijadas y a fin de asegurar la aplicación correcta y simple de [dichas] exenciones [...] y de evitar todo posible fraude, evasión y abuso», un Estado miembro no puede invocar, frente a un contribuyente que puede demostrar que su situación fiscal está comprendida efectivamente en una de las categorías de exención enunciadas por la Sexta Directiva, el hecho de no haber adoptado las disposiciones destinadas, precisamente, a facilitar la aplicación de esa misma exención (sentencia Kügler, antes citada, apartado 52).

80 En cuanto al contenido de las disposiciones del artículo 13, parte A, apartado 1, letras b) y c), de la Sexta Directiva, debe señalarse que, a diferencia de lo que sostiene el Gobierno alemán, estas disposiciones indican, de manera suficientemente precisa e incondicional, las actividades a las que se aplica la exención [véase, por analogía, la sentencia Kügler, antes citada, apartado 53, en lo que respecta al artículo 13, parte A, apartado 1, letra g), de la Sexta Directiva].

81 El hecho de que estas disposiciones concedan a los Estados miembros una facultad de apreciación para determinar, por una parte, los establecimientos que no son de «Derecho público», pero que pueden acogerse a la exención prevista en dicho artículo 13, parte A, apartado 1, letra b), así como, por otra parte, las profesiones sanitarias a las que se puede conceder la exención prevista en la letra c) del mismo apartado, no impide a los particulares que, según indicios objetivos, realicen las prestaciones de interés general a las que se refieren dichas exenciones, invocar directamente las disposiciones de la Sexta Directiva contra cualquier disposición nacional que no sea conforme a esta Directiva”.

Esta Jurisprudencia ha suscitado la cuestión de si el requisito del previo reconocimiento es o no conforme con la normativa europea, cuestión que ha sido resuelta en sentido desestimatorio por nuestros Tribunales. Así la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en su sentencia de 10 marzo 2005 (JT 2006\1384), ha venido a declarar:

“La mecánica resulta evidente en un supuesto como el de autos, en el que, con independencia del carácter de Administración corporativa que la Ley reconoce a un Colegio Profesional, se pone de manifiesto que éste realiza actividades cuyo carácter de «cotización fijada de conformidad con los estatutos» es dudoso. En consecuencia, no se trata de «la pérdida de un beneficio» por la no realización de una condición, como plantea la actora; se trata de que para obtener la exención debe serle reconocida, para que la Administración resuelva si se dan los requisitos previstos por la Ley para que tal reconocimiento sea procedente, porque la Ley no deja a la autoevaluación del sujeto pasivo la resolución sobre, entre otros extremos, si el disfrute de la exención no es susceptible de producir distorsiones a la competencia. Así el propio TJUE en la sentencia de 20-XI-03 examina la pertinencia de reconocer una determinada exención en el marco del artículo 13, parte A, apartado 1, letra f) de la Sexta Directiva, y responde, entre otras, a la cuestión de ¿debe interpretarse el artículo 13 parte A, apartado 1, letra f) de la Sexta Directiva IVA en el sentido de que procede conceder la exención del IVA a las prestaciones de servicios? Su respuesta es que la exención debe denegarse si existe un riesgo real de que la exención pueda provocar por sí sola distorsiones a la competencia. El TJUE resuelve sobre la base de que la exención se pide y contesta que debe denegarse incluso cumpliéndose todos los requisitos, si existe riesgo para la competencia.

En consecuencia, esta Sala llega a la misma conclusión que la Administración alcanzó en vía económico-administrativa: por razón de lo dispuesto en el art. 20.uno. 12 de la Ley 37/92 en su pfo 3º la entidad debió solicitar el reconocimiento de la exención, lo que no llevó a efecto, y no la obtuvo”.

Ahora bien, lo que sí ha provocado las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido una modificación de la doctrina del Tribunal Económico Administrativo Central en relación con la renunciabilidad del reconocimiento de la exención una vez otorgado éste por la Administración. Esta modificación del criterio mantenido por el TEAC se produce y expone de forma detallada en su resolución de 29 de marzo de 2006 en la que concluye, en contra de lo sostenido en resoluciones anteriores, lo siguiente:

“La indicación del párrafo tercero al establecer la necesidad del reconocimiento previo por la Administración no empecó la efectividad de la exención, puesto que lo único que requiere del reconocimiento previo es el disfrute, en ningún caso la exención en sí. El reconocimiento no debe constituir una limitación inmoderada de la aplicación de la exención, sino un mero instrumento de verificación y de control al deber ser interpretado a fin de asegurar la aplicación correcta y simple de las exenciones y de evitar todo posible fraude, evasión o abusos, y no a otros fines como el de limitar la posibilidad de disfrute de la exención.

Interpretar en este sentido la cláusula citada (del artículo 13 de la Sexta Directiva) nos lleva a denegar la posibilidad de renuncia, pues tal renuncia contravendría la finalidad que informó la introducción de estas exenciones, es decir, la salvaguarda del interés público a través de la tutela fiscal de las entidades que lo persiguen.

Habilitar la posibilidad de renuncia supone convertir el mecanismo de reconocimiento, establecido con las finalidades antes indicadas, en un infundado derecho tributario de opción que permita a las entidades rehuir, una vez obtenida, la situación

de exención que es querida por el ordenamiento para los que se hallan en su situación. Esta posibilidad ha de rechazarse, porque la admisión de la renuncia sería tanto como dejar al albur de las entidades la definición de su régimen fiscal al margen de lo que para ellas establece el ordenamiento, y, en definitiva, porque debe primar el carácter obligatorio del mandato del artículo 20”.

Por último, en relación con la necesidad del previo reconocimiento de la exención, recordaremos que el artículo 5 del Reglamento de Impuesto, aprobado por Real Decreto Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, determina la competencia para el reconocimiento de la exención, con las siguientes palabras:

“Artículo 5. Reconocimiento de determinadas exenciones en operaciones interiores

*El reconocimiento del derecho de los sujetos pasivos a la aplicación de las exenciones a que se refieren los números 6º y 12º del apartado uno del artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, se efectuará por la **Delegación o Administración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en cuya circunscripción territorial radique el domicilio fiscal del sujeto pasivo, previa solicitud del interesado.***

El reconocimiento del derecho a que se refiere el párrafo anterior, surtirá efectos respecto de las operaciones cuyo devengo se produzca a partir de la fecha de la solicitud.

La eficacia de dicho reconocimiento quedará además condicionada a la subsistencia de los requisitos que, según lo dispuesto en la normativa del Impuesto, fundamentan la exención”.

VII. Sobre la aplicación de la regla de prorata

Como resulta sabido, el sistema de gestión del IVA permite a los sujetos pasivos deducir de las cuotas a ingresar en el Tesoro Público, las cuotas que hubieren soportado en la adquisición de los bienes y servicios empleados en la producción de los bienes y servicios cuya entrega o prestación haya dado lugar al devengo de las cuotas a ingresar.

Cuando un mismo sujeto pasivo, como puede ser el caso de los Colegios de Abogados, realiza simultáneamente operaciones sujetas y no exentas al IVA y operaciones no sujetas o exentas, es preciso determinar que cuotas soportadas (o qué porcentaje de las mismas) pueden ser deducidas de las cuotas a ingresar.

Es el artículo 94 de la Ley del IVA el que determina que operaciones generan derecho a la deducción y cuáles no con las siguientes palabras:

“Uno. Los sujetos pasivos a que se refiere el apartado uno del artículo anterior podrán deducir las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido comprendidas en el artículo 92 en la medida en que los bienes o servicios, cuya adquisición o importación determinen el derecho a la deducción, se utilicen por el sujeto pasivo en la realización de las siguientes operaciones:

1º Las efectuadas en el ámbito espacial de aplicación del impuesto que se indican a continuación:

a) Las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas y no exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido.

b) Las prestaciones de servicios cuyo valor esté incluido en la base imponible de las importaciones de bienes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 83 de esta Ley.

c) Las operaciones exentas en virtud de lo dispuesto en los artículos 21, 22, 23, 24 y 25 de esta Ley, así como las demás exportaciones definitivas de bienes fuera de la Comunidad que no se destinen a la realización de las operaciones a que se refiere el número 2º de este apartado.

d) Los servicios prestados por agencias de viajes que estén exentos del impuesto en virtud de lo establecido en el artículo 143 de esta Ley.

2º Las operaciones realizadas fuera del territorio de aplicación del impuesto que originarían el derecho a la deducción si se hubieran efectuado en el interior del mismo.

3º Las operaciones de seguro, reaseguro, capitalización y servicios relativos a las mismas, así como las bancarias o financieras, que estarían exentas si se hubiesen realizado en el territorio de aplicación del impuesto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 20, apartado uno, números 16º y 18º de esta Ley, siempre que el destinatario de tales prestaciones esté establecido fuera de la Comunidad o que las citadas operaciones estén directamente relacionadas con exportaciones fuera de la Comunidad y se efectúen a partir del momento en que los bienes se expidan con tal destino, cualquiera que sea el momento en que dichas operaciones se hubiesen concertado.

A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, las personas o entidades que no tengan la condición de empresarios o profesionales se considerarán no establecidas en la Comunidad cuando no esté situado en dicho territorio ningún lugar de residencia habitual o secundaria, ni el centro de sus intereses económicos, ni presten con habitualidad en el mencionado territorio servicios en régimen de dependencia derivados de relaciones laborales o administrativas.

Dos. Los sujetos pasivos comprendidos en el apartado dos del artículo anterior únicamente podrán deducir el impuesto soportado o satisfecho por la adquisición de los medios de transporte que sean objeto de la entrega a que se refiere el artículo 25, apartado dos, de esta Ley, hasta la cuantía de la cuota del impuesto que procedería repercutir si la entrega no estuviese exenta.

Tres. En ningún caso procederá la deducción de las cuotas en cuantía superior a la que legalmente corresponda ni antes de que se hubiesen devengado con arreglo a derecho”.

De conformidad con lo expuesto en los apartados anteriores, podemos decir en una primera aproximación, que serán deducibles las cuotas de IVA soportadas por los Colegios de Abogados con ocasión de la adquisición de bienes o servicios destinados a la prestación, por los mismos Colegios,

de servicios que se encuentren sujetos y no exentos de IVA. Además, serán igualmente deducibles las cuotas de IVA soportadas para la prestación de aquellos servicios que han de entenderse realizados fuera del ámbito de aplicación del impuesto, cuando de haberse realizado en dicho ámbito, no habrían estado exentos de IVA³.

Por el contrario, no serán deducibles las cuotas soportadas con ocasión de la adquisición de bienes o servicios destinados a la prestación de servicios no sujetos o exentos. En relación a este tema resulta de especial interés la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de marzo de 2008 (asunto C-437/06), en el que se dice:

“28. Por consiguiente, el IVA soportado por los gastos en que se incurre con motivo de la emisión de acciones y de participaciones instrumentales atípicas sólo conllevará derecho a deducción si el capital obtenido de este modo se destina a las actividades económicas del interesado. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el régimen de deducciones establecido por la Sexta Directiva afecta a la totalidad de las actividades económicas de un sujeto pasivo, cualesquiera que sean los fines o los resultados de las mismas, a condición de que dichas actividades estén a su vez, en principio, sujetas al IVA (véanse las sentencias Gabalfrisa y otros, antes citada, apartado 44; de 8 de junio de 2000, Midland Bank, C-98/98, Rec. p. I-4177, apartado 19, y Abbey National, antes citada, apartado 24).

(...)

39. Por tanto, procede responder a la segunda cuestión que la determinación de los métodos y de los criterios de reparto de las cuotas soportadas de IVA entre actividades económicas y actividades no económicas en el sentido de la Sexta Directiva está comprendida dentro de la facultad de apreciación de los Estados miembros, que, en el ejercicio de dicha facultad, deben tener en cuenta la finalidad y la estructura de la Sexta Directiva y, con ese objeto, han de establecer un método de cálculo que refleje objetivamente la parte de los gastos soportados que es realmente imputable a cada una de esas dos actividades”.

Esta doctrina puede resultar de especial interés para aquellos Colegios que realicen actividades en su condición de Corporaciones de Derecho Público sin retribución o con una retribución de carácter tributario, es decir, que realicen operaciones no sujetas al impuesto.

Ahora bien, aun cuando el sujeto pasivo realice operaciones que generen derecho a la deducción junto con otras que no generan ese derecho,

³ En principio no parece probable que los Colegios de Abogados realicen las operaciones exentas previstas en los artículos 21 a 25 de la Ley del IVA, ni ninguna de las restantes operaciones a que se refiere directa o indirectamente el artículo 94 y que generan derecho a la deducción. No obstante, como venimos señalando, será preciso examinar las concretas actividades realizadas por cada Colegio para determinar que operaciones generan derecho a deducción y cuáles no.

lo normal es que los bienes y derechos adquiridos o, al menos una parte muy importante de los mismos, sea utilizado indistintamente para realizar unos y otros. Para resolver este problema la Ley del IVA utiliza los conceptos de “prorrata general”, “prorrata especial” y “sectores diferenciados de la actividad empresarial o profesional”, que examinaremos por separado:

A. La prorrata general

La prorrata general se encuentra regulada en los artículos 104 y 105 de la Ley del impuesto y, en resumen, consiste en considerar deducible el importe de la totalidad de las cuotas soportadas por el sujeto pasivo, en el mismo porcentaje que representa el importe anual de las operaciones que generan derecho a deducción, sobre el importe anual de todas las operaciones realizadas, más el importe de las subvenciones dedicadas a financiar las actividades empresariales o profesionales del sujeto pasivo.

Debe tenerse en cuenta que, aunque la mayor parte de las normas especiales que contiene el artículo 104. Tres de la Ley no parecen aplicables a los Colegios Profesionales, si puede serlo la contenida en el apartado 6º de dicho precepto, en virtud de la cual no se tendrá en cuenta para la determinación del porcentaje de deducción el importe de las operaciones no sujetas al impuesto.

Además ha de tenerse presente que en la aplicación del porcentaje que corresponda, no se tendrán en cuenta, en ningún caso, las cuotas no deducibles en virtud de lo establecido en los artículos 95⁴ (cuotas soportadas con ocasión de la adquisición de bienes y servicios que no afecten directa y exclusivamente a la actividad empresarial o profesional) y 96 (cuotas soportadas con ocasión de la adquisición de los específicos bienes y servicios relacionados en este precepto) de la Ley del Impuesto.

⁴ En relación con este artículo indicar que, a nuestro juicio, la normativa española es contraria a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión europea en la Sentencia de 13 de marzo de 2008, antes citada, en la medida en que la misma impone a los Estado Miembros el establecimiento de un criterio de reparto de las cuotas soportadas en la adquisición de bienes y servicios afectados simultáneamente a las actividades empresariales o profesionales (y, por lo tanto, sujetas) y a otras actividades desarrolladas por el sujeto pasivo (y, por tanto, no sujetas).

B. La prorrata Especial

La regla de la prorrata especial se regula en el artículo 106 de la Ley, con las siguientes palabras:

“Artículo 106. La prorrata especial

Uno. El ejercicio del derecho a deducir en la prorrata especial se ajustará a las siguientes reglas:

1ª Las cuotas impositivas soportadas en la adquisición o importación de bienes o servicios utilizados exclusivamente en la realización de operaciones que originen el derecho a la deducción podrán deducirse íntegramente.

2ª Las cuotas impositivas soportadas en la adquisición o importación de bienes o servicios utilizados exclusivamente en la realización de operaciones que no originen el derecho a deducir no podrán ser objeto de deducción.

