

Funciones y responsabilidades del delegado de protección de datos / Fijación de honorarios de abogado en la tasación de costas / "Compliance officer", la intervención del abogado como responsable de cumplimiento normativo / Obligaciones de transparencia de los Colegios de Abogados / La defensa ante los Tribunales Supremos de Francia / Estatus de los reservistas voluntarios de las Fuerzas Armadas y prestación del Servicio de Asistencia Jurídica Gratuita / La invocación de las libertades de circulación y otras normas del derecho de la UE en las situaciones puramente internas

INFORMES 2017

COMISIÓN JURÍDICA
DEL CONSEJO GENERAL DE
LA ABOGACÍA ESPAÑOLA



Abogacía
Española
CONSEJO GENERAL

INFORMES 2017

**Comisión Jurídica del
Consejo General de la Abogacía Española**

INFORMES 2017

Comisión Jurídica
Consejo General de la Abogacía
Española



tirant lo blanch

Valencia, 2018

Copyright ® 2018

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 donde están recogidos todos los Informes públicos y www.tirant.com (<http://www.tirant.com>).

© CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELEFONO: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-1698-2018
ISBN: 978-84-9190-341-3
IMPRIME: RODONA Industria Gráfica, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

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

Prólogo. Generando instrumentos de calidad para el conocimiento del ordenamiento jurídico y la práctica profesional.....	11
---	-----------

LA FIGURA DEL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS: ABOGADOS Y ABOGACÍA

(INFORME 8/2017)

1. INTRODUCCIÓN.....	13
2. ANTECEDENTES DEL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS	19
3. RÉGIMEN DEL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS.....	22
3.1. Régimen general del delegado en el RGPD y en el Proyecto de LOPD.....	22
3.2. Designación	24
3.3. Cualificación y acreditación de requisitos	27
3.4. Posición del delegado de protección de datos.....	32
3.5. Funciones y responsabilidad.....	34
4. EL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS Y CONSEJOS.....	37
4.1. Designación del delegado de protección de datos	37
4.2. Los Colegios y Consejos y la formación de los delegados de protección de datos	40
5. CONCLUSIONES.....	43

LA FIJACIÓN DE HONORARIOS DE ABOGADO EN EL PROCEDIMIENTO DE TASACIÓN DE COSTAS

(INFORME 2/2017)

1. OBJETO DE ESTE INFORME.....	47
2. OBJETO, COMPETENCIA, LEGITIMACIÓN ACTIVA Y TIEMPO EN QUE PUEDE INSTARSE LA TASACIÓN DE COSTAS	48
3. CUESTIONES QUE DEBEN EXAMINARSE Y DECIDIRSE EN EL PROCEDIMIENTO DE TASACIÓN DE COSTAS EN RELACIÓN A LOS HONORARIOS DE ABOGADO.....	51
3.1. Requisitos formales de la solicitud de tasación de costas en relación a los honorarios de abogado.....	52
3.2. Circunstancias determinantes de la impugnación de la tasación de costas por indebidas.....	56
3.3. Circunstancias determinantes de la cuantía de los honorarios. En particular, la cuantía del asunto	61
4. LA CONDENA EN COSTAS EN EL PROCEDIMIENTO DE TASACIÓN DE COSTAS.....	71
5. CONCLUSIONES.....	73

**LA INTERVENCIÓN DEL ABOGADO COMO RESPONSABLE DE
CUMPLIMIENTO NORMATIVO “COMPLIANCE OFFICER”**

(INFORME 5/2017)

1. OBJETO DEL INFORME	75
2. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LOS MODE- LOS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PENALES	76
3. LAS FUNCIONES DEL “COMPLIANCE OFFICER”	81
4. SINGULARIDADES ANejas A LA PRESENCIA DEL ABOGADO COMO “COM- PLIANCE OFFICER”	83
5. CONCLUSIONES	90

**ACTUALIZACIÓN DEL INFORME 2/2014 SOBRE LAS OBLIGACIONES DE
TRANSPARENCIA DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS**

(INFORME 4/2017)

1. NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA DE TRANSPARENCIA	91
2. BREVE ANÁLISIS DE LA NORMATIVA AUTONÓMICA EN MATERIA DE TRANSPARENCIA ACTIVA EN RELACIÓN CON LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO	94
3. RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. GUÍA DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DIRI- GIDA A LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y DEMÁS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO	98
4. ANÁLISIS EN PARTICULAR DE LA NECESIDAD DE PUBLICACIÓN DE LAS RETRIBUCIONES DE LOS MÁXIMOS RESPONSABLES DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES	103
5. CONCLUSIONES	108

LA DEFENSA ANTE LOS TRIBUNALES SUPREMOS FRANCESES

(INFORME 1/2017)

1. DESCRIPCIÓN	111
1.1. Una composición restringida y escogida	112
1.1.1. Una profesión en régimen de numerus clausus	112
1.1.2. Un riguroso sistema de acceso	116
1.2. Una misión fundamental y exclusiva: la representación y asesoramiento en los procesos de casación	118
1.2.1. La extensión del monopolio	118
1.2.2. El ámbito de actuación no monopolística	122
1.2.3. La especialización en la casación, fundamento de su legitimidad	124
1.2.4. La asistencia jurídica gratuita	125
2. LA EVOLUCIÓN DEL MODELO	128
2.1. Las exigencias de la igualdad de armas	128
2.1.1. El sistema no vulnera el artículo 6.1 de la Convención de Roma, según el TEDH	128
2.1.2. Algunas diferencias de trato, en la práctica, pueden existir	130
2.1.3. La solución hasta el momento explorada	132

2.2. Las exigencias de la libre competencia.....	133
2.2.1. Un mercado de características atípicas	133
3. CONCLUSIONES.....	136

**EL ESTATUS DE LOS RESERVISTAS VOLUNTARIOS DE LAS FUERZAS
ARMADAS EN RELACIÓN CON LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE
ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA**

(INFORME 6/2017)

1. INTRODUCCIÓN.....	139
2. EL ESTATUS DE LOS RESERVISTAS VOLUNTARIOS.....	140
2.1. Los reservistas voluntarios y su contribución a la Defensa Nacional	140
2.2. Reclutamiento y formación de los reservistas voluntarios	144
2.3. El estatuto del reservista en período de activación	147
2.4. El régimen indemnizatorio y retributivo	157
3. EL ESTATUS DE LOS ABOGADOS ADSCRITOS A LOS SERVICIOS DE ASIS- TENCIA JURÍDICA GRATUITA.....	159
3.1. La configuración de la Asistencia Jurídica Gratuita como servicio público: el derecho a la tutela judicial efectiva	159
3.2. Los Colegios de Abogados y la organización del servicio	162
3.3. Los abogados: el ejercicio privado de funciones públicas y el desempeño del Turno de Oficio	164
3.4. Las indemnizaciones que reciben los abogados adscritos al Turno de Ofi- cio	169
4. LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL TURNO DE OFICIO Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO RESERVISTA VOLUN- TARIO.....	174
5. CONCLUSIONES.....	180

**DERECHO DE LA UE Y LAS SITUACIONES PURAMENTE INTERNAS O
SOBRE CUÁNDO, EN UN LITIGIO NACIONAL, PUEDEN INVOCARSE LAS
LIBERTADES DE CIRCULACIÓN Y OTRAS NORMAS DEL DERECHO DE LA
UNIÓN**

(INFORME 7/2017)

1. EL CONCEPTO DE SITUACIONES PURAMENTE INTERNAS	185
1.1. Funcionalidad.....	185
1.2. Definición	187
2. LAS EXCEPCIONES.....	190
2.1. El problema de las “discriminaciones a la inversa”	190
2.2. Una primera solución: la interpretación restrictiva del concepto de “situación puramente interna”.....	193
2.3. Las excepciones creadas por la jurisprudencia para casos en los que todos los elementos se circunscriben al interior de un Estado miembro.....	194
3. CONCLUSIONES: EL PAPEL DEL JUEZ NACIONAL Y LA CONTRIBUCIÓN DEL ABOGADO	208

INFORMES 2011	213
INFORMES 2012	215
INFORMES 2013	217
INFORMES 2014	219
INFORMES 2015	221
INFORMES 2016	223

Prólogo

Generando instrumentos de calidad para el conocimiento del ordenamiento jurídico y la práctica profesional

Un año más se publica una selección de los informes que ha elaborado la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española. Y de nuevo se tratan, con detenimiento y calidad, temas de interés para el ejercicio profesional de la abogacía, ya sean cuestiones relacionadas con materias novedosas, ya sean aproximaciones a aspectos puntuales de cuestiones de larga tradición para la abogacía y su organización colegial.

En los diversos capítulos de esta obra es posible encontrar el examen de cuestiones de notable incidencia, en el presente y en el futuro, para la profesión, como son la implantación del conocido como Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y la progresiva extensión del denominado cumplimiento normativo.

La Abogacía Española, aun cuando el mencionado Reglamento General no lo imponga, considera que la regulación que contiene del delegado de protección de datos (DPO o DPD en sus siglas en inglés) es una clara oportunidad para los profesionales de la abogacía, dado que el conocimiento del derecho de protección de datos y de la práctica en la materia son, sin duda, predicables de nuestros colegiados, sin desmerecer el papel que pueden tener otros profesionales. Pero no puede dudarse de la relevancia de nuestra profesión, cuando de lo que se trata es de lograr la garantía del derecho fundamental a la protección de datos.

Y del mismo modo entendemos la progresiva ampliación del sistema de raíz anglosajona de cumplimiento normativo, sobre todo en la vertiente penal. La Abogacía Española considera que la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, inaugurada por nuestro legislador en 2010 y reforzada en 2015, exige que las entidades incluidas en su ámbito de aplicación se doten de un sistema de cumplimiento en el que los abogados han de tener un papel principal, pues se trata de las consecuencias penales de la actividad de la persona jurídica, es decir, una cuestión de interpretación jurídica y derecho de defensa que se imbrican de manera natural en el ejercicio de la abogacía.

En esta sexta edición de los Informes de la Comisión Jurídica, se analizan por tanto cuestiones de notable interés para la profesión, a las que pueden añadirse el examen de la interrelación existente entre el sistema de asistencia jurídica gratuita y el régimen de los reservistas de las Fuerzas Armadas, donde se analiza la posible compatibilidad de la prestación de este servicio tan fundamental para la defensa de los derechos de los ciudadanos con menos recursos y la condición de reservista. O la revisión de los trabajos de la propia Comisión Jurídica sobre la aplicación de la Ley 19/2013 de transparencia a los Colegios de Abogados, que merecen reflexiones adicionales a medida que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y los órganos judiciales avanzan en la fijación de criterios de interpretación y aplicación de dicha norma. También se ha emitido un informe sobre la fijación de honorarios en la tasación de costas, tema de permanente actualidad y reflexión.

Además de lo anterior, y junto al análisis de la figura del delegado de protección de datos, se examinan otras cuestiones del Derecho de la Unión Europea que son de e interés para la profesión.

De un lado, se analizan los últimos pronunciamientos jurisdiccionales sobre las denominadas “situaciones puramente internas”, es decir, aquellas que por no tener relación con el Derecho Europeo implican la imposibilidad de plantear cuestión prejudicial y excluyen la competencia del Tribunal de Justicia. Se exponen las implicaciones de sus últimas decisiones, de las que cabe deducir una ampliación del ámbito de dichas situaciones internas, con las consiguientes implicaciones que ello tiene en la tutela de determinadas situaciones en el ámbito de la Unión Europea. De otro lado, se examina el peculiar régimen de actuación ante los tribunales supremos franceses, régimen de acceso restringido para determinados profesionales en el país vecino, que cuenta con el amparo del Derecho Europeo y de las autoridades francesas de competencia.

Como puede deducirse por el listado de temas tratados, la Comisión Jurídica sigue ofreciendo un acercamiento amplísimo a los asuntos de interés para la abogacía, generando instrumentos de altísima calidad para el conocimiento del ordenamiento jurídico y la práctica profesional.

Victoria Ortega Benito

Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española

La figura del delegado de protección de datos: abogados y abogacía

(Informe 8/2017)

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES DEL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS. 3. RÉGIMEN DEL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS. 3.1. Régimen general del delegado en el RGPD y en el Proyecto de LOPD. 3.2. Designación. 3.3. Cualificación y acreditación de requisitos. 3.4. Posición del delegado de protección de datos. 3.5. Funciones y responsabilidad. 4. EL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS Y CONSEJOS. 4.1. Designación del Delegado de Protección de Datos. 4.2. Los Colegios y Consejos y la formación de los Delegados de Protección de Datos. 5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El 4 de mayo de 2016 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo 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 por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Según establece su artículo 99, el Reglamento (a partir de ahora Reglamento o RGPD) entró en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE y será aplicable a partir del 25 de mayo de 2018. Al tratarse de un Reglamento y no de una Directiva tiene, como todo Reglamento de la Unión Europea, un alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro (art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Como señala el Considerando 1 del Reglamento “La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental. El artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (‘la Carta’) y el artículo 16, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establecen que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan”. El considerando 4 recuerda que “El tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad” y el 10 señala que “Para garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas y eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales dentro de la Unión, el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas por lo que se refiere al trata-

miento de dichos datos debe ser equivalente en todos los Estados miembros. Debe garantizarse en toda la Unión que la aplicación de las normas de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos de carácter personal sea coherente y homogénea”.

Con el Reglamento, que pretende impulsar una mayor seguridad jurídica y armonizar en la Unión Europea las normas relativas a la protección de datos de carácter personal, se produce un cambio sustancial de modelo de protección de datos, que ahora opta por la responsabilidad proactiva (*accountability*) y la aproximación a la protección de datos basada en el riesgo. Lo que exige a los responsables y encargados de tratamientos un notable esfuerzo de adaptación a ese nuevo modelo, que será plenamente aplicable, como antes se ha señalado, el 25 de mayo de 2018. Por ello es imprescindible llamar la atención de los Consejos, Colegios, abogados y despachos de abogados acerca de la importancia que tiene el nuevo marco normativo, que se verá completado por la futura y nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, a cuyo Proyecto, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, se hará también referencia en el presente Informe¹.

Las novedades del modelo que diseña el Reglamento europeo se proyectan al menos en dos direcciones. Por un lado en cuanto al modelo normativo de la protección de datos, que de estar fundamentado en una Directiva (la 95/46/CE) y en las normas nacionales de trasposición (en España la Ley Orgánica 13/1999, de 15 de diciembre, de Protección de Datos, LOPD) pasa a sustentarse en un Reglamento europeo (que, de acuerdo al artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tiene, como todos los Reglamentos, un alcance general y es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro) y en normas nacionales de adaptación, que necesariamente han de tener un contenido más limitado que las de trasposición, tal como sucede con el Proyecto de nueva LOPD a la que acaba de hacerse referencia. Esto implica que será necesario tener muy en cuenta lo que establece el Reglamento, cuyas disposiciones, con carácter general, ni pueden ni deben ser repetidas por los legisladores nacionales. La segunda proyección del nuevo modelo de

¹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, nº 13-1, de 24 de noviembre de 2017. El Anteproyecto de Ley fue publicado por el Ministerio de Justicia el 7 de julio de 2017: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428461386?blobheader=application%2Fpdf&blobheadervalue=attachment%3B+filename%3DAPLO_Proteccion_Datos_Caracter_Personal_Texto.PDF

protección de datos se manifiesta en la propia configuración del cumplimiento del derecho a la protección de datos. Como se señalaba más atrás la responsabilidad proactiva y la aproximación basada en el riesgo cobran ahora un muy relevante protagonismo, de modo que los responsables y encargados deberán tomar medidas que les permitan demostrar que cumplen con el nuevo Reglamento (y las normas de adaptación). En este sentido el artículo 24 del RGPD es capital, al señalar que “teniendo en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento así como los **riesgos** de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento **aplicará** medidas técnicas y organizativas **apropiadas** a fin de **garantizar y poder demostrar** que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento”. Es decir, de un modelo basado en parte en el cumplimiento de requisitos formales (como la inscripción de los ficheros) se pasa a otro en el que los responsables y encargados deberán tomar decisiones que les permitan demostrar que los tratamientos que lleven a cabo protegen los datos personales y cumplen con la nueva normativa.

En este nuevo modelo el delegado de protección de datos (DPD o DPO²) está llamado a ocupar un papel central. Se trata de una figura que para unos Estados miembros, así como para las instituciones y los organismos de la Unión Europea, no es nueva, pero que sí lo es en nuestro país. Sus funciones y tareas permiten identificar a un profesional, que puede ser tanto una persona física como jurídica, empleado o no de la organización que le designa, que requiere de sólidos conocimientos sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales y la práctica en la materia, así como de competencias y habilidades profesionales para el desempeño de sus funciones (art. 37.5 del RGPD).

El delegado de protección de datos es una gran oportunidad para los abogados y para la abogacía, pues sin duda los primeros están llamados a ocupar un papel central en su ejercicio y desarrollo. Por otra parte, los Consejos y Colegios, en cuanto corporaciones de derecho público, están obligados a contar con un delegado. Ya solo estas circunstancias justifican que se preste atención a la nueva figura, lo que justifica la elaboración del presente informe. Partiendo de la conveniencia de que dicha figura tenga

² Suele utilizarse el acrónimo DPO para referirse al Delegado de Protección de Datos. Ello se debe a la generalización de la expresión *Data Privacy Officer* o *Data Protection Officer*. En el presente Informe se utilizarán sin embargo, y esencialmente, las siglas DPD.

un perfil jurídico y teniendo en cuenta que el Plan Estratégico de la Abogacía para 2017-2020 (Plan Abogacía 2020_Soluciones), del Consejo General de la Abogacía Española³ contiene más de una referencia a la importancia de la protección de datos y/o de la privacidad.

El Plan, en efecto, se refiere a la protección de datos en diversas ocasiones. Sin perjuicio de la reiterada referencia a los derechos fundamentales (entre los que se encuentra la protección de datos de carácter personal) y el compromiso que la abogacía debe seguir asumiendo en relación con su defensa y consolidación, el Plan incluye referencias expresas en los siguientes puntos:

Dentro del Objetivo 2, “Arquitectura deontológica eficiente”, del EJE 1: UNA ABOGACÍA CONFIABLE Y PREPARADA, el punto 29 se refiere a la Deontología de abogados responsables de *compliance* y protección de datos en los siguientes términos:

“Los responsables de cumplimiento normativo (compliance) y los responsables de protección de datos son dos grandes y nuevas áreas de especialización profesional, de importancia capital para la empresa y la sociedad. Un porcentaje importante de los profesionales en este sector emergente son abogados. Por un lado, los letrados que actúan como Delegados de Protección de Datos realizan una monitorización constante sobre actuaciones que puedan afectar a derechos fundamentales, de conformidad con un número creciente de exigentes normativas sustantivas. Por otro, los abogados que actúan como responsables de cumplimiento normativo velan por el cumplimiento de la legalidad así como, en su caso, de normas auto-reguladoras individuales o sectoriales. El Consejo General desarrollará normativa deontológica adaptada a estos sectores con el objeto de asegurar que los abogados contratados como responsables de protección de datos o cumplimiento están sujetos a las más avanzadas disciplinas de la práctica profesional”.

Por su parte el Objetivo 3, “Protección y gestión del conflicto en la sociedad digital”, del EJE 3, UNA ABOGACÍA INNOVADORA Y TECNOLÓGICAMENTE AVANZADA, incluye un punto, el 95, referido al Cumplimiento proactivo de normas de protección de datos, redes seguras y sistemas de información (NIS), que expresa lo siguiente:

“El elevado impacto que la normativa europea en materia de privacidad y seguridad podría tener para la profesión y sus instituciones requiere una adaptación rápida por parte del Consejo y los Colegios. Será también necesario darles una mayor difusión entre la Abogacía y otros colectivos legales en colaboración con las agencias competentes. Esto permitirá que el Consejo General trabaje conjuntamente con los organismos reguladores competentes en el desarrollo de guías y documentos orien-

³ <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2017/02/PLAN-ESTRATEGICO-ABOGACIA-2020.pdf>

tativos para dar respuesta a las dudas que estas nuevas normas planteen a los abogados. En este punto, **el Consejo General debe constituir un ejemplo de diligencia y responsabilidad, tanto frente a los abogados como al propio regulador, además de transformarse en prescriptor en los procesos de transposición de las nuevas normas europeas en esta materia**".

En fin, en el EJE 4: UNA ABOGACÍA COMPROMETIDA CON LA SOCIEDAD, el Objetivo 5 se refiere a la "Protección de consumidores y usuarios", que incluye el punto 136 sobre "Aumento de capacitación técnica sobre políticas y derecho del consumo", en los siguiente términos:

*"Los actuales avances normativos y jurisprudenciales nacionales y europeos en materia de derecho del consumo aumentan de modo incremental la esfera de intereses protegidos de consumidores y usuarios en cada vez más diversos ámbitos: comercio electrónico, contratación bancaria, **protección de datos de carácter personal**, etc. Por esta razón, la Abogacía Española ampliará la capacitación de sus equipos técnicos y ampliará sus cursos de formación especializada sobre derecho del consumo para abogados".*

Ya sólo estas consideraciones deben impulsar al Consejo a ser especialmente activo en relación con el derecho a la protección de datos y también a los Colegios de Abogados. Pero además deben tenerse en cuenta dos circunstancias:

- 1) La aprobación del RGPD refuerza aún más la trascendencia de tal derecho y resalta el papel que la abogacía ha de tener en el ámbito de la protección de datos.

Esta norma europea, que, no está de más volver a recordarlo, será plenamente aplicable a partir del 25 de mayo de 2018, va a suponer un cambio radical en el modelo actual de privacidad y va a exigir asimismo un cambio igualmente intenso en el modo en que la abogacía ha de enfrentarse al mismo, lo que va a generar nuevos retos, oportunidades y obligaciones para los abogados, Colegios y Consejos, muy especialmente el Consejo General de la Abogacía Española.

Y unido a lo anterior, se publicó también la Directiva (UE) 2016/680⁴ que puede ser relevante para los abogados y la abogacía y en la que

⁴ Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, DO L 119: <http://>

se contempla también la obligación de las autoridades competentes, excepto los tribunales en el ejercicio de sus competencias judiciales, de designar a un delegado de protección de datos.