3ª Las cuotas impositivas soportadas en la adquisición o importación de bienes o servicios utilizados sólo en parte en la realización de operaciones que originen el derecho a la deducción podrán ser deducidas en la proporción resultante de aplicar al importe global de las mismas el porcentaje a que se refiere el artículo 104, apartados Dos y siguientes.

La aplicación de dicho porcentaje se ajustará a las normas de procedimiento establecidas en el artículo 105 de esta Ley.

Dos. En ningún caso podrán ser objeto de deducción las cuotas no deducibles en virtud de lo dispuesto en los artículos 95 y 96 de esta Ley.

En definitiva, este sistema consiste en aplicar la regla de la prorrata general única y exclusivamente para determinar en qué porcentaje pueden ser deducidas las cuotas soportadas con ocasión de la adquisición de bienes y servicios utilizados indistintamente para la realización de operaciones que generan derecho a deducción y operaciones que no generan dicho derecho. Las restantes cuotas serán o no deducibles en función de si se hayan soportado en la adquisición de bienes o servicios destinados exclusivamente para la realización de operaciones que generen o no derecho a deducción.

Los supuestos en que es posible la utilización de la prorrata especial son los contemplados en el artículo 103.Dos de la Ley 37/1992:

1º Cuando los sujetos pasivos opten por la aplicación de dicha regla en los plazos y forma que se determinen reglamentariamente.

2º Cuando el montante total de las cuotas deducibles en un año natural por aplicación de la regla de prorrata general exceda en un 20 por 100 del que resultaría por aplicación de la regla de prorrata especial”.

C. Los sectores diferenciados de la actividad empresarial o profesional

Por último, es preciso hacer referencia a la previsión contenida en el artículo 101 de la Ley del impuesto, según el cual *“los sujetos pasivos que realicen actividades económicas en sectores diferenciados de la actividad empresarial o profesional deberán aplicar separadamente el régimen de deducciones respecto de*

cada uno de ellos". Esta aplicación separada del régimen de deducciones, deberá ajustarse a las normas contenidas en el mismo precepto.

El concepto de "sector diferenciado de la actividad empresarial o profesional" se define en el artículo 9.1º.c) de la Ley, con las siguientes palabras:

"A efectos de lo dispuesto en esta Ley, se considerarán sectores diferenciados de la actividad empresarial o profesional los siguientes:

a') Aquellos en los que las actividades económicas realizadas y los regímenes de deducción aplicables sean distintos.

Se considerarán actividades económicas distintas aquellas que tengan asignados grupos diferentes en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, no se reputará distinta la actividad accesoria a otra cuando, en el año precedente, su volumen de operaciones no excediera del 15 por 100 del de esta última y, además, contribuya a su realización. Si no se hubiese ejercido la actividad accesoria durante el año precedente, en el año en curso el requisito relativo al mencionado porcentaje será aplicable según las previsiones razonables del sujeto pasivo, sin perjuicio de la regularización que proceda si el porcentaje real excediese del límite indicado.

Las actividades accesorias seguirán el mismo régimen que las actividades de las que dependan.

Los regímenes de deducción a que se refiere esta letra a') se considerarán distintos si los porcentajes de deducción, determinados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 104 de esta Ley, que resultarían aplicables en la actividad o actividades distintas de la principal difirieran en más de 50 puntos porcentuales del correspondiente a la citada actividad principal.

La actividad principal, con las actividades accesorias a la misma y las actividades económicas distintas cuyos porcentajes de deducción no difirieran en más de 50 puntos porcentuales con el de aquélla constituirán un solo sector diferenciado.

Las actividades distintas de la principal cuyos porcentajes de deducción difirieran en más de 50 puntos porcentuales con el de ésta constituirán otro sector diferenciado del principal.

A los efectos de lo dispuesto en esta letra a'), se considerará principal la actividad en la que se hubiese realizado mayor volumen de operaciones durante el año inmediato anterior.

b') Las actividades acogidas a los regímenes especiales simplificado, de la agricultura, ganadería y pesca, de las operaciones con oro de inversión o del recargo de equivalencia.

c') Las operaciones de arrendamiento financiero a que se refiere la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

d') Las operaciones de cesión de créditos o préstamos, con excepción de las realizadas en el marco de un contrato de "factoring".

No parece probable que la actividad de los Colegios de Abogados pueda dar lugar a la aparición de sectores diferenciados. Pero en todo caso, será preciso examinar las operaciones realizadas por cada uno de los Colegios para comprobar si nos encontramos o no ante un supuesto de estas carac-

terísticas. En este sentido parece evidente que los únicos supuestos en que éstos pueden aparecer, lo serán por aplicación de lo dispuesto en la letra a') arriba transcrita.

VIII. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo expuesto, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- a) El Impuesto sobre el Valor Añadido es un impuesto indirecto que, como tal, grava determinadas operaciones económicas en atención a las circunstancias que rodean las mismas. Las exenciones recogidas en su normativa reguladora, tienen un carácter objetivo, en la medida en que no se refieren a la totalidad de las operaciones (entregas de bienes o prestaciones de servicios) realizadas por determinadas personas, sino a aquellas operaciones que reúnen determinadas características, sin perjuicio de que en ocasiones la definición de estas operaciones tiene en cuenta las circunstancias de las personas que las realizan.
- b) Las prestaciones de servicios realizadas por los Colegios de Abogados se consideran sujetas al IVA. No obstante, en aquellos casos en que los servicios prestados por los Colegios de Abogados hayan de calificarse como ejercicio de las potestades que desarrollan en su condición de Administración Pública y no perciban retribución por dichos servicios o la retribución que perciban sea de naturaleza tributaria, la prestación de los tan repetidos servicios no estará sujeta a IVA, en aplicación de lo señalado en el artículo 7.8° de la Ley del impuesto.
- c) El artículo 20.Uno. 12 de la Ley del impuesto declara exentas las prestaciones de servicios realizadas por Colegios profesionales en los que concurren los siguientes requisitos:
 - Que los servicios sean prestados directamente a los colegiados.
 - Que tales servicios tengan por objeto la consecución de las finalidades específicas de los Colegios.
 - Que los Colegios no perciban por la prestación de tales servicios retribuciones distintas de las cuotas colegiales fijadas en los estatutos.
 - Que la exención haya sido reconocida por la Administración Tributaria, siendo este reconocimiento no renunciabile.

- d) En el caso de que un Colegio de Abogados realice operaciones (i) no sujetas, (ii) sujetas y no exentas y (iii) sujetas y exentas, será preciso aplicar la regla de prorrata que corresponda (general o especial) y, en su caso, el régimen de sectores diferenciados de la actividad empresarial o profesional, para determinar el porcentaje de deducción de las cuotas soportadas en la adquisición de bienes y servicios por el Colegio de que se trate.
- e) En todo caso, es preciso un examen pormenorizado de las actividades desarrolladas por cada Colegio de Abogados, a fin de comprobar si concurren otras exenciones del IVA aplicables a la misma y cuál es el concreto régimen de deducción que le resulta aplicable.

Informe 10/2012

Cesión al abogado que lo solicite de la publicidad institucional del Consejo General de la Abogacía Española

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DE CONSULTA

Los antecedentes a los que se refiere esta Nota son los siguientes.

El Consejo General de la Abogacía Española (en adelante también “el Consejo”) ha realizado una campaña de publicidad mediante un anuncio, que aparece en la página 49 del nº 71 de la Revista del Consejo General de la Abogacía Española, de diciembre de 2011, en el que, con el emblema y el nombre del Consejo General de la Abogacía Española, se dice *“hay algo más satisfactorio que solucionar un problema: evitarlo. Habla con tu abogado”* y se añade *“antes de que surja cualquier complicación, consulta a un abogado. Porque es el especialista, el que conoce la legalidad vigente y el que mejor puede asesorarte sobre cómo evitar futuros problemas. Y, por supuesto, el que llegado el caso, te defenderá ante los tribunales”*.

En relación a tal mensaje publicitario, un abogado ha planteado consulta sobre si, previa autorización del Consejo, puede utilizarse esa publicidad por cualquier abogado de España (“sin alterarla y con el membrete del Consejo”) en sus relaciones con sus clientes y contactos; y, en caso de que se conteste afirmativamente a esta primera cuestión, solicita que se le facilite el anuncio mediante soportes pdf o folletos en papel “para facilitar a los clientes, poner en la recepción del despacho, como tríptico, o cartel con la única finalidad de promover la utilización del abogado en general por parte de los clientes para consultas previas, evitación de pleitos, etc.”

Considerando los antecedentes expuestos, el objeto de la presente Nota consiste en analizar si resulta procedente en Derecho que el Consejo General de la Abogacía Española acceda a autorizar lo solicitado por el abogado antes referido.

II. MARCO NORMATIVO

El marco normativo a tomar en consideración para analizar las cuestiones planteadas está constituido, a juicio de quienes suscriben esta Nota, por las normas que regulan la publicidad en general y la publicidad de los abogados en particular y, en este sentido, por:

- La Ley General de Publicidad, Ley 34/1988, de 11 de noviembre.
- La llamada “ley paraguas”, Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.
- La llamada “ley ómnibus”, Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.
- El Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.
- El Código Deontológico, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 27 de septiembre de 2002.

III. POSIBILIDAD DE QUE LOS ABOGADOS HAGAN PUBLICIDAD

Hasta fechas muy recientes no era posible la publicidad de los abogados, o esta publicidad estaba sujeta a una prohibición casi absoluta, existiendo frecuentes pronunciamientos judiciales que sancionaban al abogado que hacía publicidad. Sin embargo, tras la incorporación de España a las Comunidades Europeas en 1986, y la nueva reglamentación de las profesiones reguladas en general y de la abogacía en particular, actualmente los abogados pueden hacer publicidad, aunque están sujetos a determinadas limitaciones.

En efecto, como dicen las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2004, RJ 2005/495, y de 3 de marzo de 2003, RJ 2003/2643, citando a su vez la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de febrero de 1994,

“la reglamentación de la profesión de abogado en el dominio de la publicidad varía de un país a otro en función de las tradiciones culturales, no obstante constatar que en la mayor parte de los Estados europeos, incluido España, se aprecia una evolución hacia la flexibilización, en razón de los cambios en sus sociedades y muy particularmente por el papel creciente de los medios de comunicación”.

Y añaden que:

“es preciso tener en cuenta la naturaleza especial de la profesión que ejerce el abogado, que en su calidad de auxiliar de la justicia se beneficia del monopolio y de la inmunidad de sus alegaciones, pero debe dar testimonio de discreción, de honestidad y de dignidad en su conducta. Las limitaciones a la publicidad encuentran tradicionalmente su origen en estas particularidades”.

Y que:

“Señala también la Corte que la publicidad constituye para el ciudadano un medio para conocer las características de los servicios y de los bienes que le son ofrecidos, pero que sin embargo puede ser a veces objeto de restricciones destinadas especialmente a impedir la competencia desleal y la publicidad engañosa. En ciertos contextos, incluso la publicidad de mensajes publicitarios objetivos y verídicos podría sufrir limitaciones derivadas del respeto a los derechos de terceros o fundadas en las particularidades de una actividad comercial o una profesión determinada”.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de abril de 2011 recuerda que, en aplicación de la Directiva sobre libre prestación de servicios en el mercado interior, no puede prohibirse hacer publicidad a las personas o empresas dedicadas al ejercicio de profesiones reguladas, como lo es la abogacía, aunque pueden los Estados miembros imponer limitaciones, que no prohibiciones totales, para que la publicidad se haga cumpliendo las normas profesionales que tienen por *“objeto, concretamente, la independencia, dignidad e integridad de la profesión, así como el secreto profesional, de manera coherente con el carácter específico de cada profesión”*. Como también dice la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, *“dichas normas profesionales deben ser no discriminatorias, estar justificadas por una razón imperiosa de interés general y ser proporcionadas”*.

Pues bien, la regulación actual de la publicidad de los abogados en España se encuentra en las leyes generales sobre libre prestación de servicios y en el Estatuto General de la Abogacía Española.

Así, el art. 24 de la “ley paraguas”, Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, dispone que *“se garantiza la libertad de comunicaciones comerciales en las profesiones reguladas”* y que *“no podrán establecerse prohibiciones totales a las comunicaciones comerciales en las profesiones reguladas. Las limitaciones que se puedan imponer no podrán ser discriminatorias, habrán de estar siempre justificadas por una razón imperiosa de interés general y serán proporcionadas”*. Por su parte, el art. 5 de la “ley ómnibus”, Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, modifica la Ley de colegios profesionales para disponer que *“los*

Estatutos de los Colegios, o los códigos deontológicos que en su caso aprueben los Colegios, podrán contemplar previsiones expresas dirigidas a exigir a los profesionales colegiados que su conducta en materia de comunicaciones comerciales sea ajustada a lo dispuesto en la ley, con la finalidad de salvaguardar la independencia e integridad de la profesión, así como, en su caso, el secreto profesional”.

En relación al ejercicio de la abogacía, y salvo las disposiciones de carácter regional o de cada colegio profesional, la regulación a nivel nacional de la publicidad de los abogados se recoge en el art. 25 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, y en el art. 7 del Código Deontológico, aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española en 2002. En el art. 25 del Estatuto General de la Abogacía se establece que el abogado puede hacer “*publicidad de sus servicios*” que sea digna, leal y veraz, con absoluto respeto a la dignidad de las personas, a la legislación sobre publicidad, sobre defensa de la competencia y competencia desleal, ajustándose en cualquier caso a las normas deontológicas. Además, el art. 25 del Estatuto General de la Abogacía Española precisa que se considerará contraria a las normas deontológicas la publicidad que suponga, entre otras cosas, “*utilizar los emblemas o símbolos colegiales y aquéllos otros que por su similitud pudieran generar confusión, al reservarse su uso para la publicidad institucional que pueda realizarse en beneficio de la profesión en general*”.

En definitiva, el abogado no puede usar los símbolos o emblemas de los colegios, ni ningún otro símbolo que se asocie con el colegio, generando confusión, porque estos están reservados para la publicidad institucional que se realiza en beneficio de la profesión en general.

La previsión que en este sentido contiene el Código Deontológico, aunque similar, es más precisa, pues se refiere a los Colegios, Consejos Autonómicos y Consejo General de la Abogacía Española y a que éstos, y no los abogados en particular, son los encargados de la publicidad institucional. En efecto, el art. 7 del Código Deontológico dispone que se entenderá que vulnera el Código Deontológico la publicidad que suponga: “*Utilizar los emblemas o símbolos colegiales y aquellos otros que por su similitud pudieran generar confusión, ya que su uso se encuentra reservado únicamente a la publicidad institucional que, en beneficio de la profesión en general, solo pueden realizar los Colegios, Consejos Autonómicos y el Consejo General de la Abogacía Española*”.

En definitiva, conforme al Estatuto General de la Abogacía Española y a las normas deontológicas a las que se remite y, en particular, conforme al Código Deontológico, los abogados no pueden hacer publicidad valiéndose de símbolos o emblemas colegiales u otros que pudieran generar confusión; estos símbolos o emblemas colegiales están reservados para la publi-

cidad institucional que se haga en beneficio de la profesión en general; y esta publicidad institucional en beneficio de la profesión en general sólo la puedan realizar los Colegios, Consejos Autonómicos y Consejo General del Abogacía Española.

La prohibición tiene su razón de ser en evitar que esa publicidad pueda resultar engañosa, conduzca a confusión, conduzca a creer que el abogado que la realiza ostenta alguna distinción o relación específica con los órganos colegiales, o con la profesión en general, o redunde en aprovechamiento, por el abogado que la realice, de la reputación de los órganos colegiales o, en definitiva, de la reputación ajena.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, “*Símbolo*” quiere decir “*Representación sensorialmente perceptible de una realidad, en virtud de rasgos que se asocian con esta por una convención socialmente aceptada*” y emblema “*cosa que es representación simbólica de otra*”.

De este modo, el símbolo o emblema colegial, u otro que por su similitud pudiera generar confusión, no debe considerarse sólo el anagrama del Colegio sino también las demás representaciones sensoriales que se asocien con el Colegio.

Considerando lo anterior, estaría también prohibida la utilización por el abogado, en su propia publicidad, de cualquier idea o mensaje publicitario que se asocie con el Colegio (o con los Consejos Autonómicos o con el Consejo General de la Abogacía Española). Tal es el caso del mensaje publicitario al que se refiere esta Nota, pues es un mensaje publicitario que no sólo incluye el anagrama y el nombre del Consejo General de la Abogacía Española sino que, además, habiéndose ya hecho público en revistas u otros medios de comunicación por el Consejo General de la Abogacía Española, se ha identificado o asociado, o puede asociarse, al citado Consejo.

IV. FUNCIONES DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA EN RELACION CON LA PUBLICIDAD

El Consejo General de la Abogacía Española es una corporación de Derecho público que tiene, entre otras muchas funciones, representar a la Abogacía Española, velar por el prestigio de la profesión de abogado, impedir o perseguir la competencia ilegal o desleal y aquellas otras que, no expresamente enunciadas, sean concomitantes o consecuencia de las anteriores y tengan cabida en el espíritu que las informe (art. 67 y 68 del Estatuto General de la Abogacía Española).

En este sentido, y como recuerda el art. 7 del Código Deontológico más arriba citado, corresponde al Consejo General de la Abogacía Española, además de a los Colegios y a los Consejos Autonómicos, realizar publicidad institucional en beneficio de la profesión de abogado.

De este modo, entre las funciones del Consejo está, efectivamente, realizar publicidad institucional en beneficio de la profesión de abogado en general, como lo es la publicidad a la que se refiere esta Nota.

Naturalmente, corresponde al Consejo decidir el modo en que se realice o distribuya esa publicidad, sin que existan disposiciones específicas que prohíban que el Consejo pueda utilizar uno u otro medio de distribución de su publicidad.

Sin embargo, no está entre las funciones del Consejo facilitar la publicidad que pueda realizar cada abogado respecto de sus propios servicios. No puede dedicarse a facilitar ideas publicitarias a uno, varios o a todos los abogados para su publicidad particular. Debiendo, además, recordarse que el Consejo no debe beneficiar a ningún abogado en relación con los demás sino que, al contrario, debe velar por el respeto a las reglas de la competencia entre ellos.

Es decir, la publicidad del Consejo no puede ser utilizada para beneficiar a uno o varios abogados, pues precisamente entre sus funciones está velar por la competencia entre ellos.

V. SOBRE LAS CUESTIONES PLANTEADAS EN ESTA NOTA

La consulta que se plantea al Consejo General de la Abogacía Española, y que es objeto de esta Nota, no resulta del todo clara. Pues no es claro si lo que solicita el abogado que formula la consulta es la cesión de la publicidad del Consejo para, sin alterarla, utilizarla en su propia publicidad (en la forma en que decida el propio abogado), o si también plantea la posibilidad de que se le cedan materialmente los soportes en los que se encuentra la publicidad del Consejo para limitarse a su distribución (en la forma que decida el Consejo).

En efecto, pueden diferenciarse dos escenarios distintos: el primero es la cesión de la publicidad del Consejo General de la Abogacía Española, a los abogados que lo soliciten, para que estos la utilicen en su propia publicidad, aunque sin alterarla; el segundo es la cesión de los soportes materiales (como podrían ser trípticos o carteles) para que el abogado se

limite a ser mero distribuidor de la publicidad del Consejo (por ejemplo, poniendo el tríptico o cartel en la recepción del despacho).

Teniendo en cuenta la amplitud con la que la ley define publicidad, habría de considerarse que en ambos casos el abogado está haciendo publicidad, para promover la contratación de sus propios servicios. Pues, conforme al art. 2 de la Ley General de Publicidad, se considera publicidad *“toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”*. En este sentido, ambas actuaciones, realizadas por el abogado y publicitadas en las relaciones entre el abogado y sus clientes, o potenciales clientes, constituyen publicidad para el abogado, esto es, constituyen una actuación mediante la que el abogado pretende promover la contratación de sus propios servicios.

Sin embargo, al menos desde el punto de vista conceptual, y para el mejor análisis de las cuestiones que plantean, los dos supuestos deben examinarse por separado, aunque luego se hagan determinadas precisiones comunes:

- A) Un primer supuesto es aquél en que el abogado utilice la publicidad del Consejo para, en la forma en que considere procedente, incorporarla o utilizarla en su propia publicidad. En este caso, el abogado, aunque no altere el mensaje publicitario del Consejo, lo incorpora a las formas por él designadas para realizar su propia publicidad, para presentarse ante sus clientes. Lo incorpora según su conveniencia a su sistema de presentación o publicidad.

El anunciante (definido en el art. 8 de la Ley General de Publicidad como *“la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad”*) será el propio abogado, aunque el mensaje publicitario este realizado por el Consejo y se refiera de modo directo a los abogados en general y no sólo al abogado que pretende promover la contratación de sus propios servicios.

En relación a este supuesto, y conforme a lo expuesto más arriba, habría de concluirse en que no es conforme a Derecho que un abogado utilice, en su propia publicidad, los anuncios publicitarios realizados por el Consejo General de la Abogacía Española, con su emblema y su nombre, que se han hecho públicos para beneficio de la profesión en general.

Esto es, aunque no altere el mensaje publicitario, y mantenga el nombre y emblema del Consejo General de la Abogacía Española,

no puede un abogado disponer a su conveniencia de la publicidad institucional del Consejo. Ello está vedado, como se ha expuesto más arriba, por el Estatuto General de la Abogacía Española y por el Código Deontológico.

El abogado puede hacer publicidad para promover la contratación de sus servicios, pero ni puede hacer publicidad institucional en beneficio de la profesión de abogado en general, ni puede utilizar en su publicidad el nombre, símbolo o anuncio del Consejo General de la Abogacía Española.

Tal actuación, como se ha dicho, es susceptible de inducir a confusión y puede provocar un aprovechamiento particular de la reputación del Consejo General de la Abogacía Española.

- B) Un segundo supuesto es que el abogado se limite a ser mero distribuidor, en la forma en que determine el Consejo General de la Abogacía Española, de los mensajes publicitarios que realice el Consejo en su publicidad institucional en beneficio de la profesión en general.

En este supuesto, el abogado no utiliza la publicidad, no dispone de ella, sino que se limita a ser mero ejecutor material del sistema de distribución de publicidad organizado y dependiente del Consejo.

En relación a este supuesto debe considerarse que, como se ha dicho más arriba, la publicidad institucional que puede llevar a cabo el Consejo no está limitada legalmente en cuanto a sus medios de distribución, de manera que no se prohíbe que pueda el Consejo decidir distribuir sus mensajes publicitarios mediante los distintos despachos de abogados. Es decir, el Consejo puede valerse de la generalidad de los abogados, como podría valerse de cualquier otro medio de distribución, para hacer publicidad.

Ahora bien, tal forma de distribución sólo sería lícita si está decidida y controlada por el Consejo y si no perturba el funcionamiento y aplicación de las reglas concurrenciales en el mercado de servicios de abogado.

En efecto, el Consejo podría decidir distribuir su publicidad a través de los distintos abogados pero ello exigiría, por un lado, que fuera el Consejo, y no cada uno de los abogados, los que decidieran y organizaran la forma en que se lleve a cabo la distribución de la publicidad; por otro lado, que el Consejo controlase que así se haga por cada uno de los abogados; y, en definitiva, que tal forma de distribución de la

publicidad institucional del Consejo no perturbe el funcionamiento concurrencial del mercado. En este sentido, la forma de distribución de la publicidad debiera ser decidida por el Consejo sin diferenciar entre los abogados, evitando la utilización de la publicidad en beneficio particular de un abogado frente a otro, y evitando que redunde en un mensaje engañoso o de aprovechamiento por un abogado de la reputación ajena.

Ello exige una particular cautela pues es presumible la tendencia a que, en un sistema de concurrencia, cada uno de los agentes tienda a que las actuaciones que realice redunden en promover la contratación de sus propios servicios, y no la de los competidores.

En definitiva, no sería conforme a derecho ni que se ceda la publicidad institucional al abogado que lo solicite, para que este lo incorpore a su propia publicidad en la forma que más le convenga, ni que se ceda la publicidad a los abogados para que estos lo distribuyan a menos que, en este segundo caso, tal forma de distribución material de la publicidad del Consejo responda a una decisión del propio Consejo y se haga de manera que no perturbe la necesaria concurrencia entre todos los abogados, en condiciones de respeto a las reglas de competencia en el mercado.

VII. CONCLUSIONES

Conforme a todo lo expuesto, puede concluirse afirmando que:

1. Los abogados no pueden hacer publicidad utilizando el símbolo o el nombre del Consejo General de la Abogacía Española, ni utilizando los mensajes que hayan sido ya publicitados por el Consejo para la publicidad institucional en beneficio de la profesión en general.
2. Sólo corresponde al Consejo General de la Abogacía Española, a los Colegios y a los Consejos Autonómicos realizar publicidad institucional en beneficio de la profesión en general.
3. El Consejo General de la Abogacía Española puede distribuir su publicidad institucional por cualquier medio y, entre ellos, puede decidir, si así consienten los abogados, distribuir la publicidad institucional a través de los abogados. Pero ello sólo será conforme a Derecho si es el Consejo, y no los abogados que la distribuyen, quien decide y controla la distribución de la publicidad y si ello no perturba la competencia en la prestación de servicios de abogado.

Informe 11/2012

El derecho de los abogados a acceder al contenido de las actuaciones judiciales

I. CONTENIDO SUMARIO DE LAS CUESTIONES ANALIZADAS

Consideración constitucional de la tutela judicial efectiva y la asistencia jurídica de abogado. Necesidad de una Ley Orgánica del Derecho de Defensa que trate esta materia. Acceso a los expedientes administrativos. Definición de interesado. Normativa comunitaria sobre transparencia. Conceptos de intimidación y acceso a datos personales. Acceso a la información en los Registros de la Propiedad y su especial consideración para con los letrados. Valor de la transparencia en el ámbito de la Administración de Justicia. Tratamiento en la LOPJ de la publicidad y el acceso a los expedientes judiciales. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Especial referencia a la no exigencia de ser parte para el ejercicio de este derecho. Hipotética colisión entre el derecho de acceso por letrado y la asistencia jurídica y, por otra parte, la protección de datos personales. Deber de secreto profesional de los abogados y los deberes deontológicos, como partícipes de la Administración de Justicia, impuestos a aquellos normativamente. Límites o cauces para el acceso a la información judicial. Normativa. Referencia específica del Acuerdo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia. El proyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

El derecho de defensa, vinculado a la tutela judicial efectiva, es un derecho fundamental del sistema democrático cuyo reconocimiento constitucional le da un singular valor al constituir no ya uno más sino uno de los ejes relevantes de lo que es un Estado de Derecho donde las garantías jurídicas tienen, sin duda, un gran valor.

Hablar de Estado de Derecho en un contexto judicial cuya práctica no facilita al máximo la labor de quienes han de ejercer la defensa de derechos, libertades e intereses de los ciudadanos, es una contradicción.

Es el artículo 24 de la Constitución (C.E) el que de modo específico lo proclama cuando prescribe:

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

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

Así pues, la efectividad de la asistencia y defensa a través de letrado tiene una clara vinculación con la proclamación del derecho a la tutela judicial de modo tal que si aquella resulta cercenada o constreñida, también ello afectará, sin duda, a la efectividad de la tutela judicial que no puede quedar reducida a una formulación teórica o sino que tiene que ser real y “efectiva”.

Este requisito no se cumpliría si desde los órganos jurisdiccionales se pusieran trabas a las actuaciones que comprende la asistencia por profesional, como claramente es el derecho de acceder los abogados a la documentación judicial de la cual pudiera resultar información necesaria para el ejercicio de sus funciones hacia sus defendidos.

Así, pues, puede considerarse que el artículo 24 de la Constitución consagra un mecanismo esencial —no susceptible de interpretarse restrictivamente, como después se señalará— para que la relación entre el abogado y el ciudadano-cliente esté especialmente protegida por lo que supone de eje fundamental del derecho constitucional de defensa.

No es, pues, el derecho de defensa, con todo el haz de actuaciones que conlleva, una posición privilegiada de unos profesionales sino un derecho fundamental de los ciudadanos los cuales lo ejercen a través de quienes designan para que les defiendan jurídicamente.

Ello tiene la consecuencia de que sólo en supuestos muy estrictos puedan limitarse las posibilidades de actuación de los letrados o igualmente en casos sumamente restringidos, pudiesen incluso cercenarse derechos básicos de los abogados (como pudiera ser el de comunicaciones), pero haciendo también sagradas las posibilidades y mecanismos de defensa y castigando toda intromisión ilegítima en la defensa de este derecho.

Pues bien, al igual que ese supuesto tan excepcional como fue el reciente enjuiciamiento —y condena— de un magistrado por haber promovido y autorizado la intervención telefónica de las comunicaciones de unos abogados con sus clientes, otras manifestaciones del derecho de defensa y, en su caso, sus limitaciones —que han de ser extraordinarias— requieren una concreción legal, una plasmación normativa. Se anticipa así una de las conclusiones que en su momento se recogerán sobre la necesidad —más que conveniencia— de disponer de una Ley Orgánica del Derecho de Defensa.

De este modo, aunque pueda considerarse *prima facie* una cuestión menor del haz de contenidos o manifestaciones del derecho de defensa, el acceso a la información judicial por el abogado es una cuestión de clara trascendencia práctica con una limitada base legislativa. De este modo, a realizarse una búsqueda de criterios interpretativos que permitan ponderar las soluciones más razonables en Derecho en tanto no se elabore la conveniente Ley Orgánica del Derecho de Defensa que aún sin tener un contenido reglamentista, sí que arbitre el contenido esencial y, en su caso, las justificadas limitaciones, de este derecho fundamental.

En este sentido, debe ya destacarse una idea esencial sobre el asunto sometido a informe: que partiendo de la consideración de que se trata de un derecho fundamental, el de defensa —con especial anclaje o conexión con lo que suponen las garantías de un Estado de Derecho según indicamos—, la interpretación en caso de hipotéticas limitaciones ha de ser claramente restrictiva de estas. En todo caso, además de la excepcionalidad, esas restricciones han de responder a criterios de proporcionalidad, ineludible necesidad y razonabilidad. Además, ha de estar fundamentada en Derecho.

Asimismo, hay que apuntar ya aquí una idea que posteriormente desarrollaremos sobre la consolidada doctrina constitucional acerca de la interpretación restrictiva de lo que pueden ser límites para el ejercicio de un derecho fundamental. Si esto es así, el carácter excepcional de las limitaciones en lo que se refiere a su establecimiento por normas legales, aún se debe ser más riguroso cuando esas restricciones vienen producidas en la práctica sin que tengan un anclaje directo en una norma con rango formal de ley.

Sobre esta base, nos podemos ya preguntar si son admisibles en Derecho o si cumplen los requisitos apuntados, las limitaciones que en ocasiones y en la práctica se imponen a los abogados en el acceso a expedientes judiciales.