- 2) Ha de aprobarse una nueva Ley Orgánica de Protección de Datos que adapte el ordenamiento español al Reglamento. Como se ha indicado más atrás ya se ha publicado el Proyecto de nueva LOPD que puede y debe ser tenido en cuenta ya en estos momentos dado que seguramente no serán muchos los cambios que experimente antes de su aprobación definitiva por el legislador.

Por su parte, el Plan Estratégico de la Agencia Española de Protección de Datos para los años 2015-2019 contiene numerosas referencias al Delegado de Protección de Datos. Entre otras:

- Los considera como destinatarios del Plan en estos términos:
“Profesionales de la privacidad y delegados de protección de datos. Los profesionales de la privacidad desarrollan una labor muy relevante en el asesoramiento que realizan a los responsables y encargados de tratamiento. Igualmente, con independencia de cuál sean las previsiones definitivas que finalmente se establezcan en el futuro Reglamento europeo de protección de datos, la figura del delegado de protección de datos tiene, para la Agencia, una función fundamental como interlocutor para facilitar la adopción de las correspondientes medidas protectoras en el seno de las entidades responsables, desarrollando así la labor proactiva que la Agencia quiere impulsar”.
- En el EJE ESTRATÉGICO 4: UNA AGENCIA CERCANA A LOS RESPONSABLES Y A LOS PROFESIONALES DE LA PRIVACIDAD, se afirma que “la Agencia promoverá la figura de los delegados de protección de datos (DPO), que tienen una labor proactiva fundamental de cara a implantar las medidas protectoras y de evaluación de impacto en el seno de las entidades responsables, por lo que se quiere establecer una estrecha colaboración con estos agentes”.
- El PROGRAMA 4.3 está específicamente referido a los Profesionales de la privacidad, profesionales TIC y delegados de protección de datos.

En este punto el Plan Estratégico es especialmente detallado. Entre otras cosas se afirma que

“la figura del delegado de protección de datos contará con un papel destacado a la hora de atender los derechos de los ciudadanos dentro de las entidades responsables. Por ello, la Agencia quiere prestar una especial atención a esta figura con el fin de que pueda disponer de toda la información necesaria para desarrollar su labor, convirtiéndose en un cauce idóneo para la interlocución entre la Agencia y los responsables”.

Asimismo el Plan prevé habilitar un canal específico en la Agencia para atender las cuestiones planteadas por los delegados de protección de datos y los profesionales de la privacidad y elaborar una Guía para delegados de protección de datos que atienda a las características propias de esta figura.

Más recientemente la Agencia ha subrayado que el delegado es “uno de los elementos clave de la adaptación al RGPD y un garante del cumplimiento de la normativa de protección de datos en las organizaciones”⁵

Dicho lo anterior, en el presente Informe, tras una referencia a los antecedentes del DPD, se analizará su designación o nombramiento, sus cualificaciones, la posición que ha de ocupar en las organizaciones, conocimientos y habilidades tanto personales como profesionales, las funciones que se le asignen y la necesidad de una formación continua. Todo ello teniendo en cuenta los retos y oportunidades que ofrece para la abogacía y el papel que pueden jugar los Consejos y los Colegios.

2. ANTECEDENTES DEL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS

La figura del delegado de protección de datos que instaura ahora el RGPD es nueva en España y en algunos Estados miembros, pero no en otros países de la Unión Europea ni en el caso de las instituciones y organismos comunitarios, donde cuenta con antecedentes diversos y extensos, que son relevantes para poder entender su significado y alcance.

En concreto, puede decirse que esta figura tiene un origen alemán⁶, pues el Comisionado para la protección de datos (*“Beauftragter für den Da-*

⁵ Nota de prensa. *La AEPD presenta junto a ENAC su Esquema de certificación de Delegados de Protección de Datos*, 13 de julio de 2017: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2017/notas_prensa/news/2017_07_13-ides-idphp.php.

⁶ Recio, Miguel (2017). “Data Protection Officer: The Key Figure to Ensure Data Protection and Accountability”, *European Data Protection Law Review*, 1/2017, pág. 114.

tenschutz”) fue ya incluido en la §38 de la Ley Federal de Protección de Datos (*Bundesdatenschutzgesetz*: BDSG) de 1977⁷. Un año después el “*Correspondant à la protection des données*” sería incluido en la Ley francesa n° 78-17, de 6 de enero de 1978, *Relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés* (artículo 22.III)⁸. En la actualidad la Ley Federal de Protección de Datos de 14 de enero de 2003 (modificada en 2009) regula el Oficial de Protección de Datos en el §4f⁹.

Años más tarde la Directiva 95/46/CE se refiere al “encargado de la protección de datos”¹⁰, figura distinta a la del encargado del tratamiento que, “*sea o no empleado del responsable del tratamiento de datos, deberá ejercer sus funciones con total independencia*” (considerando 49). En concreto, conforme al artículo 18, apartado 2, segundo guión de dicha Directiva:

“2. Los Estados miembros podrán disponer la simplificación o la omisión de la notificación, sólo en los siguientes casos y con las siguientes condiciones:

[...]

– cuando el responsable del tratamiento designe, con arreglo al Derecho nacional al que está sujeto, un encargado de protección de los datos personales que tenga por cometido, en particular:

– hacer aplicar en el ámbito interno, de manera independiente, las disposiciones nacionales adoptadas en virtud de la presente Directiva,
– llevar un registro de los tratamientos efectuados por el responsable del tratamiento, que contenga la información enumerada en el apartado 2 del artículo 21, garantizando así que el tratamiento de los datos no pueda ocasionar una merma de los derechos y libertades de los interesados”.

España no adoptó esa posibilidad de simplificar o excepcionar la obligación de notificación al designar a un delegado de protección de datos, por lo que, como se ha señalado ya en más de una ocasión, la figura es ahora nueva entre nosotros.

En el caso de las instituciones y organismos comunitarios, la designación del delegado de protección de datos es una obligación conforme al artículo 24, apartado 1 del Reglamento (CE) n° 45/2001¹¹, que indica lo siguiente:

⁷ https://www.datenschutz-wiki.de/BDSG_1977.

⁸ <https://www.cnil.fr/fr/loi-78-17-du-6-janvier-1978-modifiee>.

⁹ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bdsge/englisch_bdsge.html#p0550

¹⁰ Traducción en la versión en español de la Directiva, mientras que en la versión en inglés se utiliza el término *data protection officer*.

¹¹ Reglamento (CE) No 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 res-

“1. Cada institución y cada organismo comunitario nombrará al menos a una persona para que actúe como responsable de la protección de datos encargado de:

a) garantizar que los responsables del tratamiento y los interesados sean informados de sus derechos y obligaciones de conformidad con el presente Reglamento;

b) responder a las solicitudes del Supervisor Europeo de Protección de Datos y, en el marco de sus competencias, cooperar con el Supervisor Europeo de Protección de Datos a petición de éste o por iniciativa propia;

c) garantizar de forma independiente la aplicación interna de las disposiciones del presente Reglamento;

d) llevar el registro de aquellas operaciones de tratamiento realizadas por el responsable del tratamiento, el cual contendrá la información a que se refiere el apartado 2 del artículo 25;

e) notificar al Supervisor Europeo de Protección de Datos las operaciones de tratamiento que pudieran presentar riesgos específicos con arreglo al artículo 27.

Dicha persona deberá velar por que el tratamiento no tenga efectos adversos sobre los derechos y las libertades de los interesados”.

El Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), que desempeña un importante papel en relación con el delegado de protección de datos de las instituciones y organismos comunitarios, ha dedicado al mismo varios documentos, relativos a los estándares profesionales del delegado¹², sus funciones¹³ y otros que sirven o pueden servir como una guía para interpretar también las previsiones del RGPD sobre esta figura.

Además, la Comisión Europea ha analizado también la figura del delegado de protección de datos como parte de su evaluación de impacto de la propuesta de Reglamento¹⁴, indicando que con su designación se trata

pecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos (DOCE, nº L 8/1, de 12 de enero de 2001).

¹² Supervisor Europeo de Protección de Datos (2010). *Professional Standards for Data Protection Officers of the EU institutions and bodies working under Regulation (EC) 45/2001*: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/10-10-14_dpo_standards_en.pdf

¹³ Supervisor Europeo de Protección de Datos (2005). *Position paper on the role of Data Protection Officers in ensuring effective compliance with Regulation (EC) 45/2001*: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/05-11-28_dpo_paper_en.pdf

¹⁴ Comisión Europea (2012). *Commission Staff Working Paper Impact Assessment, Accompanying the document Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) and Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, de-*

de reforzar la responsabilidad de los responsables y encargados del tratamiento¹⁵.

En definitiva, ha de llamarse la atención sobre la importancia capital que va a tener el delegado de protección de datos, que el RGPD regula con detalle y que va a ser obligatorio en no pocos casos, tal como prevé también el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal. Es decir, se trata de una figura que ya ha tomado carta de naturaleza en el escenario de la protección de datos personales, siendo clave para una protección plena y efectiva de la protección de datos¹⁶.

3. RÉGIMEN DEL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS

3.1. Régimen general del delegado en el RGPD y en el Proyecto de LOPD

Como ha quedado señalado, la inclusión del delegado de protección de datos en el Reglamento Europeo es parte del nuevo modelo europeo de privacidad. Se trata, como ha resaltado el Grupo de Trabajo del Artículo 29 al proporcionar directrices sobre el DPO a la vista del RGPD, de la figura clave para el marco de cumplimiento basado en la responsabilidad activa (*accountability*)¹⁷, la piedra angular de los sistemas basados en la responsabilidad y también de la competitividad para las empresas¹⁸.

tection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such data, SEC(2012) 72 final, Brussels, 25 de enero de 2012: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012SC0072&rid=1>.

¹⁵ Ibid, pág. 67.

¹⁶ Recio Gayo, Miguel, “El delegado de protección de datos”, en Piñar Mañas, José Luis (Dir.), *Reglamento General de Protección de Datos, Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Editorial Reus, 2016, pág. 368. López Calvo, José, *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Sepín, 2017, señala en la pág. 317 que el RGPD crea la figura del Delegado de Protección de Datos”.

¹⁷ Grupo de Trabajo del Artículo 29 (2017). “*Directrices sobre los delegados de protección de datos (DPD)*”, WP 243 rev.01, adoptadas el 13 de diciembre de 2016 y revisadas y adoptadas por última vez el 5 de abril de 2017 pág. 4: http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=44100.

¹⁸ En concreto, indica que el delegado de protección de datos es “*a cornerstone of accountability and a real tool of competitiveness for companies. Tasked with the implementation of accountability tools (e.g.: documentation, PIA, etc...), they should be considered as the “compliance orchestrator” and the intermediary between all relevant stakeholders (e.g. supervisory authorities, data subjects, business partners)*”. Documento “*Core topics in the view*

La designación (que como veremos es obligatoria cuando el tratamiento lo lleve a cabo “una autoridad u organismo público”), posición y funciones del delegado de protección de datos se regulan en los artículos 37 a 39 del RGPD, que conforman la Sección 4 del Capítulo IV, relativo al responsable del tratamiento y al encargado del tratamiento. Y dicha regulación fue ya objeto de una de las primeras directrices que el Grupo de Trabajo del Artículo 29 emitió tras la publicación del Reglamento como parte de su plan de acción para la implementación del mismo¹⁹.

El Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal dedica sus artículos 34 a 37 al delegado de protección de datos, relativos, respectivamente, a su designación, cualificación, posición e intervención en caso de reclamaciones ante las autoridades de protección de datos.

El Ministerio de Justicia, en su Memoria de análisis de impacto normativo del Anteproyecto de LOPD²⁰, indicó que el delegado de protección de datos “adquiere una destacada importancia en el Reglamento (UE) 2016/679 y así lo recoge la Ley Orgánica, que parte del principio de que puede tener un carácter obligatorio o voluntario, estar o no integrado en la organización del responsable o encargado y ser tanto una persona física como una persona jurídica”²¹.

En el caso de las Administraciones Públicas, la Memoria se refiere también al impacto que el Reglamento tiene sobre las mismas y, en relación con el delegado de protección de datos, además de incidir en la obligación de nombramiento por todas las autoridades u organismos públicos, explica que aquél:

“establece cuáles habrán de ser los criterios para su designación (cualidades profesionales y conocimientos en derecho y práctica de la protección de datos), su posición

of trilogue”, de 17 de junio de 2015, pág. 18: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2015/20150617_appendix_core_issues_plenary_en.pdf

¹⁹ Article 29 Data Protection Working Party, “*Statement on the 2016 action plan for the implementation of the General Data Protection Regulation (GDPR)*”, adoptado el 2 de febrero de 2016: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2016/wp236_en.pdf

²⁰ Memoria de análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, Ficha del Resumen Ejecutivo: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428461401?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPLO_Proteccion_Datos_Caracter_Personal_MAIN.PDF.

²¹ *Ibid*, pág. 22.

en la organización y sus funciones. Prevé, igualmente, que en el caso de las autoridades u organismos públicos puedan nombrarse un único DPD para varios de ellos, teniendo en cuenta su tamaño y estructura organizativa. En consecuencia, como medida previa deben identificarse las unidades en que se integrará el DPD dentro de cada órgano u organismo, su posición en la estructura administrativa y los mecanismos para asegurar que los DPD designados reúnen los requisitos de cualificación y competencia establecidos por el RGPD”.

El régimen del delegado de protección de datos se desarrolla en detalle tanto en el Reglamento como en el Proyecto, tal como a continuación se expone.

3.2. Designación

El RGPD dedica su artículo 37 a la designación del delegado de protección de datos y establece los supuestos en los que los responsables y encargados del tratamiento tendrán que designarlo de manera obligatoria y aquellos otros en los que podrán hacerlo voluntariamente.

De esta manera, el RGPD plantea, por una parte, que no en todos los casos es necesario designar a un delegado de protección de datos y, por otra parte, sitúa al delegado de protección de datos en la posición relevante que requiere dada su trascendencia para el nuevo modelo de protección de datos personales basado en la responsabilidad activa. Se produce así un cambio relevante, ya que se pasa de ser una opción para que los Estados miembros pudieran simplificar o excepcionar la obligación de notificación (Directiva 95/46/CE) a una obligación de responsables y encargados del tratamiento, salvo determinadas excepciones.

En concreto, conforme al citado artículo 37.1 del Reglamento, los responsables y encargados del tratamiento deberán designar un delegado de protección de datos siempre que:

- a) el tratamiento lo lleve a cabo una autoridad u organismo público, excepto los tribunales que actúen en ejercicio de su función judicial;
- b) las actividades principales del responsable o del encargado consistan en operaciones de tratamiento que, en razón de su naturaleza, alcance y/o fines, requieran una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala, o
- c) las actividades principales del responsable o del encargado consistan en el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos per-

sonales con arreglo al artículo 9²² y de datos relativos a condenas e infracciones penales a que se refiere el artículo 10.

Para los Colegios profesionales y Consejos tiene especial relevancia el apartado a). Ciertamente que el Reglamento no define qué debe entenderse por “autoridad u organismo público”, pero es evidente que aquéllos tienen esta consideración a efectos de la obligación de designar DPO. Algo que confirma el art. 34.1 del Proyecto de nueva LOPD, cuyo apartado a) señala que el nombramiento de delegado es obligatorio para “los colegios profesionales y sus consejos generales, regulados por la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre colegios profesionales”. Luego volveremos sobre ello.

De gran importancia es lo que dispone el apartado 3 del repetido art. 37 del Reglamento:

Cuando el responsable o el encargado del tratamiento sea una autoridad u organismo público, se podrá designar un único delegado de protección de datos para varias de estas autoridades u organismos, teniendo en cuenta su estructura organizativa y tamaño.

Decimos que esta previsión es de especial importancia porque podría ser aplicada a los Colegios y Consejos. En efecto sería posible, como veremos más adelante, que un delegado lo fuese para varios Colegios o que los Consejos y en particular el Consejo General de la Abogacía Española ofreciese el servicio de DPD a los colegios que, por sus características o por otras circunstancias, no estuviesen en disposición de hacer frente a la obligación que establecen el Reglamento y el Proyecto de LOPD.

Por otra parte, el apartado 4 del artículo 37 del Reglamento dispone que

En casos distintos de los contemplados en el apartado 1, el responsable o el encargado del tratamiento o las asociaciones y otros organismos que representen a categorías de responsables o encargados podrán designar un delegado de protección de datos o deberán designarlo si así lo exige el Derecho de la Unión o de los Estados miembros. El delegado de protección de datos podrá actuar por cuenta de estas asociaciones y otros organismos que representen a responsables o encargados.

²² Datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física.

Es decir, puede haber supuestos adicionales en los que el nombramiento de DPO sea también obligatorio o voluntario. Por ejemplo el apartado 1 del artículo 32 de la ya citada Directiva (UE) 2016/680 dispone que las autoridades competentes policiales y judiciales en el ámbito penal, cuando sean responsables del tratamiento, tendrán que designar un delegado de protección de datos, salvo cuando se trate de “tribunales y demás autoridades judiciales independientes cuando actúen en ejercicio de sus competencias judiciales”²³.

En caso de que se designe un DPO de forma voluntaria el Grupo de Trabajo del Artículo 29 considera que el delegado tiene que cumplir también con los requisitos establecidos en los artículos 37 a 39 del Reglamento. De esta manera se trata de evitar cualquier confusión con el caso de consultores u otros títulos que pueda tener quien presta algún tipo de servicios en materia de protección de datos personales pero sin tener la consideración de delegados de protección de datos²⁴. Así lo contempla también el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos, que en el artículo 34.2 indica que el delegado de protección de datos designado de forma voluntaria “quedará sometido al régimen establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica”.

Según el art. 37.6 del Reglamento el DPO “podrá formar parte de la plantilla del responsable o del encargado del tratamiento o desempeñar sus funciones en el marco de un contrato de servicios”. En cualquier caso, sea cual sea el régimen o modelo de designación, ha de garantizarse su máxima independencia frente a los responsables y encargados. Por otra parte las funciones de delegado pueden ser desempeñadas tanto por una persona física como jurídica. En este segundo caso debería designarse una persona física que asumiese el papel de DPO y la interlocución tanto con el responsable o encargado como con la autoridad de protección de datos.

La designación del delegado de protección de datos debe comunicarse a las autoridades de protección de datos, tal como prevé el artículo 37.7 del RGPD. En la misma línea, el artículo 34.3 del Proyecto de la Ley Orgánica de Protección de Datos dispone que la designación, nombramientos y ceses, tanto en supuestos obligatorios como voluntarios, tendrán que ser

²³ La Directiva dedica sus artículos 32 a 34 a la designación del delegado de protección de datos, su posición y funciones, debiendo ser también objeto de atención por la abogacía dado el ámbito de aplicación de la norma europea, si bien su análisis excede el alcance del presente Informe.

²⁴ “Directrices sobre los delegados de protección de datos (DPD)”, *cit.*, págs. 5 y 6.

comunicados, en el plazo de diez días, a la Agencia Española de Protección de Datos y, en su caso, a las autoridades autonómicas. El apartado 4 del mismo artículo 34 añade que la Agencia Española de Protección de Datos y las autoridades autonómicas de protección de datos mantendrán una lista actualizada de delegados de protección de datos, que será accesible por medios electrónicos. Hay que decir que el artículo 74.p) del Proyecto de LOPD tipifica como infracción considerada leve “no publicar los datos de contacto del delegado de protección de datos, o no comunicarlos a la autoridad de protección de datos, cuando su nombramiento sea exigible de acuerdo con el artículo 37 del Reglamento (UE) 2016/679 y el artículo 34 de esta ley orgánica”.

Por último debe señalarse que cuando contar con delegado es obligatorio (caso de los Colegios y Consejos) la falta de designación puede llegar a constituir infracción grave de acuerdo al Proyecto de LOPD. Su artículo 73.v) tipifica como infracción considerada grave “el incumplimiento de la obligación de designar un delegado de protección de datos cuando sea exigible su nombramiento de acuerdo con el artículo 37 del Reglamento (UE) 2016/679 y el artículo 34 de esta ley orgánica”.

3.3. Cualificación y acreditación de requisitos

La designación del delegado de protección de datos debe recaer en profesionales independientes y expertos²⁵ que cuenten con suficiente cualificación.

Importa destacar lo que afirma el considerando 97 del RGPD en este sentido:

“Al supervisar la observancia interna del presente Reglamento, el responsable o el encargado del tratamiento debe contar con la ayuda de una persona con conocimientos especializados del Derecho y la práctica en materia de protección de datos... El nivel de conocimientos especializados necesario se debe determinar, en particular, en función de las operaciones de tratamiento de datos que se lleven a cabo y de la protección exigida para los datos personales tratados por el responsable o el encargado. Tales delegados de protección de datos, sean o no empleados del responsable del tratamiento, deben estar en condiciones de desempeñar sus funciones y cometidos de manera independiente”.

²⁵ Lambert, Paul (2017) “*The Data Protection Officer: Profession, Rules, and Role*”, CRC Press, Taylor & Francis Group, pág. 67.

Lo que explica el citado considerando se concreta en el artículo 37.5 del RGPD, al indicar que el delegado de protección de datos:

“será designado atendiendo a sus cualidades profesionales y, en particular, a sus conocimientos especializados del Derecho y la práctica en materia de protección de datos y a su capacidad para desempeñar las funciones indicadas en el artículo 39”.

Es decir, entre las cualidades profesionales que ha de tener el delegado de protección de datos, el Reglamento presta especial atención a tres requisitos específicos: los conocimientos especializados del Derecho, la práctica sobre protección de datos, y la capacidad para desempeñar las funciones y las tareas que se le asignen.

El Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos dedica su artículo 35 a la cualificación del delegado de protección de datos indicando que, sea una persona física o jurídica, deberá reunir los requisitos establecidos en el artículo 37.5 del Reglamento. Pese a que no hace referencia expresa a los conocimientos especializados del Derecho, la simple remisión al RGPD confirma que, como no puede ser de otro modo, tales conocimientos son exigibles a quien vaya a desempeñar las funciones de DPO. Lo que coloca a los juristas en general y a los abogados en particular en una especial y privilegiada posición para su designación como delegados. Esta posición es más destacada aún si tenemos en cuenta el relevante papel que se atribuye a los delegados de protección de datos en relación con el derecho a la protección de datos. Algo que queda especialmente claro al analizar las funciones del delegado, como veremos más adelante.

En relación con las cualidades profesionales del delegado de protección de datos, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 indica que el artículo 37.5 del RGPD no las determina. Pero, en línea con lo que se acaba de señalar, hace hincapié en la necesidad de un conocimiento experto sobre el derecho nacional y europeo de protección de datos, en particular del Reglamento, e incide en la idea de proximidad, lo que en el caso del sector privado significa que deba conocer el negocio y los tratamientos de datos personales que se lleven a cabo y en el caso de las Administraciones Públicas que tenga un buen conocimiento de Derecho administrativo y de los procesos administrativos²⁶.

El Reglamento no señala cómo puede acreditarse el cumplimiento de los requisitos que exige para la designación de delegados. El Proyecto de

²⁶ *Directrices sobre los delegados de protección de datos (DPD)*, cit., pág. 11.

LOPD sin embargo indica en su artículo 35 que “podrá demostrarse, entre otros medios, a través de mecanismos voluntarios de certificación”.

La Agencia Española de Protección de Datos ha impulsado la certificación voluntaria del delegado de protección de datos. A tal fin ha aprobado, como ya se señaló más atrás, un Esquema de certificación de Delegados de Protección de Datos, del que es propietaria, y que ha elaborado con la colaboración de la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) y la participación de diversas instituciones, entre ellas el Consejo General de la Abogacía Española a través de Unión Profesional.

El Esquema da lugar a la certificación acreditada que permite, según la Agencia, evaluar de manera “objetiva e imparcial [...] la competencia de un individuo para realizar una actividad determinada” y que se concreta en una “ulterior declaración pública hecha por el certificador” al mercado sobre la base de “información útil y contrastada sobre los criterios aplicados a las personas para obtener la certificación profesional”²⁷.

Dicho esquema se articula sobre la base de una entidad única de acreditación, la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC)²⁸, en virtud del Real Decreto 1715/2010, que acredita a las entidades de certificación, que tienen que reunir la competencia técnica necesaria y que son las que certifican a los delegados de protección de datos “de acuerdo a requisitos de normas internacionales para la certificación de personas”²⁹. Las entidades de formación y los propios delegados de protección de datos forman también parte de este esquema, teniendo todos ellos que cumplir con las obligaciones que les son exigibles para poder seguir formando parte del mismo. Debe señalarse que según el artículo 39 del Proyecto de LOPD “La acreditación de las instituciones de certificación a las que se refiere el artículo 43.1 del Reglamento (UE) 2016/679 será llevada a cabo por la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), que comunicará a la Agencia Española de Protección de Datos y a las autoridades de protección de datos de las

²⁷ “Esquema de certificación de delegados de protección de datos”, *cit.*, pág. 4.

²⁸ Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre, por el que se designa a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) como organismo nacional de acreditación de acuerdo con lo establecido en el Reglamento (CE) n° 765/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) n° 339/93: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-398>.

²⁹ “Esquema de certificación de delegados de protección de datos”, pág. 4.

comunidades autónomas las concesiones, denegaciones o revocaciones de las acreditaciones, así como su motivación”.

Los agentes, entidades de certificación y entidades de formación, podrán, una vez autorizados para ello por la Agencia Española de Protección de Datos, hacer uso de la Marca el Esquema, conforme a las normas de uso³⁰ y en virtud del contrato que firmen al respecto³¹.

Para ser delegado de protección de datos certificado en el marco de este esquema de certificación acreditada, es necesario que la persona reúna las competencias necesarias, lo que pasa por superar el proceso de evaluación que se establece como parte del esquema y que da lugar a la obtención de la certificación, así como a su declaración pública por la entidad de certificación correspondiente.

Además, la obtención de la certificación implica que el delegado de protección de datos tenga también derechos y obligaciones. En concreto, la persona certificada tiene derecho a:

*“Hacer uso de los certificados para el desarrollo de su actividad profesional.
Beneficiarse de cuantas actividades de divulgación y promoción lleve a cabo la entidad de certificación referente a las personas certificadas.
Reclamar y alegar cualquier decisión desfavorable”³².*

Y entre sus obligaciones se encuentran las relativas a respetar el esquema de certificación y todos los procedimientos aplicables, aceptar las prescripciones del Código Ético³³, informar a la entidad de certificación sobre cualquier situación profesional que pudiera afectar al alcance de la certificación concedida, a no tomar parte en prácticas fraudulentas relativas a la sustracción y/o divulgación del material del examen o a devolver el certificado en caso de retirada de la certificación.

³⁰ Normas de uso de la marca del Esquema: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/temas/reglamento/common/pdf/Certificacion/ANEXO_II.A._NORMAS_DE_USO_DE_LA_MARCA_v1.0.pdf.

³¹ Agencia Española de Protección de Datos. Modelo de contrato de uso de la marca del Esquema: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/temas/reglamento/common/pdf/Certificacion/ANEXO_II.B._MODELO_DE_CONTRATO_DE_USO_DE_MARCA_v1.0.pdf.

³² “Esquema de certificación de delegados de protección de datos”, *cit.*, pág. 21.

³³ Anexo IV. Código ético del delegado de protección de datos: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/temas/reglamento/common/pdf/Certificacion/ANEXO_IV._CODIGO_ETICO_DE_DPD-ESQUEMA_AEPD_v1.0.pdf.

En particular, el incumplimiento de las obligaciones por la persona certificada dará lugar a que se inicie el proceso de suspensión, que puede ser temporal, o retirada del certificado, dando lugar esta última a que quien sea sancionado por su incumplimiento tenga que comenzar un nuevo proceso de certificación completo.

Una vez obtenida la certificación inicial, para lo que el delegado de protección de datos tiene que superar la evaluación de la entidad de certificación y también “aceptar expresamente el Código Ético, las Normas de Uso de la marca del certificado y el Contrato de Cesión de Uso”³⁴, se le asignará el número que le identifica como certificado, siendo dicho número intransferible, y se le enviará el certificado, que tendrá una validez de tres años a contar desde la fecha en la que el certificado sea concedido.

Este período de validez puede finalizar antes si la persona que obtiene el certificado es sancionada o puede ser suspendido temporalmente, por un plazo no superior a doce (12) meses, de manera voluntaria por la persona certificada cuando “declare haber dejado de cumplir con los requisitos del Esquema, contractuales o de otro orden”³⁵. Y transcurrido el citado plazo de un año “sin que haya sido posible su renovación o no hayan desaparecido las causas que motivaron la suspensión, se procederá a la retirada de la certificación y el candidato deberá reiniciar todo el proceso para obtener nuevamente la misma”³⁶.

En relación con el mecanismo de certificación es necesario resaltar que no es obligatorio, o dicho con otras palabras, que ni el Reglamento ni el Proyecto de LOPD exigen que los Delegados de protección de datos deban estar certificados. Lo que sí es imprescindible es cumplir los requisitos que aquél establece y que ya conocemos. En este sentido han de hacerse dos precisiones:

Por un lado debe recordarse una vez más que uno de los requisitos que el RGPD impone es contar con “conocimientos especializados del Derecho”. Es evidente que el derecho que ante todo y sobre todo debe conocerse es el de protección de datos. Pero no sólo. Como ya vimos el propio Grupo de Trabajo del Artículo 29 indica, por ejemplo, que los delegados de organismos y autoridades públicos deben tener conocimientos de Derecho Administrativo. Esta circunstancia permite mantener que, como ya hemos

³⁴ “Esquema de certificación de delegados de protección de datos”, *cit.*, pág. 17.

³⁵ *Ibid.*, pág. 18.

³⁶ *Ibid.*, pág. 18.

señalado, los juristas en general y los abogados en particular están en una muy buena posición para ejercer como delegados de protección de datos.

Por otro lado, debería valorarse por los Colegios y los Consejos la posibilidad de poner en marcha iniciativas de formación de profesionales y en su caso de certificación de delegados de protección de datos. En este segundo caso deberían cumplirse los requisitos y cumplir los trámites que se establecen en el Esquema de Certificación para obtener la condición de entidades de certificación acreditadas por la ENAC.

3.4. Posición del delegado de protección de datos

El artículo 38 del Reglamento se refiere a la “posición del delegado de protección de datos”. Dicha posición lo es en relación con los responsables y/o encargados que lo designan, con los interesados titulares de los datos y con las Autoridades de protección de datos.

En cualquier caso, su posición está condicionada por la independencia que ha de mantener en relación con los responsables y encargados. A tal fin el artículo 38 del Reglamento prevé obligaciones específicas de éstos con el objeto de asegurar que el delegado pueda desempeñar adecuadamente sus funciones y tareas.

Entre tales obligaciones hay tres que son relevantes para que el delegado tenga una posición en la organización que le permita el desempeño de sus funciones con independencia, sin injerencias y de manera efectiva.

La primera es la relativa a que se garantice que el delegado de protección de datos pueda participar de “forma adecuada y en tiempo oportuno en todas las cuestiones relativas a la protección de datos personales” (art. 38.1 del RGPD), lo que, tal como indica el Grupo de Trabajo del Artículo 29, es crucial³⁷. Y lo es, entre otras cuestiones, para que aquél pueda asesorar en la materia al responsable o encargado del tratamiento.

La segunda de las obligaciones es la de respaldar al delegado en el desempeño de sus funciones para lo que el responsable y el encargado deberán facilitarle “los recursos necesarios para el desempeño de dichas funciones y el acceso a los datos personales y a las operaciones de tratamiento, y para el mantenimiento de sus conocimientos especializados” (art. 38.2).

³⁷ *Ibid.*, pág. 13.

Y la tercera se concreta en el hecho de que el responsable y el encargado del tratamiento “garantizarán que el delegado de protección de datos no reciba ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de dichas funciones”. Se trata así de asegurar su independencia.

La independencia del delegado de protección de datos es esencial para que pueda cumplir con sus funciones y es la razón de diversas previsiones en el Reglamento en cuanto a que, por una parte, no sea despedido ni sancionado por el desempeño de sus funciones (lo que es diferente a que no pueda ser despedido en otro caso como cualquier otro empleado o prestador de servicios), y por otra que rinda cuentas directamente al más alto nivel jerárquico del responsable o encargado (art. 38.3).

Por otra parte, la posición del DPO en relación con los interesados se traduce en que éstos podrán ponerse en contacto con él “por lo que respecta a todas las cuestiones relativas al tratamiento de sus datos personales y al ejercicio de sus derechos” (art. 38.4 del Reglamento). Como veremos al analizar las funciones del Delegado, el Proyecto de LOPD prevé su intervención en caso de reclamación por los interesados ante las autoridades de protección de datos.

En fin, la posición del delegado en relación con las autoridades de protección de datos es muy relevante por cuanto aquél debe cooperar con éstas y actuar como punto de contacto para cuestiones relativas al tratamiento de datos así como realizar consultas sobre cualquier asunto relacionado con el derecho a la protección de datos (art. 39.1 apartados *d*) y *f*) del RGPD).

El Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos especifica en su artículo 36, algunos de los elementos que configuran la posición del delegado. Sus tres primeros apartados disponen:

- 1. El delegado de protección de datos actuará como interlocutor del responsable o encargado del tratamiento ante la Agencia Española de Protección de Datos y las autoridades autonómicas de protección de datos.*
- 2. Cuando se trate de una persona física integrada en la organización del responsable o encargado del tratamiento, el delegado de protección de datos no podrá ser removido ni sancionado por el responsable o el encargado por desempeñar sus funciones salvo que incurriera en dolo o negligencia grave en su ejercicio.*
- 3. En el ejercicio de sus funciones el delegado de protección de datos tendrá acceso a los datos personales y procesos de tratamiento, no pudiendo oponer a este acceso el responsable o el encargado del tratamiento la existencia de cualquier deber de confidencialidad o secreto, incluyendo el previsto en el artículo 6 de esta ley orgánica.*

Además el Proyecto añade en su apartado 4, con respecto al RGPD, una previsión importante: si el delegado aprecia la existencia de una vul-

neración relevante en materia de protección de datos (aunque no define qué se entiende por tal), lo comunicará inmediatamente a los órganos de administración y dirección del responsable o el encargado del tratamiento.

Asimismo ha de hacerse referencia a los importantes apartados 5 y 6 del artículo 38 del Reglamento. El primero dispone que el DPO “estará obligado a mantener el secreto o la confidencialidad en lo que respecta al desempeño de sus funciones, de conformidad con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros”. El segundo señala que el delegado podrá desempeñar otras funciones y cometidos, si bien el responsable o encargado del tratamiento garantizarán que no se produzcan conflictos de intereses.

En fin debe señalarse que la posición del delegado en los términos que acaban de exponerse estará amparada y garantizada por la Ley. El artículo 73.w) del Proyecto de LOPD tipifica como infracción considerada grave “no posibilitar la efectiva participación del delegado de protección de datos en todas las cuestiones relativas a la protección de datos personales, no respaldarlo o interferir en el desempeño de sus funciones”.

3.5. Funciones y responsabilidad

En el artículo 39 del Reglamento se incluyen cinco funciones que, como mínimo, tendrá el delegado de protección de datos y que son las relativas a: 1) información y asesoramiento, 2) supervisión del cumplimiento, 3) asesoramiento y supervisión de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos, 4) cooperación con la autoridad de control, y 5) actuar como punto de contacto de la autoridad de control para cuestiones relativas al tratamiento, incluidas tanto la consulta previa como cualquier otra consulta.

Estas funciones constituyen, por tanto, el punto de partida de las funciones que tiene el delegado de protección de datos y que, en la práctica, darán lugar a múltiples tareas específicas que éste podría desempeñar por sí mismo o con el apoyo de otras personas, según cada caso concreto. Debe resaltarse en cualquier caso que tales funciones no se extienden a la de tomar decisiones sobre el cumplimiento, ya que ello podría comprometer su actuación independiente.

En el caso de las Administraciones Públicas (entre las que cabe incluir, en lo que suponga ejercicio de funciones públicas, a los Colegios y Consejos) la Agencia Española de Protección de Datos, siguiendo el Reglamento,

publicó un documento sobre el delegado de protección de datos³⁸ en el que hace referencia, en particular, a las funciones relativas a informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los empleados que se ocupen del tratamiento de las obligaciones que les incumben (función de asesoramiento) y a supervisar el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos (función de supervisión).

En relación con dichas funciones, dado que son genéricas, la Agencia proporciona en su documento una lista ejemplificativa de tareas de asesoramiento y supervisión que el delegado de protección de datos puede desempeñar, entre las que se encuentran, por ejemplo, las relativas a la identificación de las bases jurídicas de los tratamientos, el diseño e implantación de medidas de información a los afectados por los tratamientos de datos, la identificación de los instrumentos de transferencia internacional de datos adecuados a las necesidades, el diseño e implantación de políticas de protección de datos o la implantación de programas de formación y sensibilización del personal en materia de protección de datos.

En el Esquema de certificación de delegados de protección de datos³⁹, partiendo de las funciones genéricas incluidas en el artículo 39 del RGPD, se incluye una lista de funciones, tales como las de informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los empleados que se ocupen del tratamiento de sus obligaciones, supervisar el cumplimiento, supervisar la asignación de responsabilidades, cooperar con la autoridad de control o realizar consultas a la autoridad de control, en su caso, sobre cualquier otro asunto. La Agencia Española de Protección de Datos, como prevé el artículo del 39.2 RGPD, reproduce literalmente que, en el desempeño de sus funciones, el delegado de protección prestará “la debida atención a los riesgos asociados a las operaciones de tratamiento, teniendo en cuenta la naturaleza, el alcance, el contexto y fines del tratamiento”⁴⁰.

A dichas funciones genéricas, que son aplicables a cualquier delegado de protección de datos ya sea en el caso del sector privado o del sector público, se suman otras que la Agencia Española de Protección de Datos incluye también en dicho documento y que se concretan en tareas especí-

³⁸ Agencia Española de Protección de Datos. “*El Delegado de Protección de Datos en las Administraciones Públicas*”, 2017:
http://www.agpd.es/portaleswebAGPD/temas/reglamento/common/pdf/Funciones_DPD_en_AAPP.pdf.

³⁹ “Esquema de certificación de delegados de protección de datos”, *cit.*, pág. 9.

⁴⁰ *Ibid.*, pág. 9.

ficas que son las mismas que ya incluyó en el documento sobre el delegado de protección de datos en las Administraciones Públicas.

El Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos no repite las funciones que ya están previstas en el Reglamento pero sí incluye en su artículo 37 una tarea específica y novedosa que se refiere a la intervención del delegado en caso de reclamación ante las autoridades de protección de datos. Dicho artículo dispone:

1. Cuando el responsable o el encargado del tratamiento hubieran designado un delegado de protección de datos el afectado podrá, con carácter previo a la presentación de una reclamación contra aquéllos ante la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, ante las autoridades autonómicas de protección de datos, dirigirse al delegado de protección de datos de la entidad contra la que se reclame. En este caso, el delegado de protección de datos comunicará al afectado la decisión que se hubiera adoptado en el plazo máximo de dos meses a contar desde la recepción de la reclamación.

2. Cuando el afectado presente una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, ante las autoridades autonómicas de protección de datos, sin haber hecho uso de la posibilidad a la que se refiere el apartado anterior, aquéllas podrán remitir la reclamación al delegado de protección de datos a fin de que éste responda en el plazo de un mes.

Si transcurrido dicho plazo el delegado de protección de datos no hubiera comunicado a la autoridad de protección de datos competente la respuesta dada a la reclamación, dicha autoridad continuará el procedimiento con arreglo a lo establecido en el Título VIII de esta ley orgánica y en sus normas de desarrollo.

El Título VIII regula los procedimientos en caso de reclamaciones tramitadas por la Agencia Española de Protección de Datos, y en él se resalta de nuevo la importante función del DPO⁴¹.

El desempeño de las funciones por el delegado de protección de datos lleva a considerar también la cuestión relativa a su responsabilidad. El RGPD trata de la responsabilidad en materia de protección de datos tanto en su Capítulo IV, en particular en los artículos 24 y 28 relativos, respectivamente, a la responsabilidad del responsable del tratamiento y a la del encargado, como en los artículos relativos al régimen sancionador. Dichos artículos dejan claro que la responsabilidad en caso de incumplimiento es

⁴¹ Así el artículo 65.4 dispone que “cuando las reclamaciones no se hayan formulado previamente ante el delegado de protección de datos designado por el encargado o responsable del tratamiento o ante el organismo de supervisión establecido para la aplicación de los códigos de conducta, la Agencia podrá remitírselas, antes de resolver sobre la admisión a trámite, a los efectos previstos en los artículos 37 y 38.2 de esta ley orgánica”.

exigible, respectivamente y según corresponda, al responsable y al encargado del tratamiento.

Esto significa que al delegado de protección de datos no le pueda ser exigible la responsabilidad que corresponde al responsable y al encargado del tratamiento, en su caso, por el incumplimiento de sus obligaciones. Es decir, la responsabilidad por el incumplimiento del RGPD o de la normativa nacional sobre protección de datos es exigible a quienes tienen que cumplir con la misma, ya sea el responsable, el encargado del tratamiento o ambos, pero no al delegado de protección de datos.

Sobre esta cuestión, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 fue rotundo y en sus directrices deja claro que el cumplimiento en protección de datos personales es una responsabilidad exigible al responsable o al encargado del tratamiento, sin que la supervisión del cumplimiento, en virtud de las funciones que tiene el delegado de protección de datos en virtud del RGPD, suponga que el mismo sea personalmente responsable en caso de incumplimiento⁴².

En línea con lo que acaba de señalarse, el Proyecto de LOPD dispone en su artículo 70.2 que “no será de aplicación al delegado de protección de datos el régimen sancionador establecido en este título”.

4. EL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS Y CONSEJOS

4.1. Designación del delegado de protección de datos

Como ya se ha reiterado a lo largo del presente Informe los Colegios de Abogados y los Consejos están obligados a designar delegados de protección de datos, como responsables del tratamiento que ejercen funciones públicas. Además, el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos prevé también que tienen que cumplir con dicha obligación, sin hacer distinción alguna entre funciones o tareas públicas o privadas. De ser así, en este último caso se trataría de uno de los supuestos de designación del delegado de protección de datos en virtud del Derecho nacional (artículo 37.4 del RGPD).

⁴² “Directrices sobre los delegados de protección de datos (DPD)”, *cit.*, pág. 17

La designación del delegado de protección de datos por los Colegios de Abogados es una obligación clara cuando ejercen funciones públicas ya que 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”, tal como indica tanto el artículo primero de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales⁴³ como, en los mismos términos, el apartado 1 del artículo 2 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española⁴⁴.

Al respecto, la Agencia Española de Protección de Datos se pronunció ya en su momento sobre la cuestión relativa a la naturaleza de los ficheros colegiales y, en particular, en el año 2002, respondiendo a las consultas que se le plantearon respondió lo siguiente⁴⁵:

“se considera que la delimitación del régimen aplicable a los ficheros de titularidad pública y privada deberá fundarse en un doble criterio: por una parte el responsable del fichero deberá ser una Administración Pública y por otra, en los supuestos que pudieran plantear una mayor complejidad, sería necesario que el fichero sea creado como consecuencia del ejercicio de potestades públicas”.

Y, citando diversa jurisprudencia constitucional, en particular las sentencias 20/1988 y 87/1989, la Agencia Española de Protección de Datos indicó también que:

“la naturaleza de los colegios profesionales es la de ente de derecho público equiparable, al menos en lo referente al ejercicio de las potestades administrativas que expresamente le atribuye el legislador, a las Administraciones Públicas Territoriales. Ello se funda en el hecho de que, según se desprende de la jurisprudencia referenciada los colegios profesionales ejercen dichas competencias bien por expresa atribución del legislador, siendo así que la competencia originaria para el ejercicio de potestades administrativas sólo puede encomendarse a Administraciones Públicas, bien por delegación o desconcentración de la Administración tutelante, dado que las mismas no podrían tener lugar a favor de quien no ostenta la naturaleza de Administración Pública... De todo ello se desprende que los Colegios y Consejos se encuentran, al menos en parte de las funciones que desempeñan, sometidos al Derecho Administrativo, dictando auténticos actos administrativos revisables, como tales actos, por la jurisdicción contencioso-administrativa”.