Este es el objeto y contenido del presente dictamen, aunque no son tratados aquí otras cuestiones diversas aún más complejas en la teoría y difíciles en la práctica referidas al acceso de información que obra en poder de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en cuanto se consideren policía judicial, siendo de facto sumamente difícil, casi imposible, acceder al sumario de atestados. Sobre ello, merece citarse la interesante Instrucción de la Fiscalía General del Estado 8/2004, de 17 de diciembre, con un título ya expresivo referente a “sobre la necesidad de promover el acceso de los letrados de la defensa a las copias de los atestados en las actuaciones ante el juzgado de guardia en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido

de delitos”. Lo mismo, la no inclusión de su análisis aquí por exceder del ámbito del presente informe y su notable dificultad de hacerlo efectivo en la práctica, sería predicable de los archivos de antecedentes policiales o documentos o archivos de los centros Penitenciarios que acaso merecieran un dictamen específico.

Antes de entrar, respecto lo que aquí nos ocupa, el acceso a los documentos judiciales, a examinar las posibilidades que configura la LOPJ, deben reseñarse otros ámbitos en los cuales se contempla el acceso a expedientes.

En el ámbito administrativo, sobre la base del artículo 105 b) de la Constitución, el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), dispone el derecho de los ciudadanos a “conocer en cualquier momento el estado de la tramitación de los procedimientos en que tengan la consideración de interesados y obtener copias de los documentos contenidos en ellos”.

El artículo 31 de esa misma norma, señala quiénes tienen el carácter de interesados, refiriéndolo no solo a quienes promuevan un expediente como titulares de derechos o intereses legítimos sino también “a los que sin haber iniciado el procedimiento tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte”.

Así, en lo que es propiamente Administración, puede observarse cómo la consideración de interesado no está vinculada estrictamente a ser parte de un procedimiento, sino que existe un concepto más amplio.

Asimismo, también en el ámbito administrativo, aunque referido a los documentos tramitados en un expediente ya concluido, el artículo 37.1 de la LRJ-PAC dispone el acceso a los registros y documentos que formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, señalándose en el apartado 5 una serie de prohibiciones y restricciones al acceso y, como limitación genérica, se refiere en el apartado 2 a los documentos que contengan datos sobre la intimidad de las personas.

Como singularidad, debe señalarse que frente a lo que se dispone en el apartado 7 que exige, en principio, una petición individualizada de los documentos que se desean consultar, de ello se exime en esta legislación a algún grupo profesional concreto, como son los investigadores.

De este modo, queremos destacar el hecho de que pudiera existir justificación para dar un tratamiento particular de más accesibilidad a determinados colectivos profesionales, como pudiera ser en el ámbito judicial

a los abogados. Por otra parte, respecto los investigadores, a pesar de la autorización genérica que les concede la ley para acceder a archivos públicos, la práctica es que en algunas instituciones (es el caso de las Cortes Generales) se les dificulta o no facilita este derecho al exigirles una carta de presentación de un parlamentario, un profesor, etc. Y esta práctica y esta mentalidad restrictiva respecto el acceso de profesionales cualificados por su función es la que se está dando en casos diversos en la Administración de Justicia y que da origen a la petición y emisión de este informe.

Con esa referencia que hacemos a la legislación administrativa, se está poniendo de relieve que en lo que se refiere a lo que es el acceso a los registros y archivos, esto es, los expedientes ya terminados, se dispone la limitación de que los que contengan datos sobre la intimidad (entendida como privacidad, según indicaremos), de modo tal que solo les serán accesibles a esas personas (con ello, se puede incluir los datos sanitarios, tributarios, electorales, etc.). En cambio, respecto los procedimientos que estén en marcha, puede observarse que esa condición o limitación no es recogida en el artículo 35 transcrito en el que basta tener la condición de interesado y sin que la existencia de otros que tengan ese carácter impida su ejercicio.

No puede dejar de señalarse la regulación, asimismo, de la normativa comunitaria. Concretamente el Reglamento CE 1049/2001, de 30 de mayo, dispone en su artículo 4.1.b) que:

“Las instituciones comunitarias denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de la intimidad...”.

Asimismo en su apartado 2 se refiere a que:

“Las autoridades denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual, los procedimientos judiciales y asesoramiento jurídico, el objetivo de las actuaciones de inspección, investigación y auditoría, salvo que su divulgación revista un interés público superior”.

Se trae esto a colación por las limitaciones al acceso de datos de la intimidad y que están expuestos en referencia al propósito o riesgo de divulgarlos, lo cual, obviamente, no es el caso, ni el uno ni el otro, del acceso a la información por los abogados.

Debe hacerse en este punto, referencia a lo que es la “intimidad” de las personas que pudiera operar como límite al conocimiento, accesibilidad o disposición de información. Sobre este concepto, puede reconocerse una doble acepción.

Así, en primer lugar una noción más amplia, elaborada por la doctrina anglosajona, vinculada a lo que algunos califican como “privacidad” (aunque el concepto es equívoco desde la LOPD) y que se refiere a una serie de datos que permiten construir un retrato de la personalidad del individuo, a través de elementos relevantes que configuran su propia identidad. Así, en este sentido, sin perjuicio de legislación específica como la referida a sanidad, el artículo 37.2 de la LRJ-PAC, dispone que:

“El acceso a documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a estos...”.

Un segundo nivel o noción de protección es más reducido y se refiere a los documentos que podríamos calificar como “nominativos”, esto es aquellos documentos o informaciones que permiten directa o indirectamente, identificar a las personas a quienes afectan. Sobre ello, el artículo 37.3 del mismo texto legal citado, prescribe que:

“El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del Derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrán ser ejercidos, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo”.

Se plantea así, tal y como sucede en el ámbito de una litis procesal, la posibilidad de existencia en un mismo procedimiento de una pluralidad de interesados de modo tal que estando legitimado uno de ellos, bien por sí, bien a través de su letrado, para conocer de lo que se contiene en aquel, ello no puede quedar afectado por la existencia de otras partes o interesados. O expresado de modo diferente: el hecho de que pueda haber cierta información personal, no impide que otros, igualmente interesados en el asunto, también concurren y puedan acceder a los datos que obren en el expediente para disponer de una información indispensable que a aquellos se refiere y hacer efectivo algo absolutamente legítimo cual es la mejor defensa posible de sus derechos e intereses o de sus representados.

Así como nos hemos referido al acceso a los documentos en un expediente administrativo, hemos de contemplar la doctrina existente sobre el acceso a la información de los libros en los Registros de la Propiedad donde la accesibilidad de los datos que allí constan están sujetos, como es lógico, a unas limitaciones en orden al interés legítimo de quien pretenda tal acceso. En este caso, son particularmente ilustrativos los criterios

emanados de la Dirección General de Registros que particulariza, facilita y extiende el acceso y la publicidad cuando se trata de abogados.

Nos referimos a la doctrina contenida en la Instrucción de 17 de febrero de 1998 de la DGRN. En ésta, hay una parte primera general en la que se expresan reflexiones llenas de lógica:

“Los Registradores deben tomar las medidas necesarias en cada caso para armonizar las facilidades que han de darse a quienes tengan interés conforme a la ley en la obtención de la publicidad registral con la seguridad, integridad y conservación de los libros del registro. Por otro lado, la expresada finalidad de publicidad puede desvirtuarse si no existe interés legítimo en la consulta de los libros registrales. Los Registradores podrán, cuando las circunstancias así lo aconsejen, establecer algún tipo de control de la identidad de los que solicitan la manifestación de los libros del Registro, de manera que quede información de los que, cada día, hayan examinado dichos libros: Los Registradores deberán tomar las precauciones adecuadas para que la facilidad del conocimiento del contenido de los asientos...no se utilice por personas o empresas con falsa apariencia de interés legítimo”.

Pues bien, además de estas consideraciones, es muy interesante por lo que aquí nos interesa, lo que se expresa por la DGRN en otras disposiciones respecto al acceso de la información registral a través de abogado.

Al respecto, en la Resolución-Circular de 12 de junio de 1985 se señala que:

“Podrá dispensarse de la justificación del encargo a profesionales del derecho, oficinas públicas y entidades financieras cuando la información que directamente soliciten se refiera a personas o fincas concretas relacionadas con la legítima actividad de tales profesionales, oficinas o entidades”.

También merece citarse la Instrucción de 5 de febrero de 1987 en la que se dispone que:

“El Registrador podrá dispensar la justificación del interés a las personas o entidades cuando la obtención de la información registral constituya el objeto específico de sus actividades profesionales o sea elemento esencial para su regular desenvolvimiento (profesionales del Derecho)”.

De este modo, puede observarse que, además de la configuración con carácter general del acceso público a la información de los libros del Registro, se refuerza y amplía esa accesibilidad cuando se trata de profesionales del Derecho. Y si esto, señalado en resoluciones y circulares de hace ya varios años, está referido al ámbito de la publicidad del contenido de los libros del Registro de la Propiedad, con mucha mayor razón debería darse a los abogados especiales facilidades cuando esa actuación está referida no

simplemente a un asesoramiento jurídico a su cliente sino que tiene relación con un proceso judicial y, por tanto, a una defensa vinculada a lo que es el artículo 24 de la Constitución.

En el ámbito judicial, el principio de la transparencia tiene especial valor dado el origen de la Justicia la cual “emana del pueblo” (artículo 117.1), el cual es “titular de la soberanía” (artículo 1.2) y a cuyos miembros, los ciudadanos, se les reconocen y garantizan (más que se les atribuyen) una serie de derechos entre los cuales está —y es uno de más fundamentales en un Estado de Derecho— el de defensa y asistencia por letrado (artículo 24). De este modo, se trata de resaltar que en las limitaciones de los poderes públicos, está la consideración de que la legitimación de la justicia y, por tanto, el servicio público que lo encarna, está supeditada a la superior posición de lo que representa el pueblo y los derechos de los ciudadanos.

Por consiguiente, no parece razonable que en el ejercicio de estos derechos, particularmente aquellos que tienen especial conexión con ella, la Administración judicial imponga interpretaciones restrictivas o límites que no son recogidos en las leyes que constituyen precisamente la expresión normativa emanada del único órgano con una legitimidad democrática directa, las Cortes Generales las cuales representan al pueblo español (artículo 67).

La ley fundamental, la Constitución de 1978, establece el principio general de publicidad de las actuaciones procesales, recogiendo este principio en el artículo 120.1 donde se señala que:

“Las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”.

Este principio, que a nuestro parecer, es un corolario del derecho a un proceso público del artículo 24.2, viene desarrollado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, concretamente en los artículos:

232: *“1. Las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento.*

2. Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de derechos y libertades, los Jueces y Tribunales mediante resolución motivada podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todo o parte de las actuaciones”.

234: *“1. Los Secretarios y funcionarios competentes de la Oficina Judicial facilitarán a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas conforme a la Ley. También se expedirán los testimonios en los términos previstos en esta Ley.*

2. Asimismo, las partes y cualquier persona que acredite un interés legítimo tendrá derecho a obtener copias simples de escritos y documentos que consten en los autos no declarados secretos o reservados”.

Esto es lo que establece propiamente la “ley” donde parecen evidentes las limitaciones respecto estos supuestos mencionados pues la publicidad transparente de la investigación judicial en la averiguación de delitos podría quedar frustrada por cualquier actividad perturbadora de esa necesidad —reitero, en esos casos— reserva, estando reiteradamente justificado por el T.C la procedencia del secreto sumarial, aunque no cabe justificar siempre y en todos los casos sin límite el secreto judicial, tal y como ocurre, por ejemplo, si el delito supone un grave peligro para la sociedad.

En todo caso, puede observarse que en la propia LOPJ en los artículos 234 y 235 se refiere a “los interesados”, el artículo 266.1 de “cualquier interesado”, el artículo 270 “de todos los que sean parte en el pleito o causa y también a quienes se refieran o puedan parar perjuicios” y el artículo 279 a “las partes interesadas”.

El mismo concepto amplio de interesado resultante del artículo 31 de la LRJ-PAC en el ámbito administrativo ha de contemplarse en lo que son los procedimientos judiciales donde se reconoce a aquellos idéntica garantía —y aún más debe atribuirse— para poder informarse cuando ese interés en obtener información de un expediente judicial es ejercido a través de un letrado cuya función de “defensa y asistencia” referidas en el artículo 24 de la CE operan, sobre todo la primera, como un plus y es un término amplio que comprende no solo lo que se refiere a las actuaciones procesales orales o escritas en defensa de su cliente ya personado sino también cualquier actuación previa, recabando información que obre o resulte de los expedientes judiciales.

Debe tenerse en cuenta que son escasas las sentencias existentes sobre la materia. Primeramente, la de 3 de marzo de 1995 de la Sala 3^o, Sección 1^a (RJ Aranzadi 1995/2292) aunque es referida al acceso en masa o indiscriminado a los libros de sentencias que una vez extendidas y firmadas por el Juez o por todos los magistrados, serán depositadas en la Secretaría del Juzgado o Tribunal y custodiadas por los Secretarios, permitiéndose a “cualquier interesado” el acceso a las mismas.

Pues bien, sobre ello, el Tribunal Supremo, señala que:

“El interés legítimo que es exigible en el caso solo puede reconocerse en quien, persona física o jurídica, manifiesta y acredita ante el órgano judicial una conexión de carácter concreto y singular bien con el objeto mismo del proceso, bien con alguno de los actos procesales a través de los que aquel se ha desarrollado y que están do-

cumentados en autos. El Tribunal Supremo en este caso rechaza ese acceso general o indiscriminado pretendido por una empresa respecto de sentencias que pudieran afectar a la solvencia patrimonial de las personas sobre las cuales recayó la sentencia”.

Esta sentencia desestimaba, acertadamente, el recurso interpuesto contra el Acuerdo del CGPJ en el que se rechazaban recursos de alzada contra Acuerdos de Salas de Gobierno de los TSJ de Canarias y Castilla-León sobre denegación de acceso al texto de sentencias a una empresa cuyo interés en el acceso se basaba en confeccionar bases de datos, recabados de las sentencias recaídas en procesos civiles, para facilitar a terceros (clientes suyos: bancos y empresas) información sobre solvencia de peticionarios de créditos.

Dicha sentencia, repito que referida a acceso al libro de sentencias en procesos obviamente conclusos, señalaba que:

“El interés legítimo que es exigible en el caso, solo puede reconocerse en quien, persona física o jurídica, manifiesta o acredita, al menos prima facie, ante el órgano judicial, una conexión de carácter concreto y singular bien con el objeto mismo del proceso —y, por ende, de la sentencia que lo finalizó en la instancia—, bien con alguno de los actos procesales a través de los que aquel se ha desarrollado y que están documentados en autos, conexión que, por otra parte se halla sujeta a dos condicionamientos: a) que no afecte a derechos fundamentales de las partes procesales o de quienes de algún modo hayan intervenido en el proceso, para salvaguardar esencialmente el derecho a la privacidad e intimidad personal y familiar, el honor y el derecho a la propia imagen que eventualmente pudiera afectar a aquellas personas; y b) que si una información es utilizada como actividad mediadora, para satisfacer derechos o intereses de terceras personas y en consecuencia adquiere como es el caso, un aspecto de globalidad o generalidad por relación no a un concreto proceso, tal interés se mantenga en el propio ámbito del ordenamiento jurídico y de sus aplicadores, con carácter generalizado, pues otra cosa sería tanto como hacer partícipe o colaborador al órgano judicial en tareas o actividades que, por muy lícitas que sean, extravasan su función jurisdiccional...”.