⁴³ <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1974-289>

⁴⁴ <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2001-13270>

⁴⁵ Informe jurídico 2002-0000, de 9 de octubre de 2002: http://www.agpd.es/porta-lwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/naturaleza_pub_pri_ficheros/index-ides-idphp.php

Lo que debe ponerse en conexión con la conclusión del informe jurídico cuando señala que:

“los ficheros de que sean responsables los Colegios Profesionales y Consejos Generales, en cuanto se relacionen con el ejercicio por los mismos de sus competencias de derecho público y, en consecuencia, con la atribución a los mismos de potestades administrativas, se encontrarán sometidos al régimen de los ficheros de titularidad pública y no al de los ficheros de titularidad privada, que será aplicable a los ficheros no vinculados con el ejercicio de tales potestades”.

La Agencia Española de Protección de Datos se volvió a pronunciar sobre esta cuestión en otro informe jurídico⁴⁶ en el que se remitía a las conclusiones del informe ya expuesto.

Sobre esta cuestión, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 ha señalado que el Reglamento no define qué debe entenderse por “autoridad u organismo público”. Y considera que dicha noción debe ser determinada por las leyes nacionales. En cualquier caso, tal concepto incluye a las autoridades nacionales, regionales y locales, pero también puede incluir otros organismos regulados por el derecho público.

Incluso cuando se considerase, dependiendo de lo que prevea finalmente la Ley Orgánica de Protección de Datos, que los Colegios de Abogados no están obligados a designar a un delegado de protección de datos cuando no ejerzan funciones públicas, el Grupo de Autoridades de Protección de Datos recomienda que las organizaciones privadas que desempeñen funciones públicas o ejerzan autoridad pública designen un delegado de protección de datos que desarrolle sus funciones sobre todos los tratamientos de datos personales que se realicen, ya sea en su condición de organización privada o de autoridad pública⁴⁷.

Esto supone que a la hora de designar al delegado de protección de datos en el caso de los Colegios de Abogados y Consejos tengan que considerarse, atendiendo en particular al artículo 37.1 del RGPD, los supuestos de: 1) designación obligatoria cuando actúan en su condición de “autoridad u organismo público”, 2) designación obligatoria cuando se dé alguno de los supuestos previstos para el sector privado ya sea que el tratamiento de datos personales “en razón de su naturaleza, alcance y/o fines, requieran

⁴⁶ Informe Jurídico 2010-0068: http://www.agpd.es/portaleswebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/naturaleza_pub_pri_ficheros/common/pdfs/2010-0068_Naturaleza-de-ficheros-colegiales-Forma-de-creaci-oo-n.pdf

⁴⁷ “Directrices sobre los delegados de protección de datos (DPD)”, *cit.*, pág. 6.

una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala” o se produzca un “tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales” ya sean éstos categorías especiales de datos (art. 9 del RGPD) o relativos a condenas e infracciones penales (art. 10 del RGPD), 3) designación voluntaria, en cuyo caso el delegado de protección de datos tendrá que cumplir con los requisitos del Reglamento para poder ser considerado como tal, y 4) otros supuestos distintos y en particular el relativo a la existencia de una obligación de designación en virtud del Derecho de la Unión o nacional.

Es decir, los Colegios de Abogados y los Consejos existentes en España tendrán que designar a su delegado de protección de datos.

Y habrá que esperar a la futura Ley Orgánica de Protección de Datos, ya que el artículo 34.1 del Proyecto, relativo a la designación del delegado de protección de datos, considera incluidos, en todo caso y en primer lugar de una larga lista de entidades, a “los colegios profesionales y sus consejos generales, regulados por la Ley 2/1974, de 13 febrero, sobre colegios profesionales”. Por tanto, habrá que ver si la obligación es con independencia de que ejerzan funciones públicas o privadas o si hay algún supuesto en el que no hay obligación de designación en cuyo caso podría ser voluntaria.

A la hora de designar a su delegado de protección de datos, puede tenerse también en cuenta que cuando Colegios de Abogados y Consejos actúen como una autoridad u organismo público, tal como prevé el artículo 37.3 del RGPD “se podrá designar un único delegado de protección de datos para varias de estas autoridades u organismos, teniendo en cuenta su estructura organizativa y tamaño”.

Por tanto, los Colegios de Abogados y Consejos están obligados a designar a su delegado de protección de datos. Dicha obligación debe verse también como una medida que servirá para demostrar responsabilidad activa por los Colegios de Abogados y Consejos, además de una muestra de compromiso por parte de la abogacía, especialmente en relación con la defensa del derecho fundamental a la protección de datos personales.

4.2. Los Colegios y Consejos y la formación de los delegados de protección de datos

Los “conocimientos especializados del Derecho y la práctica en materia de protección de datos”, como indica el artículo 37.5 del RGPD y sobre los que incide el artículo 35 del Proyecto de Ley Orgánica de Protección

Datos, son uno de los requisitos clave que tiene que tener el delegado de protección de datos para ser designado como tal.

Al respecto, es necesario prestar también atención al considerando 97 del RGPD, ya que “el nivel de conocimientos especializados necesarios” que se requiera al delegado de protección de datos “se debe determinar, en particular, en función de las operaciones de tratamiento de datos que se lleven a cabo y de la protección exigida para los datos personales tratados por el responsable o el encargado”. Es decir, qué tratamientos lleve a cabo la organización y qué medidas técnicas y organizativas sean necesarias determinará cuáles son los conocimientos, tanto teóricos como prácticos, ya sean jurídicos, tecnológicos u otros, que debe tener la persona que sea o vaya a ser designada como delegado de protección de datos.

Esto último se concreta en que uno de los prerequisites para poder obtener la certificación objeto del Esquema de Certificación de la Agencia Española de Protección de Datos⁴⁸ sea, junto al de demostrar la experiencia profesional necesaria, el relativo a los conocimientos que tiene que tener el delegado de protección de datos, dedicando un apartado del esquema al programa o lista de contenidos que serán objeto de evaluación como parte del proceso de verificación de que la persona candidata tiene los conocimientos necesarios sobre los dominios o áreas temáticas previstas que son las relativas a la normativa general de protección de datos, la responsabilidad activa (*accountability*) y las técnicas para garantizar el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos y otros conocimientos. El contenido específico del temario es desarrollado a través de uno de los anexos del esquema⁴⁹.

En el marco del Esquema de Certificación de la Agencia Española de Protección de Datos, las entidades de formación son el agente fundamental para que el delegado de protección de datos pueda obtener la formación necesaria. Estas entidades de formación son las “que ofertan una formación que satisfaga los requisitos previos de la certificación”⁵⁰.

En concreto, como parte de los prerequisites para que un candidato a delegado de protección de datos pueda acceder a la fase de evaluación, es necesario que cuente con “una formación mínima, recibida y/o impar-

⁴⁸ “Esquema de certificación de delegados de protección de datos”, *cit.*

⁴⁹ Anexo V Programa del Esquema: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/temas/reglamento/common/pdf/Certificacion/ANEXO_V_PROGRAMA_ESQUEMA_AEPD-DPD_v1.0.pdf.

⁵⁰ “Esquema de certificación de delegados de protección de datos”, *cit.*, pág. 6.

tida, por y/o en entidades reconocidas”⁵¹, siendo éstas “las universidades, colegios profesionales, asociaciones profesionales o instituciones, públicas o privadas, reguladas por una administración pública”. La formación es también uno de los requisitos para la renovación de la certificación, de manera que la persona certificada tiene que adquirir constantemente nuevos conocimientos, tanto jurídicos por lo que se refiere, entre otros, a reformas y/o desarrollos legislativos y normativos, jurisprudencia y resoluciones de las autoridades de protección de datos en el ámbito respectivo, como tecnológicos y otros.

La referencia expresa a los colegios profesionales supone que tanto los Colegios de Abogados como los Consejos estén llamados a desempeñar un importante papel en la formación de futuros delegados de protección de datos ya sea en el marco del Esquema de Certificación de la Agencia Española de Protección de Datos o no. La participación de los Colegios de Abogados y los Consejos en dicha formación es conveniente y necesaria ya que el programa o temario del esquema es eminentemente jurídico y aunque el candidato a delegado de protección de datos no tuviera una formación jurídica previa, necesita adquirir conocimientos jurídicos que los profesionales jurídicos están en mejor posición de proporcionar.

La formación del delegado de protección de datos tiene que ser continua, lo que el Reglamento trata también de garantizar al indicar que el responsable y el encargado del tratamiento respaldarán a aquél “para el mantenimiento de sus conocimientos especializados” (art. 38.2).

Ante el nuevo panorama que se presenta con la aprobación del Reglamento General de Protección de Datos y de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos el Consejo General de la Abogacía, sobre la base de su Plan Estratégico de la Abogacía para 2017-2020, Plan Abogacía 2020_Soluciones, debe ser uno de los principales impulsores de la figura del delegado de protección de datos, prestando especial atención a que se trata de una figura que debe tener un claro perfil jurídico máxime cuando se trata de ayudar a responsables y encargados del tratamiento a adoptar medidas destinadas a garantizar el derecho fundamental a la protección de datos personales. Las oportunidades y retos que se abren a los abogados y despachos de abogados son sin duda de gran importancia lo que permitirá consolidar aún más el derecho fundamental a la protección de datos.

⁵¹ *Ibid.*, pág. 12.

5. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto es posible formular las siguientes conclusiones:

PRIMERA: El Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), que será plenamente aplicable a partir del 25 de mayo de 2018, establece un nuevo modelo europeo de privacidad que gira en torno a la responsabilidad activa (*accountability*) y a la aproximación basada en el riesgo para los derechos y las libertades fundamentales de las personas cuyos datos personales son objeto de tratamiento. El Proyecto de nueva Ley Orgánica de Protección de Datos confirma la implantación del nuevo modelo.

SEGUNDA: En este nuevo modelo europeo de privacidad cobra especial protagonismo el delegado de protección de datos.

TERCERA: El delegado de protección de datos, figura nueva en España pero ya conocida en otros Estados miembros así como en las instituciones y organismos de la Unión Europea, es un profesional que puede ser tanto una persona física como jurídica, empleado o no de la organización que le designa, que requiere de sólidos conocimientos jurídicos sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales y la práctica en la materia, así como capacidad para desempeñar sus funciones.

CUARTA: La figura del delegado de protección de datos supone una gran oportunidad para los abogados y despachos de abogados, dado que ha de tener un perfil jurídico. El Plan Estratégico de la Abogacía para 2017-2020 del Consejo General de la Abogacía Española contiene más de una referencia a la importancia de la protección de datos y/o de la privacidad.

QUINTA: Los Colegios de Abogados y los Consejos, en cuanto autoridades u organismos públicos, deben designar delegados de protección de datos. De acuerdo al Proyecto de LOPD se considera infracción grave “el incumplimiento de la obligación de designar un delegado de protección de datos cuando sea exigible”.

SEXTA: Es posible que un delegado lo sea para varios Colegios o que los Consejos y en particular el Consejo General de la Abogacía Española ofrezca el servicio de delegado de protección de datos a los colegios que, por sus características o por otras circunstancias, no estén en disposición de hacer frente a la obligación que establecen el Reglamento y el Proyecto de LOPD.

SÉPTIMA: El delegado de protección de datos debe reunir al menos los siguientes requisitos: conocimientos especializados del Derecho, práctica

sobre protección de datos, y capacidad para desempeñar las funciones y las tareas que se le asignen.