La información solicitada en ese caso al que se refiere la sentencia transcrita era general y no a un asunto concreto, siendo la finalidad perseguida absolutamente ajena al derecho de defensa y referida exclusivamente a la situación patrimonial de los implicados en el proceso. En este caso, la protección de datos de carácter personal tratada en aquel momento por la primera ley de 1992 y no la actual de 1999, parecía que debía impedir un acceso indiscriminado a datos concernientes la situación patrimonial y de solvencia de personas concretas.

Que la información pretendiese ser dispuesta por una empresa cuyos intereses y finalidades eran ajenos a las partes procesales y valorando la finalidad de la obtención de datos en ese caso concreto, permitió al Tribu-

nal Supremo llegar a la conclusión de que la LOPJ no abre el derecho de información a todos los ciudadanos o al público en general, sino tan solo a los propiamente interesados y no a quienes son ajenos al mínimo interés exigible para tener acceso a información judicial.

Muy diferente es el otro asunto sobre el cual se pronunció el Tribunal Supremo y que tiene clara identidad con lo que aquí analizamos. El caso que vamos a examinar, se refiere no ya al acceso, además por terceros muy extraños a los fines de defensa, a documentos o sentencias ya archivadas, sino a la posibilidad por los abogados de conocer información en un proceso vivo de carácter penal del que no sean parte su defendido o cliente, siendo, pues, una cuestión muy relevante respecto lo que en este informe se trata de analizar.

Se trata de la sentencia dictada por la Sala Tercera, Sección Sexta, de 11 de noviembre de 1997, que resuelve de modo definitivo un recurso interpuesto por el Colegio de Abogados de Córdoba contra un acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de junio de 1991 que mantuvo enalzada el criterio de la Junta de Jueces de esa provincia relativo a la exigencia de personación en actuaciones judiciales penales para que los abogados pudieran tomar conocimiento de las mismas.

La sentencia del Alto Tribunal parte de la consideración de que, además de la declaración específica de secreto de las actuaciones derivada del artículo 302 de la LECrim (secreto de segundo grado o reduplicado, en términos de la sentencia de la Sala Segunda del T.S. de 19 de octubre de 1995), existe una declaración genérica de secreto de las diligencias que no afecta estrictamente a las partes sino a terceros y que tiene su base en el artículo 301.

Sobre este planteamiento, se suscita en la sentencia si esta declaración legal genérica de secreto impide a los interesados recabar información y tomar conocimiento de las actuaciones en la forma que prescribe el artículo 234 de la LOPJ.

Al respecto, es clara e importante la doctrina sentada por el T.S en esta sentencia de la Sala sexta de 11 de noviembre de 1997 cuando señala que:

“El derecho de defensa corresponde a aquellos de los que resulta una imputación en unas diligencias penales o pueden resultar perjudicados por el hecho delictivo (artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), quienes tienen la condición de legítimamente interesados independientemente de que hayan comparecido o no en la causa. Una interpretación adecuada a la condición constitucional de la asistencia del abogado no puede reducir el derecho de defensa a la intervención formal en la causa mediante comparecencia, como acredita el derecho de asistencia al detenido,

que constituye una manifestación concreta y consagrada constitucionalmente de uno de los aspectos del derecho de defensa en el proceso penal que no discurren por el cauce formal de la personación.

En contraposición a ello, no parece que las finalidades del sumario se frustren por el hecho de que la posibilidad de recabar información y de examinar las actuaciones se realice sin necesidad de comparecencia, siempre que el concepto de interesado, reflejado en el artículo 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se interprete en el sentido que se acaba de indicar (extensible a todos los órdenes jurisdiccionales); y específicamente en cuanto al derecho penal, solo se entienda referido al interés propio de la condición de posible imputado, víctima, perjudicado o responsable del hecho investigado y no a intereses ajenos al proceso o al interés que pueda acompañar al ejercicio de la acción popular, que constituye un interés genérico en la defensa de la legalidad que rebasa el interés directo en un proceso concreto que es exigible para la aplicación del artículo 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

No es ajena a esta doctrina la Sala Segunda de este Tribunal. En la sentencia que se acaba de citar (la de 19 de octubre de 1995) se declara que “la apertura de las actuaciones al conocimiento de las partes intervinientes se consagra de manera expresa en el artículo 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que obliga al secretario y personal judicial a dar a los interesados —que pueden no ser parte— la información que soliciten sobre las actuaciones salvo que se hubiesen declarado secretas conforme a la ley”.

Otra cuestión que es necesario analizar es la hipotética colisión entre la accesibilidad por los abogados a la información que obre en los juzgados y, por otro, la protección de datos personales.

Sobre este asunto, primeramente, debe tenerse en cuenta que en un proceso judicial en el que se es parte, los respectivos letrados personados acceden obviamente a toda la información sobre la parte contraria que conste en los expedientes judiciales, sin que a nadie se le pueda ocurrir que la disposición de aquella pudiera afectar a la protección debida de datos de carácter personal que pudiera conocer.

Pues bien, lo mismo es predicable absolutamente respecto aquellos datos que puedan conocer aun sin ser parte constituida procesalmente. Resulta inimaginable pensar que un letrado va a utilizar su status para acceder a información con fines ajenos a su actividad profesional que no es sino la defensa de sus clientes.

Además, los abogados, como agentes colaboradores cualificados de la Administración de Justicia, están sujetos a unas normas específicas cual es el Estatuto General de la Abogacía actualmente vigente y que fue aprobado por R.D. 658/2001, de 22 de junio.

En él, debe comenzar señalándose el valor —no solo individual sino también el corporativo— que supone el juramento de acatamiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y de fiel cumplimiento de las obligaciones y normas deontológicas en la profesión de abogado (artículo 16.1). Junto a ello, el deber fundamental del abogado como partícipe en la función pública de la administración de Justicia de cooperar con ella (artículo 30), debiendo hacerse mención expresa del deber que se impone a los abogados de guardar secreto de todos los hechos que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional (artículo 32), junto a las obligaciones de probidad y lealtad de los abogados para con los órganos jurisdiccionales (artículo 36).

Son, pues, mandatos y límites muy claros fijados en una norma jurídica respecto la actuación profesional de los abogados que son de inexcusable cumplimiento para estos, sin que resulte verosímil que más allá de lo que impone un texto legal, los funcionarios de la Administración de Justicia se imbuyan de desconfianza y recelo respecto las actuaciones profesionales de los letrados cuando acuden a un juzgado recabando información sobre un asunto concreto.

Sobre protección de datos en España rige la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, que según señala su artículo 1:

“Tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas y, especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”.

A continuación se refiere la Ley a su ámbito de protección que es referido a los datos personales que estén registrados en ficheros, algo que evidentemente no es el caso en la cuestión que se analiza en este informe donde los datos de carácter personal a los que podría acceder un letrado son los que resultan de un proceso judicial y que se refieran a la contraparte o las partes —para el caso de que no se hubiese personado— pero no figuran en fichero alguno, sin que sean predicables los mecanismos y derechos básicos de protección articulados en la Ley, esto es: el acceso, modificación, y cancelación de esos datos.

Así pues, nada tiene que ver la protección de datos que viene configurada en la Ley Orgánica antes citada (aunque no toda ella tenga tal carácter) con el hecho de que pudiera invocarse de modo vago o difuso esta supuesta protección de datos como razón para una hipotética negativa a permitir a un letrado acceder a la información que obre en un expediente judicial.

En todo caso, la actuación de un abogado que en el ámbito de un proceso en el cual está ya, o aún no, personado su cliente requiere, lógica e ineludiblemente, poder acceder a una información sobre quienes ya lo estén y así sucederá cualquiera que sea la fase del proceso.

Pues bien, en el caso de que se quiera exacerbar el argumento indicado, se podría plantear una tensión entre el derecho de protección de datos de carácter personal que tiene conexión con el artículo 18 de la Constitución (aunque la Ley Orgánica que lo regula en ningún momento invoca este precepto constitucional ni ningún otro) con lo que es el derecho a la asistencia letrada como manifestación fundamental del derecho de los ciudadanos a obtener la tutela judicial efectiva de los Juzgados y Tribunales contenida en el artículo 24.2 de la Constitución.

Sobre ello, debe partirse del hecho de que la Ley Orgánica 15/1999 posibilita establecer límites para la exigencia de la prestación del consentimiento pues si bien éste es el principio general, el consentimiento del propio interesado para que sus datos obren en poder de otros en ficheros o archivos, se establece la posibilidad de que una norma contemple algo diferente al recoger, después de referirse a la exigibilidad del consentimiento, el inciso “salvo que la Ley disponga otra cosa”.

De ahí puede deducirse que la propia ley contempla que la protección de datos personales puede ceder en los casos en que el legislador considere existen motivos razonables que justifican la necesidad del tratamiento de datos al relevar de las exigencias de observancia de esta ley en lo que se refiere el eje de la disponibilidad de los datos de esta naturaleza: el consentimiento del interesado.

El tratamiento por los profesionales de esos datos a los que acceden tiene base directa en el derecho de todos los ciudadanos a la defensa letrada consagrada en el artículo 24 de la Constitución por lo que, formando parte necesariamente de su actividad profesional es fundamental que puedan acceder y se les facilite el conocimiento de la información que obre en los Juzgados y Tribunales, por lo que debe entenderse que los abogados están habilitados directamente por la configuración constitucional para el tratamiento de los datos que resulten de los expedientes judiciales.

Lo contrario, esto es, entender que sería necesario el consentimiento de la parte contraria, supondría inutilizar absolutamente el derecho de defensa en la medida en que quedaría en manos de la otra parte autorizar el acceso a la información por los letrados, lo cual es impensable y absurdo.

Pero si esto no tendría sentido, tampoco sería razonable que el personal judicial pretendiese asumir una misión de velar con exceso y despropor-

cionado celo por la intimidad de las partes que pueda resultar de los autos, debiendo señalarse, asimismo, que no todo lo que hay en el contenido de los expedientes judiciales forma parte de lo que es propiamente intimidad (en el sentido que calificamos como de privacidad), concepto este que debe quedar reservado para determinados y cualificados datos, aun cuando, como también señalamos, la LOPD no solo protege este concepto tan cualificado de dato personal.

En todo caso, puede señalarse con toda claridad que aunque no se ha suscitado en la jurisprudencia constitucional, el sentido estructural configurador de uno de los pilares de lo que es un Estado Democrático de Derecho que tiene el derecho de defensa y asistencia letrada, engarzado con el derecho a la tutela judicial, hace que en una supuesta colisión de este derecho con el de la intimidad, prevalecería claramente aquel.

Además en este sentido, ya en diversas ocasiones la Agencia de Protección de Datos ha analizado la relación entre lo que es protección de datos y el derecho de defensa y la doctrina que ha establecido es que en principio debe prevalecer el derecho de defensa o dicho de otro modo, el derecho de defensa puede habilitar un tratamiento de datos sin necesidad de un consentimiento.

Desde un enfoque diverso, podría suscitarse qué efectos produciría la restricción de cualquiera de los derechos respecto su virtualidad. En este sentido consideramos que pretender hacer una interpretación expansiva y desmesurada del derecho a la protección de datos personales en relación con la actividad profesional de los abogados y su acceso a la información judicial privaría absolutamente de valor al derecho de asistencia letrada y, por ende, a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional el criterio recogido, entre otras, en la sentencia 186/2000, de 10 de julio, en la que se señala que:

“El derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, permitiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquel haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho”.

Esas limitaciones han sido reconocidas expresamente o supeditadas, por ejemplo, al deber de colaboración con la Administración tributaria o al ejercicio del derecho a la información y en el mismo sentido, aunque el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre la colisión de ambos derechos, todo hace pensar dada la configuración del artículo 24 en el di-

seño constitucional del sistema del modelo de Estado, esto es, un plus más a lo que es ya un derecho fundamental.

En todo caso, la protección de datos personales, lo cierto es que en ocasiones se distinguen (aunque no lo hace la Ley especial) dos planos, tal y como antes anticipamos. El primero, basado en la doctrina anglosajona que le hace asimilable como “privacidad” que configuran un cierto retrato de la personalidad del individuo y cuyo nivel de protección (en la LRJ-PAC es el artículo 37.2) es, claramente intenso aunque no signifique absoluto. El otro plano es más reducido y se refiere a los considerados “documentos nominativos” a los cuales es predicable el artículo 37.3 LRJ-PAC antes transcrito, donde indudablemente se amplía las posibilidades de acceso a estos documentos. También la LOPD, aún protegiendo todos los datos, íntimos o no, particulariza respecto los datos sensibles o especialmente protegidos (artículo 7) un régimen más riguroso de protección. No obstante, también hay que advertir que en ocasiones se ha criticado la falta de cohesión entre esta Ley y la LOPD.

Lo señalado en cuanto a la protección de los datos personales no puede suponer que, igual que aludíamos anteriormente a límites en otros derechos, se pueda afirmar que el derecho de publicidad en el ámbito judicial como presupuesto del derecho de acceso a los expediente judiciales sea ilimitado, aun cuando estén basados en el artículo 24 de la Constitución, pues acaso puede requerir ciertos cauces que estén fijados por normas jurídicas.

Si, como se ha señalado, la única limitación contemplada en la LOPJ se refiere a aquellos casos en que el sumario haya sido declarado secreto (con derivaciones como los casos en que existan personas especialmente protegidas), pero no se contempla, ni siquiera a modo de remisión a otras normas o abriendo la puerta a otros supuestos, la existencia de más supuestos donde pueda restringirse ese acceso.

En todo caso, la propia Ley Orgánica del Poder Judicial configura al Secretario Judicial como el responsable del tratamiento de los datos contenidos en la documentación que se produce en la Secretaría de la que es titular, ostentando la jefatura directa del personal de la misma, sin perjuicio de la superior dirección de Jueces y presidentes (artículo 473.2).

Tras la LOPJ, se dictó inicialmente, por lo que aquí nos interesa, el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales que, en general, era una reiteración, en materia de publicidad, de lo que establecía ya la LOPJ, siendo casi su única innovación la contenida en el artículo 4 en la medida en que se diseñaba el cauce o

procedimiento para el acceso a las actuaciones judiciales en curso o ya conclusas.

Dicho Reglamento ha sido sustituido por el actualmente vigente Acuerdo de 15 de septiembre de 2005 del Consejo General del Poder Judicial plasmado en el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

De este texto, interesa destacar el principio recogido en el artículo 2 donde se señala que:

“1. Los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición testimonio o certificación que establezca la Ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 235 de la ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Tendrán carácter reservado las actuaciones Judiciales que sean o hayan sido declaradas secretas de conformidad con lo dispuesto en las leyes procesales, así como aquellas otras cuya publicidad pudiera afectar a derechos, principios y valores constitucionales”.

Referido el artículo siguiente al acceso a las sentencias, lo señalado en el artículo transcrito, debe ser completado con dos preceptos seguidos cuyo alcance no resulta bien precisado, como son los artículos 4 y 5.

En el primero se dispone que:

“1. Corresponde a los Secretarios de la Oficina Judicial facilitar a los interesados el acceso a los documentos judiciales a los que se refieren los dos artículos anteriores.

2. Quienes estén interesados en acceder a los documentos a que hacen referencia los dos artículos anteriores, presentarán la solicitud por escrito en la Secretaría del órgano judicial, precisando el documento o documentos cuyo conocimiento se solicita y exponiendo la causa que justifica su interés. La solicitud será resuelta en el plazo de dos días mediante acuerdo del Secretario de la unidad de la Oficina judicial en que se encuentre la documentación interesada, quien deberá valorar si el solicitante justifica su interés, la existencia de derechos fundamentales en juego y la necesidad de tratar los documentos a exhibir o de omitir datos de carácter personal en los testimonios o certificaciones a expedir, en caso de que el solicitante no justifique un interés personal y directo, de manera que se salvaguarde el derecho a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen de los afectados por la resolución judicial. Si accediere a lo solicitado expedirá el testimonio o la certificación que proceda o exhibirá la documentación de que se trate, previo tratamiento de datos de carácter personal.

3. Sin perjuicio de lo establecido en las leyes de procedimiento, el acuerdo denegatorio del Secretario Judicial será revisable por el Juez o Presidente a petición del interesado, que lo deberá solicitar en el plazo de tres días desde la correspondiente notificación. Si transcurridos dos días desde la solicitud no hubiera recaído acuerdo expreso del Secretario, ni se hubiese expedido el testimonio o certificación solicitados ni realizada tampoco la exhibición de que se trate, se entenderá que la petición ha sido denegada y, en su consecuencia, el interesado podrá ejercitar ante el Juez o Presidente el derecho de revisión mencionado anteriormente. Contra el acuerdo del Juez

o presidente se podrán interponer los recursos establecidos en el Reglamento número 1/2000, de 26 de julio, de los órganos de Gobierno de Tribunales”.

Por su parte, el artículo 5 dispone:

“Los Secretarios y funcionarios competentes de la Oficina judicial facilitarán a las partes interesadas y a cuantos manifiesten y justifiquen un interés legítimo y directo, cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas conforme a la Ley.

La información se facilitará en términos claros y asequibles cuando las partes o interesados que la soliciten no sean profesionales del Derecho...

Los Secretarios expedirán las certificaciones o los testimonios de las actuaciones judiciales no declaradas secretas ni reservadas a las partes que se soliciten, con expresión de su destinatario y fin para el cual se solicitan, con sujeción, en su caso, a los criterios establecidos en el artículo 4.2 de este Reglamento.

Los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa expedirán, con conocimiento del Secretario Judicial y, a costa del interesado, copias simples de escritos y documentos que consten en autos no declarados secretos ni reservados”.

Por cierto, entre estos últimos, sin perjuicio de referirse a aquellos autos declarados secretos, hay otros supuestos en los que se restringe mediante norma legal el acceso, como es el caso de lo contemplado en el artículo 1826 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dispone que los datos identificadores de los acogedores se mantengan reservados frente a los padres biológicos del menor acogido, en la línea de lo contemplado en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que impone un deber de reserva a las autoridades y personas que por su profesión intervengan en asuntos de menores, preservando su intimidad y evitando en sus actuaciones toda interferencia innecesaria en la vida del menor (artículos 9.2 y 13.3).

En todo caso, volviendo a los artículos transcritos del Reglamento de 2005 y sin perjuicio de lo que enseguida se señalará, debe advertirse una cierta duplicidad o complejidad en cuanto a diferenciar las actuaciones a las que se refiere, salvo que como criterio delimitador, se entienda que el artículo 5 se refiera a la pretensión, más limitada, de información “sobre el estado de las actuaciones judiciales”.

Particularmente respecto a este Reglamento 1/2005, debe hacerse una referencia crítica en cuanto parece desconocer las reformas operadas con carácter general por la Ley Orgánica 19/2003 toda vez que a la vista de lo dispuesto en el artículo 235 de la LOPJ, parece establecerse una cierta reserva legal en la regulación y desarrollo de esta materia sin que la potestad reglamentaria asumida por el CGPJ en la aprobación de este Reglamento

—y otros— tenga el adecuado valor para dar cobertura jurídica normativa suficiente a la regulación que contiene en el asunto que estamos analizando en este dictamen.

En este sentido, aún cuando se quedó a medio camino en lo que aquí nos interesa, no puede dejar de mencionarse la Ley 18/2011 cuyo artículo 6.2.a) dispone el derecho de los Abogados a:

“Acceder y conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean representantes procesales de la parte pesonada, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y en las leyes procesales”.

Con ello, sin perjuicio, del limitado alcance y referido solo a los asuntos en que ya esté constituido como parte en un proceso, lo que queremos destacar es la remisión a la LOPJ y leyes procesales, pero no otro tipo de normas con rango insuficiente.

Por otra parte hay que advertir que, tras la sentencia del Tribunal Supremo 11 de noviembre de 1997 antes expuesta que consagró un criterio abierto en cuanto al acceso, además del Reglamento que acabamos de señalar del CGPJ, en algún órgano gubernativo del ámbito judicial se han dictado reglas que siguen, en la línea de este último texto, esas mismas pautas que, con un criterio en cierto modo burocrático y restrictivo, constriñen en la forma el modo de hacer efectivo para los abogados el derecho de acceso que estamos examinando.

En este sentido debe destacarse la Instrucción sobre información acerca del estado o el contenido de los pronunciamientos judiciales de fecha 18 de junio de 2007 de la Secretaría de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Esta Instrucción tiene la finalidad comprensible y loable de que ante la diversidad de criterios seguidos en cada Juzgado o Tribunal, se unifiquen los criterios y las formas de que se lleve a cabo ese derecho a acceder.

Se aprovechaba la rendija de que frente al criterio general ampliamente abierto respecto este derecho según recoge la sentencia mencionada, anulando el criterio de la Sala de Gobierno del TSJ de Andalucía relativo a la exigencia de personación en actuaciones judiciales para que los abogados pudieran tener conocimiento de las mismas, esta misma resolución del TS expresaba que:

“no se ha planteado y por ello no debe examinarse la cuestión relativa al modo de acreditar el abogado la representación de su cliente y el interés de este ni el pro-

cedimiento concreto con arreglo al cual puede solicitarse y acordarse el examen de las actuaciones conforme a lo dispuesto en el artículo 234 de la LOPJ”.

Así pues, nadie discute, ni siquiera los propios abogados ejercientes, que el importantísimo derecho de acceder a expedientes judiciales, como parte inescindible del derecho de defensa y, por ende, de la tutela judicial efectiva, no es tampoco (al igual que señalábamos antes a propósito de la protección de datos personales vinculada al derecho a la intimidad) un derecho absoluto en cuanto a la forma sino que puede tener su lógica el hecho de que se fijen unos criterios claros en orden al modo de hacerlo efectivo, siempre y cuando, según anteriormente apuntamos, estas pautas, respondan a criterios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad y basamento legislativo suficiente.

No es claro que el acuerdo del TSJ de Valencia que inmediatamente señalamos vaya en esta última línea sino que siguiendo la estela del Reglamento del CGPJ de 2005, tenga junto a la ya apuntada loable intención de fijar pautas comunes y de homogeneización para todos los órganos jurisdicciones en esa Comunidad Autónoma y la clarificación de criterio, tenga, junto a esto, una visión bastante burocrática mucho más centrada en resaltar y acentuar las funciones de los Secretarios Judiciales (que nadie discute) en orden a la custodia de documentos que de dar o reconocer el valor constitucional que tiene el derecho de defensa que realizan los abogados. Y ello, reiteramos, sin negar en modo alguno el positivo valor de esta función homogeneizadora ni tampoco, por supuesto, las funciones que corresponden a las Secretarías de Gobierno respecto todos los Secretarios Judiciales de ese ámbito jurisdiccional ni en el gubernativo.

En todo caso, antes de señalar cómo este Acuerdo del TSJ de Valencia aborda desde un punto de vista práctico este asunto, hay que destacar algo loable recogido en el contenido, concretamente en el punto III, y que se refiere a un reconocimiento del interés que en determinadas diligencias pudieran tener las compañías aseguradoras a la hora de configurarla como interesada, lo cual en algún tribunal de otras comunidades había sido en algún caso sido cuestionado o al menos no facilitado en la práctica.

Al respecto, se señala que:

“Especial referencia ha de hacerse a las compañías aseguradoras a quienes la legislación impone el cumplimiento puntual de sus obligaciones, estableciendo importantes consecuencias económicas en caso de retraso o que ostenten derechos como el de subrogarse (en cuanto a la acción civil exclusivamente) en la posición del asegurado al que, en virtud de contrato, haya satisfecho cantidades que este podrá haber recibido, como perjudicado, en el seno del proceso penal. Estas cuantías con-

ducen a entender que tales compañías gozan de la condición de interesado respecto los procedimientos en los que entran en juego tales obligaciones, coberturas o relaciones contractuales”.

Por lo demás, el Acuerdo que estamos comentando, incide en la línea del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial, dejando muy claro que la petición de quien no es parte en un proceso debe seguir el trámite del artículo 4 del citado Reglamento: solicitud motivada presentada en la Secretaría del órgano judicial ante la que el Secretario Judicial, apreciando el interés adecuado, resolverá mediante acuerdo de naturaleza gubernativa.

Al efecto, es muy expresivo el contenido de las conclusiones de este Acuerdo del TSJ valenciano donde se ordena que la petición de acceso se realice por escrito facilitándose un “formulario oficial”; se prescribe que “los Srs. Secretarios tratarán que toda solicitud sea resuelta en el plazo más breve posible”, o que “se intentará evitar que el ciudadano tenga que acudir personalmente como consecuencia de la misma petición en más de una ocasión al Juzgado o Tribunal” o la regla de que “Los Sres. Secretarios procurarán que la información sea resuelta de forma expresa”.

El carácter notablemente vago de los deberes de “los Srs. Secretarios” en el Acuerdo que estamos analizando, se ve agravado por los verbos que se emplean respecto lo que deberían ser obligaciones firmes: “tratarán”, “se intentará” o “procurarán”, lo cual es una manifestación de un planteamiento no ya solo celosamente corporativo sino también de una mentalidad muy poco adecuada para los tiempos actuales.

Además de lo expuesto, hay otras conclusiones referidas específicamente a los abogados, procuradores y graduados sociales (a los cuales se refiere conjuntamente dándoles el mismo tratamiento ignorando las funciones cualificadas constitucionalmente de los abogados). Pues bien, con respecto a estos tres grupos de profesionales, aunque graciamente se les exime de la exigencia de presentar los documentos notariales del apoderamiento de sus clientes, sí que se requiere la aportación “del documento del que resulte el encargo o relación con la persona en quien concurra la condición de interesado”.

Asimismo, se prescribe que “Se les podrá pedir ratificación si el documento suscita dudas razonables” (lo cual no es sino una desconfianza sobre la ética de los abogados), para concluir limitando el acceso, al prescribir que “Se facilitará por los Sres. Secretarios que la información se facilite de forma verbal...de los extremos procedentes y que resulten necesarios” afirmando que “la exhibición íntegra solo [procederá] cuando se justifique

por el solicitante que es imprescindible para el ejercicio adecuado de sus derechos”.

En esta posición crítica que estamos haciendo, debe hacerse mención del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2005 por el que se aprueba el Plan de Transparencia Judicial, señalando entre sus objetivos, “Mejorar el acceso a la información sobre la actividad judicial... (y) de alcanzarse este objetivo a través de, al menos, de las siguientes herramientas: articular un sistema razonable de acceso de profesionales y ciudadanos a la información sobre el estado en que se encuentran los procedimientos”.

Sobre estos planteamientos de “mejorar” el acceso y la articulación de un sistema “razonable” es lo que nos podríamos preguntar si este tipo de Acuerdos como el del TSJ de la Comunidad Valenciana o la práctica seguida en Juzgados diversos en otras Comunidades, van en esa línea de transparencia, accesibilidad, publicidad, reconocimiento de lo que representa la abogacía como colaboradores de la Justicia, el derecho de asistencia jurídica y tutela judicial y lo que es una Administración judicial moderna que responda a planteamientos constitucionales comprometidos.

En este sentido, se señala el mandato a los órganos de la abogacía a nivel colegial de velar por los medios legales a su alcance para que se remuevan los impedimentos de cualquier clase que se opongan a la intervención en derecho de los abogados, según dispone el artículo 7.1 del Estatuto General de la Abogacía y, entre ellos, a la vista de lo que acontece y que se analiza aquí, a propósito de las limitaciones que en la práctica suceden en algunos casos cuando se pretende por los abogados el acceso a la información judicial.

Por ello, el análisis de ese tema lleva, como una razón más y como ya se anticipó al comienzo de este dictamen, a la necesidad de que se aborde la elaboración y aprobación de una Ley Orgánica del Derecho de Defensa donde se aborde esta manifestación de lo que supone una interpretación y aplicación conformes a la Constitución del alcance, dentro de la asistencia y defensa mediante abogado y la tutela judicial efectiva, del acceso por estos profesionales a la información que obre en expedientes judiciales.

Por último, debe asimismo, hacerse mención a dos instrumentos que tienen relación con el asunto que estamos examinando.

El primero se refiere a la denominada “Carta de Derechos de los ciudadanos ante la justicia” que fue aprobada por unanimidad de los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados, con la forma de proposición no de ley, el 16 de abril de 2002. Pues bien, sin perjuicio de la sugerencia manifestada ya en alguna ocasión en orden que su contenido debería con-

vertirse en ley y así ser más vinculante para sus aplicadores, los Tribunales, y más exigible por los ciudadanos, debe destacarse que en ella se hace referencia a la transparencia.

En efecto, en el punto primero, bajo el epígrafe, “Una justicia moderna y abierta a los ciudadanos” se refiere a “Una justicia transparente”. Sobre ello nos interesa particularmente aludir a los puntos 4 y 5. Así se expresa que “El ciudadano tiene derecho a conocer el contenido y estado de los procesos en los que tenga interés legítimo de acuerdo con lo dispuesto en las leyes procesales” y que “Los interesados tendrán acceso a los documentos, libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado”.

El otro instrumento a tener en cuenta —y en este caso especialmente— es un texto normativo recientemente presentado en el Congreso de los Diputados: el “Proyecto de la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno” publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de septiembre de 2012. Pues bien, dejando a un lado otras consideraciones críticas ajenas a lo que aquí particularmente nos interesa, hay que tener en cuenta que no solo se refiere a la propiamente y de modo usual se conoce como transparencia sino también, como señala el propio texto de la norma, “al derecho de acceso a la información pública”.

En todo caso, conviene tener en cuenta la limitación de su alcance pues al fijar el ámbito de aplicación de la ley no aparece recogido en el artículo 2º la “Administración de Justicia” sino únicamente, como aspecto relacionado con el ámbito judicial, el CGPJ, dejando pues a un lado lo que se refiere a la actividad jurisdiccional, la cual, con los límites ya expresados en este informe, no puede a nuestro parecer quedar absolutamente al margen (en la medida en que este proyecto dice que es un avance del concepto) de la transparencia ni, como manifestación de ella, el acceso a la información judicial sin perjuicio de que desde un punto de vista técnico sea pudiese ser fijado más bien por la LOPJ.

No puede dejar de advertirse que resulta curioso observar como en el artículo 11 del proyecto de ley, a propósito de los límites del derecho de acceso a la información, se dispone que ello (la restricción al acceso) puede operarse cuando ello suponga un perjuicio para “...f) la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva”. Sobre ello, no se alcanza a comprender bien el sentido de lo expresado dado que a los procesos judiciales no les afecta el ámbito de aplicación de la ley.

En todo caso, sí que consideramos importante destacar que, dado su reducido ámbito de aplicación de la Ley (según el proyecto), se considera oportuno que desde Abogacía Española, Consejo General, se promueva

(vía Ministerio de Justicia y/o Grupos parlamentarios) la introducción de una enmienda que haga referencia a la regulación de esta materia y principios (que se dicen renovados aunque en realidad no sean de modo muy limitado) en materia judicial, aprovechando a realizar una referencia a los abogados.

En este sentido, sería aprovechable la Disposición adicional primera, referida a “Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública” o bien una nueva propia y exclusiva que declarase algo así como “El Gobierno en el plazo de seis meses remitirá a las Cortes Generales la plasmación legislativa de los principios de esta ley y del fortalecimiento de la transparencia y acceso a la documentación al ámbito procesal de la Administración de Justicia, facilitando este derecho, con los límites constitucionalmente indispensables, tanto a los ciudadanos como, de modo particular, a los profesionales que ejercen funciones de asistencia y defensa jurídica reconocidas en el artículo 24 de la Constitución vinculadas a la tutela judicial efectiva”.

II. CONCLUSIONES

1. El derecho de defensa y asistencia de abogado forma parte del contenido amplio de la tutela judicial efectiva cuya proclamación constitucional le configura no solo como un derecho fundamental sino también como uno de los pilares de lo que es un Estado democrático de Derecho.
2. Las limitaciones de lo señalado en el párrafo precedente han de tener una base normativa con rango de ley y han de responder a principios de ineludible necesidad, proporcionalidad y racionalidad.
3. La noción amplia de “interesado” y las facilidades para éstos en el acceso a información resultante de un expediente administrativo debe ser contemplado como pauta a seguir en los diversos sectores de la acción pública, como la Administración de Justicia.
4. La doctrina de la Dirección General de Registros establece un criterio facilitador de información, disponiendo un tratamiento favorecedor a los letrados desde la consideración a su función, dispensándoles de justificar el interés de quienes representan.
5. Especial valor debería tener la transparencia y publicidad en el ámbito de la Justicia, cuyo origen es el “pueblo”, titular, a su vez de la soberanía en base a la cual se consagra un sistema de derechos

fundamentales donde la asistencia letrada y la tutela judicial tienen un especial valor.

6. Los abogados son profesionales cuya actuación ha de estar presidida por su consideración como partícipes-colaboradores cualificados de la Administración de Justicia y, particularmente, el deber de secreto profesional, la probidad y lealtad para con los órganos jurisdiccionales.
7. La invocación de la supuesta protección de datos de carácter personal como argumentación contraria a facilitar el acceso a la información, debe destacarse que en una supuesta tensión entre el derecho a la intimidad, esta cede ante el valor la asistencia y defensa letrada y la tutela judicial efectiva.
8. De la configuración del derecho de acceso a la información judicial que hace una norma con rango de ley como la LOPJ, no se infiere (salvo para las actuaciones secretas) la previsión de límites para el ejercicio de este derecho-función por los abogados.
9. La regulación algo más casuística y limitativa de un derecho fundamental viene hecha por un Acuerdo del CGPJ y, aún más, por la práctica de algunos Juzgados y Tribunales sobre argumentaciones diferentes y nada precisas.
10. Cierto es que resulta conveniente clarificar y homogeneizar criterios, si bien deben impugnarse aquellos Acuerdos tomados por algún TSJ que responden a planteamientos restrictivos del acceso a la información judicial y, particularmente, del que se hace por abogados.
11. Para lo anterior debe recordarse la legitimación y el deber que corresponde a los órganos de los Colegios de Abogados de “velar por los medios legales a su alcance para que se remuevan los impedimentos de cualquier clase que se opongan a la intervención en derecho de los abogados...” (artículo 7.1 del Estatuto de la Abogacía), entre ellas, el acceso a la información judicial para una adecuada asistencia y defensa de sus defendidos.
12. A fin de evitar aplicaciones restrictivas de estos derechos, resulta necesario insistir en la necesidad de la aprobación de una Ley Orgánica del Derecho de Defensa donde pueda precisarse una correcta interpretación y configuración constitucional del acceso de los abogados a la información judicial.

13. Podría resultar conveniente aprovechar la tramitación parlamentaria actual del “Proyecto de ley de transparencia, acceso a información pública y buen gobierno” para introducir un mandato para subrayar en el ámbito de la Administración de Justicia, a recoger en la LOPJ, las ideas expresadas en el presente informe a propósito de transparencia y accesibilidad y un alcance más amplio y actual de estos conceptos.

Informe 12/2012

Requisitos necesarios que deben cubrir los secretarios, interventores y tesoreros de Administración Local para incorporarse a los Colegios de Abogados tras la entrada en vigor del nuevo régimen jurídico sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales

I. ANTECEDENTES

Ha sido trasladada a esta Comisión Jurídica la cuestión planteada por el Consejo General de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local acerca de los requisitos que les resultan exigibles a estos funcionarios para incorporarse a los Colegios de Abogados tras la entrada en vigor de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales (Ley de Acceso) y del Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales (Reglamento de Acceso).

En especial, se tratará la cuestión relativa a la interpretación que debe darse a la previsión contenida en el inciso inicial de la disposición adicional tercera, apartado 2, de la Ley de Acceso, cuyo tenor literal es el siguiente:

“2. Los funcionarios públicos que hayan accedido a un cuerpo o escala del grupo A en su condición de licenciados en Derecho estarán exceptuados de obtener el título de abogado o el título de procurador de los tribunales a los efectos descritos en el artículo 1 de esta Ley, siempre que desempeñen funciones de asistencia letrada o asesoramiento jurídico. También estarán exceptuados quienes hayan ingresado en el Cuerpo de Letrados de las Cortes Generales, en alguno de los cuerpos de letrados de las asambleas legislativas autonómicas, en la Carrera Judicial, en la Carrera Fiscal, en el Cuerpo de Secretarios Judiciales, o en alguno de los cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas en su condición de licenciados en Derecho”.

La disposición transcrita se refiere a los funcionarios públicos que reúnan tres requisitos:

- a) que hayan accedido a un cuerpo o escala del grupo A,
- b) que hayan accedido en su condición de licenciados en Derecho;
- c) que desempeñen funciones de asistencia letrada o asesoramiento jurídico.

Las razones que justifican la incorporación a la Ley de Acceso de la citada previsión se contienen —bien es verdad que con escaso grado de detalle— en las siguientes frases de su Exposición de Motivos:

“Asimismo, se ha resuelto la cuestión de aquéllos que ejercen el Derecho desde otra función para cuyo desempeño han superado pruebas selectivas acreditativas de capacitación jurídica, respecto de los cuales carecería de sentido someterlos a un proceso formativo y a una evaluación reiterativa si deciden pasar a desempeñar la abogacía o la procura”.

Los objetivos que pretende cumplir la Ley de Acceso son suficientemente bien conocidos y han generado un debate público intenso. No es éste el momento de detenernos en ellos. Tan sólo nos interesa analizar la situación peculiar en que se encuentran los Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, en cuanto funcionarios que pretenden dedicarse en algún momento de su vida al ejercicio profesional de la abogacía.

Tampoco vamos a detenernos en otros casos diferentes en que se pueden encontrar estos funcionarios. Es decir, si han estado colegiados en cualquier Colegio de Abogados con anterioridad en algún momento y en qué circunstancias o si se pueden colegiar sin apelar a la disposición adicional tercera.

II. FUNCIONARIOS DE ADMINISTRACIÓN LOCAL DEL GRUPO A

Nos venimos refiriendo a un grupo muy específico de funcionarios, como son los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter estatal y en este apartado del informe nos interesa atender al cumplimiento por parte de éstos del primero de los requisitos antes citados, esto es, tratarse de funcionarios que hayan accedido a un cuerpo o escala del grupo A.

En principio, la referencia a este grupo de clasificación profesional del personal funcionario de carrera no ha experimentado modificación tras la aprobación del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) por la Ley 7/2007, de 12 de abril. Según su art. 76:

“Los cuerpos y escalas se clasifican, de acuerdo con la titulación exigida para el acceso a los mismos, en los siguientes grupos:

Grupo A, dividido en dos Subgrupos A1 y A2.

Para el acceso a los cuerpos o escalas de este Grupo se exigirá estar en posesión del título universitario de Grado. En aquellos supuestos en los que la Ley exija otro título universitario será éste el que se tenga en cuenta.

La clasificación de los cuerpos y escalas en cada Subgrupo estará en función del nivel de responsabilidad de las funciones a desempeñar y de las características de las pruebas de acceso”.

La otra norma esencial del EBEP es su disposición adicional segunda, dedicada a los “*Funcionarios con habilitación de carácter estatal*”. Dispone lo siguiente en cuanto nos interesa para el presente informe:

“1. Funciones públicas en las Corporaciones Locales:

1.1. Son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a funcionarios, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería.

1.2. Son **funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación de carácter estatal:**

a) **La de secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.**

b) El control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación.

2. La escala de funcionarios con habilitación de carácter estatal se subdivide en las siguientes **subescalas:**

a) **Secretaría a la que corresponde las funciones contenidas en el apartado 1.2.a).**

b) **Intervención-tesorería** a la que corresponde las funciones contenidas en el apartado 1.2.b).

c) **Secretaría-intervención a la que corresponde las funciones contenidas en los apartados 1.2.a) y 1.2.b), salvo la función de tesorería.**

Los funcionarios de las subescalas de secretaría e intervención-tesorería estarán integrados en una de estas dos categorías: entrada o superior.

3. La creación, clasificación y supresión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter estatal corresponde a cada Comunidad Autónoma, de acuerdo con los criterios básicos que se establezcan por ley.

4. La convocatoria de la oferta de empleo, con el objetivo de cubrir las vacantes existentes de las plazas correspondientes a los funcionarios a que se refiere el apartado 1.2, corresponde a las Comunidades Autónomas. Asimismo es de competencia de las Comunidades Autónomas la selección de dichos funcionarios, conforme a los títulos académicos requeridos y programas mínimos aprobados reglamentariamente por el Ministerio de Administraciones Públicas. Las Comunidades Autónomas publicarán las convocatorias de las pruebas selectivas de los funcionarios con habilitación de carácter estatal en sus Diarios Oficiales y las remitirán al Ministerio de Administraciones Públicas para su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Las Comunidades Autónomas remitirán la relación de funcionarios nombrados por las mismas al Ministerio de Administraciones Públicas para que éste proceda

a acreditar la habilitación estatal obtenida y a su inscripción en el correspondiente registro.

A estos efectos, **en el Ministerio de Administraciones Públicas existirá un registro de funcionarios con habilitación de carácter estatal en el que deberán inscribirse los nombramientos efectuados por las Comunidades Autónomas, situaciones administrativas, tomas de posesión, cese, y cuantas incidencias afecten a la carrera profesional de dichos funcionarios. Este registro integrará las inscripciones practicadas en los registros propios de las Comunidades Autónomas.**

Los funcionarios habilitados están legitimados para participar en los concursos de méritos convocados para la provisión de los puestos de trabajo reservados a estos funcionarios en las plantillas de las Entidades Locales.

(...)"

Conforme prevé el art. 22.2 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, de régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, "a efectos de lo establecido en el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y de conformidad con la titulación exigida para su obtención, **las distintas subescalas en que se estructura la habilitación de carácter nacional quedarán integradas en el grupo A**".

Los Grupos de clasificación existentes a la entrada en vigor del EBEP han quedado integrados de forma automática en los Grupos de clasificación profesional de funcionarios previstos en el artículo 76 del EBEP, de acuerdo con las siguientes equivalencias:

Subgrupo A1:

- Subescala de Secretaría, categorías de entrada y superior.
- Subescala de Intervención-Tesorería, categorías de entrada y superior.
- Subescala de Secretaría-Intervención, Grupo A.

Subgrupo A2:

- Secretarios-Interventores a extinguir en el Grupo B.

En consecuencia, nos encontramos con funcionarios del grupo A, por lo que se cumpliría el primero de los requisitos necesarios para que se apliquen las previsiones de la disposición adicional tercera, apartado 2, de la Ley de Acceso.

III. FUNCIONARIOS QUE HAN ACCEDIDO A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN SU CONDICIÓN DE LICENCIADOS EN DERECHO

El segundo requisito visto anteriormente se refería a que estos funcionarios hubieran accedido a la función pública en su condición de Licenciados en Derecho.

Pues bien, el art. 169.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local dispone lo siguiente:

“Hasta tanto se dicten las normas reglamentarias previstas en el artículo 100.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, la selección de los funcionarios a que se refiere el número anterior se ajustará a las siguientes reglas:

a) **El ingreso en la Subescala Técnica se hará por oposición libre y se precisará estar en posesión del título de Licenciado en Derecho**, en Ciencias Políticas, Económicas o Empresariales, Intendente Mercantil o Actuario.

No obstante, se reservarán para promoción interna el 25 por 100 de los puestos de trabajo para Administrativos de la propia Corporación que posean la titulación indicada, cuenten, como mínimo, con cinco años de servicios en la Subescala de procedencia y superen las pruebas selectivas correspondientes”.

La norma reglamentaria que regula la materia es el ya citado anteriormente Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, cuyo art. 22.1 determina cuáles son los títulos académicos precisos para poder participar en las pruebas selectivas y acceder a alguna de las Subescalas del grupo A en que se integran los funcionarios con habilitación de carácter estatal. Lo hace de la siguiente manera:

“1. Para participar en las pruebas selectivas los aspirantes deberán estar en posesión, en el momento en que termine el plazo de presentación de instancias, de alguno de los siguientes títulos académicos:

a) **Subescala de Secretaría: Licenciado en Derecho**, Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración, Licenciado en Sociología.

b) **Subescala de Intervención-Tesorería: Licenciado en Derecho**, Licenciado en Administración y Dirección de Empresas, Licenciado en Economía, Licenciado en Ciencias Actuariales y Financieras.

c) **Subescala de Secretaría-Intervención: Licenciado en Derecho**, Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración, Licenciado en Sociología, Licenciado en Administración y Dirección de Empresas, Licenciado en Economía, Licenciado en Ciencias Actuariales y Financieras”.

En el caso de estos funcionarios, la norma que regula los títulos habilitantes para participar en las pruebas selectivas relaciona títulos específicos. No se trata de una mención genérica a encontrarse en posesión del título de Licenciado (o ahora de Graduado). Tampoco se limita la posibilidad a

un solo título para cada Subescala. Ahora bien, en todos los supuestos se menciona el título académico de Licenciado en Derecho.

En idéntico sentido se pronuncia la Orden APU/450/2008, de 31 de enero, por la que se aprueban los títulos académicos y programas mínimos requeridos para el acceso a las Subescalas en que se estructura la Escala de funcionarios con habilitación de carácter estatal (BOE de 25 de febrero de 2008). Su apartado segundo, relativo a las titulaciones prevé lo siguiente:

“1. Para participar en las pruebas selectivas a las subescalas en que se estructura la Escala de funcionarios con habilitación de carácter estatal, los aspirantes deberán estar en posesión, en el momento en que termine el plazo de presentación de instancias, de alguna de las siguientes titulaciones:

a) Subescala de Secretaría: Licenciado en Derecho, Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración, Licenciado en Sociología o el título de Grado correspondiente.

b) Subescala de Intervención-Tesorería: Licenciado en Derecho, Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración, Licenciado en Sociología, Licenciado en Administración y Dirección de Empresas, Licenciado en Economía, Licenciado en Ciencias Actuariales y Financieras o el título de Grado correspondiente.

c) Subescala de Secretaría-Intervención: Licenciado en Derecho, Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración, Licenciado en Sociología, Licenciado en Administración y Dirección de Empresas, Licenciado en Economía, Licenciado en Ciencias Actuariales y Financieras o el título de Grado correspondiente.

2. Los aspirantes con titulaciones obtenidas en el extranjero deberán acreditar que están en posesión de la correspondiente convalidación o de la credencial que acredite, en su caso, la homologación”.

En consecuencia, la disposición adicional tercera, apartado 2, de la Ley de Acceso, en cuanto se refiere expresamente a los *“funcionarios públicos que hayan accedido a un cuerpo o escala del grupo A en su condición de licenciados en Derecho”* será aplicable a los Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local —funcionarios con habilitación de carácter estatal— que hayan alegado precisamente su titulación de Licenciado en Derecho para presentarse a las pruebas selectivas. En ese sentido debe entenderse naturalmente el inciso *“en su condición de licenciados en Derecho”* antes transcrito.

El carácter limitativo que tiene indudablemente la disposición adicional tercera, que establece una excepción a las reglas generales de acceso a la profesión de abogado (y procurador), impone una interpretación estricta en cuanto a que habrá de ser el título de Licenciado en Derecho (o el de Grado, como veremos seguidamente) el alegado para presentarse a las pruebas selectivas.

La jurisprudencia es constante en el sentido de que cuando nos encontramos ante normas que establecen excepciones a una regulación general, su interpretación ha de ser, cuando menos, estricta.

Ya hemos visto que las normas aplicables permiten basarse en otros títulos académicos para participar en las pruebas selectivas. Sin embargo, si es uno de esos otros títulos el alegado, faltará la premisa para la aplicación de la disposición que venimos analizando y, aun cuando esos funcionarios sean a su vez Licenciados en Derecho, no podrán gozar de la exención que la norma prevé.

IV. APLICACIÓN A LOS GRADUADOS

La Ley de Acceso toma como base tanto las titulaciones existentes en el momento de su publicación, como las nuevas titulaciones surgidas tras la implementación en nuestro país del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES), que giran sobre el grado y el postgrado (máster y doctorado), de ahí que en su art. 2.1 se haga referencia tanto al título de Licenciado en Derecho como al de Grado que lo sustituya:

*“Tendrán derecho a obtener el título profesional de abogado o el título profesional de procurador de los tribunales **las personas que se encuentren en posesión del título universitario de licenciado en Derecho, o del título de grado que lo sustituya** de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 88 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades y su normativa de desarrollo y que acrediten su capacitación profesional mediante la superación de la correspondiente formación especializada y la evaluación regulada por esta Ley”.*

Sin embargo, la disposición adicional tercera, apartado 2, que venimos analizando, se refiere tan sólo a los Licenciados en Derecho (*“Los funcionarios públicos que hayan accedido a un cuerpo o escala del grupo A **en su condición de licenciados en Derecho** estarán exceptuados de obtener el título de abogado o el título de procurador de los tribunales a los efectos descritos en el artículo 1 de esta Ley, siempre que desempeñen funciones de asistencia letrada o asesoramiento jurídico”*).

Esta aparente contradicción debe ser salvada y ya podemos anticipar que, por supuesto, habrá de interpretarse en sentido favorable a los funcionarios que hayan accedido a un cuerpo o escala del grupo A en su condición también de Graduado en Derecho o —como indica el art. 2.1.a) del Reglamento de Acceso— como poseedores de otro título universitario de Grado equivalente que reúna los requisitos establecidos en el artículo 3 del propio Reglamento de Acceso, al que nos referiremos seguidamente.

Bien es verdad que tras la incorporación de la nueva disposición adicional octava a la Ley de Acceso por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (disposición final cuarta de ésta última), la referencia a Licenciado en Derecho pierde ya gran parte de su sentido. Dispone la nueva norma que:

“Los títulos profesionales que se regulan en esta Ley no serán exigibles a quienes obtengan un título de licenciado en Derecho con posterioridad a la entrada en vigor de la misma, siempre que en el plazo máximo de dos años, a contar desde el momento en que se encuentren en condiciones de solicitar la expedición del título oficial de licenciado en Derecho, procedan a colegiarse, como ejercientes o no ejercientes”.

Bastará pues que todos los Licenciados en Derecho se colegien en un plazo de dos años, incluso como no ejercientes, para que los requisitos de la Ley de Acceso no les resulten aplicables. Es obvio que los funcionarios de grupo A podrán no colegiarse en ese plazo y alegar en su momento que cumplen los requisitos de su específica disposición adicional tercera. Ahora bien, tras la reforma operada con la Ley de Mediación, lo cierto es que la Ley de Acceso queda en la práctica limitada en su aplicación a los Graduados, pero no a los Licenciados en Derecho.

Esta circunstancia abona la interpretación mantenida acerca de que la disposición adicional tercera debe extenderse no sólo a los funcionarios que accedieron en base a un título de Licenciado, sino también de Graduado, ya sea en Derecho, ya uno que cumpla los requisitos del art. 3 del Reglamento de Acceso, esto es:

“1. Los títulos universitarios de grado a que se refiere la letra a) del artículo 2 deberán acreditar la adquisición de las siguientes competencias jurídicas:

a) Conocer y comprender los elementos, estructura, recursos, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico e interpretar las fuentes y los conceptos jurídicos fundamentales de cada uno de los distintos órdenes jurídicos.

b) Conocer y comprender los mecanismos y procedimientos de resolución de los conflictos jurídicos, así como la posición jurídica de las personas en sus relaciones con la Administración y en general con los poderes públicos.

c) Conocer y saber aplicar los criterios de prelación de las fuentes para determinar las normas aplicables en cada caso, y en especial el de la conformidad con las reglas, los principios y los valores constitucionales.

d) Interpretar textos jurídicos desde una perspectiva interdisciplinar utilizando los principios jurídicos y los valores y principios sociales, éticos y deontológicos como herramientas de análisis.

e) Pronunciarse con una argumentación jurídica convincente sobre una cuestión teórica relativa a las diversas materias jurídicas.

f) Resolver casos prácticos conforme al Derecho positivo vigente, lo que implica la elaboración previa de material, la identificación de cuestiones problemáticas, la

selección e interpretación del dato de Derecho positivo aplicable y la exposición argumentada de la subsunción.

g) Manejar con destreza y precisión el lenguaje jurídico y la terminología propia de las distintas ramas del derecho: Redactar de forma ordenada y comprensible documentos jurídicos. Comunicar oralmente y por escrito ideas, argumentaciones y razonamientos jurídicos usando los registros adecuados en cada contexto.

h) Utilizar las tecnologías de la información y las comunicaciones para la búsqueda y obtención de información jurídica (bases de datos de legislación, jurisprudencia, bibliografía, etc.), así como herramientas de trabajo y comunicación.

2. La Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación o los órganos de evaluación de las comunidades autónomas a que se refiere el artículo 24.3 del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, incluirán, en su caso, en el informe de evaluación que emiten en el procedimiento de verificación del correspondiente plan de estudios, la acreditación del cumplimiento de las exigencias previstas en el apartado anterior.

3. Se entenderá que cumplen los requisitos previstos en el apartado primero los títulos universitarios de grado que a la entrada en vigor de este reglamento hayan obtenido, de conformidad con lo establecido los artículos 24 y 25 del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, resolución de verificación positiva del Consejo de Universidades con la denominación de Graduado en Derecho”.

La disposición adicional tercera de la Ley de Acceso no es una disposición transitoria o de Derecho *intertemporal*, sino que produce sus efectos para el futuro y con carácter indefinido tras la entrada en vigor de la norma. Por ello debe ser interpretada en la forma más adecuada para que produzca efectos y, en este sentido, la extinción de los títulos de Licenciado en Derecho impone que las previsiones de la disposición se extiendan a los títulos que los sustituyen, esto es, los de Grado en Derecho y aquéllos otros para los que el Reglamento de Acceso prevé efectos análogos.

V. FUNCIONARIOS QUE DESEMPEÑEN FUNCIONES DE ASISTENCIA LETRADA O ASESORAMIENTO JURÍDICO

Éste es el último requisito que establece la disposición adicional tercera de la Ley de Acceso: que se desempeñen funciones de asistencia letrada o asesoramiento jurídico.

El Real Decreto 1174/1987 determina en su art. 1.1 que son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones Locales:

- La de secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.

- El control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación.

En los arts. 2 a 6 va desglosando en qué consisten esas funciones preceptivas: función de fe pública (art. 2), función de asesoramiento legal preceptivo (art. 3), función de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria (art. 4), función de tesorería (art. 5) y función de contabilidad (art. 6).

De todas ellas, tan sólo las funciones recogidas en el art. 3 pueden considerarse en verdad como específicas de asesoramiento jurídico, si bien podría añadirse alguna de las recogidas en el art. 2. Conviene recordar lo que disponen tales preceptos:

“Artículo 2.

La función de fe pública comprende:

La preparación de los asuntos que hayan de ser incluidos en el orden del día de las sesiones que celebren el Pleno, la Comisión de Gobierno decisoria y cualquier otro órgano colegiado de la Corporación en que se adopten acuerdos que vinculen a la misma, de conformidad con lo establecido por el alcalde o presidente de la Corporación y la asistencia al mismo en la realización de la correspondiente convocatoria, notificándola con la debida antelación a todos los componentes del órgano colegiado (...).

Levantar acta de las sesiones de los órganos colegiados referidos en el apartado a y someter a aprobación al comienzo de cada sesión el de la precedente. Una vez aprobada, se transcribirá en el libro de actas autorizada con la firma del Secretario y el visto bueno del Alcalde o Presidente de la Corporación.

(...).”

“Artículo 3.

La función de asesoramiento legal preceptivo comprende:

La emisión de informes previos en aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de Concejales o Diputados con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubiere de tratarse el asunto correspondiente. Tales informes deberán señalar la legislación en cada caso aplicable y la adecuación a la misma de los acuerdos en proyecto.

La emisión de informe previo siempre que se trate de asuntos para cuya aprobación se exija una mayoría especial. En estos casos, si hubieran informado los demás jefes de servicio o dependencia u otros asesores jurídicos, bastará consignar nota de conformidad o disconformidad, razonando esta última, asumiendo en este último caso el firmante de la nota la responsabilidad del informe.

La emisión de informes previos siempre que un precepto legal expreso así lo establezca.

Informar, en las sesiones de los órganos colegiados a que asista y cuando medie requerimiento expreso de quien presida, acerca de los aspectos legales del asunto que se discuta, con objeto de colaborar en la corrección jurídica de la decisión que haya de adoptarse. Si en el debate se ha planteado alguna cuestión sobre cuya lega-

lidad pueda dudarse podrá solicitar al Presidente el uso de la palabra para asesorar a la Corporación.

Acompañar al Presidente o miembros de la Corporación en los actos de firma de escrituras y, si así lo demandaren en sus visitas a autoridades o asistencia a reuniones, a efectos de asesoramiento legal”.

Las funciones recogidas en los otros tres artículos antes enumerados se refieren a materias económico-financiera y contable, suponiendo desde un punto de vista estrictamente jurídico mera aplicación de normas.

Junto a lo anterior debe hacerse mención expresa al otro supuesto citado en la disposición adicional tercera de la Ley de Acceso, esto es, que se desempeñen funciones de asistencia letrada. Con esta expresión se hace referencia a la actuación ante los Tribunales. En el caso de los letrados de Entidades locales, la regla general será la de su previa colegiación, por lo que la disposición adicional tercera carecerá de aplicación práctica a este supuesto.

Conviene, no obstante, recordar las previsiones del artículo 544.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (“*La colegiación de los abogados y procuradores será obligatoria para actuar ante los juzgados y tribunales en los términos previstos en esta Ley y por la legislación general sobre Colegios profesionales, salvo que actúen al servicio de las Administraciones públicas o entidades públicas por razón de dependencia funcional o laboral*”).

En cualquier caso, no merece la pena detenerse en este punto, toda vez que la norma es clara en cuanto a que los funcionarios que hayan accedido a un cuerpo o escala del grupo A en su condición de licenciados en Derecho y realicen funciones de asistencia letrada están exentos de los requisitos específicos que impone la Ley de Acceso y tendrán derecho a colegiarse en cualquier momento. Y esta norma es aplicable por supuesto a los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter estatal.

Un último punto que debe tratarse en este apartado es el relativo al alcance de la expresión “*siempre que desempeñen funciones de asistencia letrada o asesoramiento jurídico*” en lo que respecta al ámbito temporal del desempeño de esa función.

Los términos utilizados parecen referirse a un ejercicio de la función de asistencia letrada o asesoramiento jurídico en el momento en que se pretenda hacer valer el derecho o con carácter muy próximo en el tiempo. No bastaría así con que se hubieran ejercido en un momento anterior o en varios a lo largo de la vida funcional del interesado.

Siendo esto correcto, lo cierto es que habrán de tenerse en cuenta las vicisitudes del funcionario y las diferentes situaciones administrativas en que

puede encontrarse, debiendo prevalecer la labor desarrollada por el funcionario en cualquier situación en que se encuentre en el momento inmediato anterior a ejercer su pretensión de exención de la obligación de obtener el título de abogado, con la consiguiente excepción de las obligaciones introducidas por la Ley de Acceso. Si la situación en que se encuentra el funcionario es la de servicios especiales o análoga, podrá también atenderse al trabajo desarrollado en su último puesto en situación de activo.

Con base en todo lo expuesto a lo largo del presente informe, podemos ahora proponer las siguientes:

VI. CONCLUSIONES

Primera. La disposición adicional tercera, apartado 2, de la Ley de Acceso introduce una excepción a la necesidad de obtener el nuevo título profesional de abogado o que afecta a los funcionarios públicos que hayan accedido a un cuerpo o escala del grupo A en su condición de licenciados en Derecho, siempre que desempeñen funciones de asistencia letrada o asesoramiento jurídico.

Segunda. Los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter estatal se encuentran entre los afectados por la excepción, siempre que cumplan con todos los requisitos. A saber:

- a) que hayan accedido a un cuerpo o escala del grupo A,
- b) que hayan accedido en su condición de licenciados en Derecho; y
- c) que desempeñen funciones de asistencia letrada o asesoramiento jurídico.

Tercera. Cumplen el primer requisito por cuanto las distintas subescalas en que se estructura la habilitación de carácter nacional quedarán integradas en el grupo A.

Cuarta. Para participar en las pruebas selectivas a las subescalas en que se estructura la Escala de funcionarios con habilitación de carácter estatal se requiere estar en posesión de alguno de los títulos académicos normativamente exigidos, entre los que se encuentra el de Licenciado en Derecho. En consecuencia, se cumplirá el segundo requisito cuando hayan alegado precisamente su titulación de Licenciado en Derecho para presentarse a las pruebas selectivas.

Quinta. Como quiera que las normas aplicables permiten basarse en otros títulos académicos para participar en las pruebas selectivas, si es un tí-

tulo distinto al de Derecho el alegado, faltará la premisa para la aplicación de la disposición y, aun cuando esos funcionarios sean a su vez Licenciados en Derecho, no podrán gozar de la exención que la norma prevé.

Sexta. La extinción de los títulos de Licenciado en Derecho impone que las previsiones de la disposición se extiendan a los títulos que los sustituyen, esto es, los de Grado en Derecho y aquéllos otros para los que el Reglamento de Acceso prevé efectos análogos.

Séptima. El tercer requisito se cumplirá en todo caso por quienes ejerzan funciones públicas de secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.

Octava. También se cumplirá por los funcionarios que desempeñen funciones de asistencia letrada, entendiéndose por tal la actuación ante los Tribunales.

Novena. La función de asistencia letrada o asesoramiento jurídico debe ejercerse en el momento en que se pretenda hacer valer el derecho o con carácter muy próximo en el tiempo, debiendo prevalecer la labor desarrollada por el funcionario en cualquier situación administrativa en que se encuentre cuando ejercite su pretensión. No obstante, si la situación en que se encuentra es la de servicios especiales o análoga, podrá también atenderse al trabajo desarrollado en su último puesto en situación de activo.