OCTAVA: El Reglamento no señala cómo pueden acreditarse los requisitos que exige para la designación de delegados. El Proyecto de LOPD sin embargo indica que podrán acreditarse por los medios correspondientes, incluidos los mecanismos de certificación. La Agencia Española de Protección de Datos ha impulsado la certificación voluntaria del delegado de protección de datos. En cualquier caso, la certificación de cualificaciones no es obligatoria para la designación de un profesional como delegado de protección de datos.

NOVENA: La Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), acreditará a los organismos de certificación que certifiquen a los delegados de protección de datos sobre la base de sus competencias y, en particular, de sus conocimientos, que podrán ser ofrecidos por las entidades de formación.

DÉCIMA: Los juristas en general y los abogados en particular están en una muy buena posición para ejercer como delegados de protección de datos. Los Colegios y los Consejos deben valorar la posibilidad de poner en marcha iniciativas de formación de profesionales y en su caso de certificación de delegados de protección de datos. El Consejo General de la Abogacía Española, los demás Consejos y los Colegios de Abogados pueden en efecto desempeñar un importante papel como entidades de formación.

DECIMOPRIMERA: La designación, ya sea obligatoria o voluntaria, de un delegado de protección de datos implica que tenga que cumplirse con los requisitos incluidos en el Reglamento: que se garantice su independencia, que se le proporcionen los recursos necesarios o que sea el interlocutor de la organización con las partes interesadas, tales como las autoridades de protección de datos. El Proyecto de LOPD considera infracción grave “no posibilitar la efectiva participación del delegado de protección de datos en todas las cuestiones relativas a la protección de datos personales, no respaldarlo o interferir en el desempeño de sus funciones”.

DECIMOSEGUNDA: La independencia del delegado de protección de datos, que implica que no puede recibir instrucciones del responsable o el encargado del tratamiento en el ejercicio de sus funciones, es esencial para que pueda desempeñarlas adecuadamente. Esta garantía no impide que lleve a cabo otras funciones siempre que no generen conflicto de intereses. A las funciones que el Reglamento asigna al delegado se ha añadido por el Proyecto de LOPD la intervención en caso de reclamación ante las autoridades de protección de datos.

DECIMOTERCERA: La responsabilidad por el incumplimiento del RGPD o de la normativa nacional sobre protección de datos es exigible a quienes tienen que cumplir con la misma, ya sea el responsable, el encargado del tratamiento o ambos, pero no al delegado de protección de datos.

DECIMOCUARTA: Los Colegios de Abogados y Consejos tendrán que designar a sus delegados de protección de datos, considerando los requisitos previstos en el Reglamento y en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos. Su designación, aunque sea obligatoria, es también una oportunidad para impulsar una figura que claramente debería tener un perfil jurídico, dados los conocimientos requeridos, las funciones y tareas a desempeñar, y la trascendencia que dicha figura tendrá para la evolución del derecho fundamental a la protección de datos personales.

DÉCIMOQUINTA: El Consejo General de la Abogacía debe ser uno de los principales impulsores de la figura del delegado de protección de datos, prestando especial atención a que se trata de una figura que debería tener un claro perfil jurídico máxime cuando se trata de ayudar a responsables y encargados del tratamiento a adoptar medidas destinadas a garantizar el derecho fundamental a la protección de datos personales.

La fijación de honorarios de abogado en el procedimiento de tasación de costas

(Informe 2/2017)

Sumario: 1. OBJETO DE ESTE INFORME. 2. OBJETO, COMPETENCIA, LEGITIMACIÓN ACTIVA Y TIEMPO EN QUE PUEDE INSTARSE LA TASACIÓN DE COSTAS. 3. CUESTIONES QUE DEBEN EXAMINARSE Y DECIDIRSE EN EL PROCEDIMIENTO DE TASACIÓN DE COSTAS EN RELACIÓN A LOS HONORARIOS DE ABOGADO. 3.1. Requisitos formales de la solicitud de tasación de costas en relación a los honorarios de abogado. 3.2. Circunstancias determinantes de la impugnación de la tasación de costas por indebidas. 3.3. Circunstancias determinantes de la cuantía de los honorarios. En particular, la cuantía del asunto. 4. LA CONDENAS EN COSTAS EN EL PROCEDIMIENTO DE TASACIÓN DE COSTAS. 5. CONCLUSIONES

1. OBJETO DE ESTE INFORME

El objeto de este Informe es el análisis de determinados aspectos del procedimiento de tasación de costas en relación a los honorarios de abogado. En particular, este Informe se refiere a los requisitos de legitimación activa y tiempo de presentación de la solicitud de tasación de costas; a algunos de los extremos que deben examinarse y decidirse en el procedimiento de tasación de costas; y a la posibilidad de condena en costas al abogado del solicitante de la tasación.

El procedimiento de tasación de costas está regulado en los arts. 241 a 246 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 2000, cuya redacción ha sido modificada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por el RD-Ley 3/2013, de 22 de febrero, y por la Ley 42/2015, de 5 de octubre. Pero, aun así, la regulación del procedimiento de tasación de costas sigue adoleciendo de ciertas imprecisiones y de algunas reglas equívocas, y de dudosa justificación, que afectan de manera particular a los abogados, a su actuación y a la tasación de sus honorarios.

En este Informe se van a examinar algunos de los puntos que entendemos están más necesitados de una aclaración o modificación en su regulación legal.

2. OBJETO, COMPETENCIA, LEGITIMACIÓN ACTIVA Y TIEMPO EN QUE PUEDE INSTARSE LA TASACIÓN DE COSTAS

La tasación de costas tiene por objeto fijar las partidas y cuantías de las que debe responder la parte que haya sido condenada, en una previa resolución judicial, al pago de las costas del proceso. La competencia para resolver sobre la tasación de costas se atribuye en la LEC al Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado o Tribunal que acordó la condena en costas, sin perjuicio del recurso de revisión que puede interponerse contra sus resoluciones ante el referido Juzgado o Tribunal.

Es un procedimiento especial de fijación del importe de las costas que no excluye la posibilidad de que sean fijadas por el procedimiento declarativo ordinario que corresponda, pero que, a diferencia de tal proceso ordinario, permite sin más trámites la ejecución por vía de apremio. En efecto, la existencia y regulación de la tasación de costas no impide iniciar un procedimiento declarativo a tal fin, incluso después de que en un procedimiento de tasación de costas se hubieran excluido los honorarios de Letrado por indebidos, por ejemplo, por no estar detallados (en este sentido Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de febrero de 2007, RJ 2007/1519, o las que en él se citan de 15 de julio de 1987, RJ 1987/5493 y 9 de marzo de 1988, RJ 1988/1820).

En relación a la parte legitimada para iniciar el procedimiento, resulta claro que con la LEC de 2000 solo puede solicitar la tasación de costas la parte que obtuvo a su favor la condena en costas. En este sentido, el art. 242.2 LEC señala que *“la parte que pida la tasación de costas presentará con la solicitud los justificantes de haber satisfecho las cantidades cuyo reembolso reclame”*. Esto es, resulta claro que, conforme al art. 242.2, es la parte beneficiada por la condena en costas en el litigio principal la que puede pedir la tasación de costas, como titular del derecho. (Así, entre otras muchas, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (SAP) de 12 de marzo de 2008, SAP de Jaén 10 de junio de 2010, SAP Barcelona 18 de marzo de 2005, o Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2003, RJ 2003/561).

De acuerdo con la jurisprudencia más reciente, no puede pedir la tasación de costas ni el abogado ni el procurador en su propio nombre, sino solo en nombre del cliente, beneficiado por la condena en costas, al que representan o defienden. Ello a pesar de la confusa terminología del art. 242 LEC cuando afirma que una vez firme la resolución en la que se hubiese impuesto la condena en costas, los abogados, entre otras personas que hubieran intervenido en el juicio y tengan algún crédito contra las

partes que deba ser incluido en la tasación de costas, podrán presentar ante la Oficina Judicial “*minuta detallada de sus derechos u honorarios y cuenta detallada y justificada de los gastos que hubieran suplido*”. Han interpretado los Tribunales que tal redacción no supone que puedan los abogados, por sí mismos, solicitar la tasación de costas pues, el crédito derivado de la condena en costas, y la consecuente posibilidad de pedir su tasación, no es un derecho del abogado sino de su cliente, de la parte favorecida por el fallo. El antecedente de la actual redacción del art. 242 LEC está en el art. 423.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1981, que contemplaba la posibilidad de que los abogados presentaran sus minutas por sí mismos ante el tribunal cuando la liquidación de las costas se realizaba de oficio por éste, lo que exigía que el tribunal tuviera constancia de la minuta de los profesionales para incluirla en la tasación.

Tampoco puede el abogado, que vea que la solicitud de tasación de costas —o la tasación del Letrado de la Administración de Justicia— no contemple sus honorarios, solicitar su inclusión pues, conforme al art. 245 LEC, solo corresponde a su cliente, esto es, a la parte favorecida por el fallo, impugnar la tasación si el Letrado de la Administración de Justicia no hubiera incluido la totalidad de la minuta de los honorarios de su abogado.

En definitiva, el abogado del solicitante de la tasación de costas no interviene en este procedimiento en su propio nombre o derecho, sino en defensa y por cuenta de su cliente y reclamando un derecho del que es titular su cliente. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de que en las relaciones internas abogado/cliente pueda el primero exigir al segundo (independientemente de la suerte que corra la tasación de costas) la cuantía de sus honorarios según lo pactado entre ambos.

En relación al tiempo en que ha de presentarse la solicitud de tasación de costas ante el Juzgado, no se establece en la LEC un plazo de prescripción o caducidad ni, así, un momento final para poder presentar la tasación de costas. Sin embargo, el Acuerdo Gubernativo del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2009 aplica el plazo de caducidad de 5 años contemplado en el art. 518 LEC y en este sentido se han pronunciado los Autos del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2011 (JUR 2011/415044), 11 de septiembre de 2012 (RJ 2012/9012) o 30 de abril de 2013 (JUR 2013/170419)

Ahora bien, la Ley de Enjuiciamiento Civil sí establece un límite temporal inicial, pues dispone que la tasación de costas sólo puede hacerse después de que haya adquirido firmeza la resolución judicial por la que se condena en costas.

En este sentido, el art. 242 de la LEC, bajo la rúbrica “*Solicitud de tasación de costas*”, comienza afirmando que

“Cuando hubiera condena en costas, luego que ésta sea firme, procederá la exacción de las mismas por el procedimiento de apremio, previa su tasación, si la parte condenada no las hubiera satisfecho antes de que la contraria solicite dicha tasación”.

Por tanto, habrá de esperarse a que quede firme la resolución judicial que imponga la condena en costas para, después, iniciar el procedimiento de tasación.

No es fácil entender la razón de que la Ley no permita la tasación de las costas mientras la sentencia no sea firme o, incluso, por qué no permita la ejecución forzosa de esa tasación. Particularmente difícil es comprender tal limitación después de que, con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, se impusiera como regla general la posibilidad de ejecución provisional de las sentencias no firmes. Esto es, no es fácil entender por qué no pueda instarse la tasación y pago de las costas y sí pueda instarse la liquidación y ejecución de cualquier otra deuda a cuyo pago se condene en la sentencia aún no firme.

La falta de sentido de tal regla se evidencia aún más si se tiene en cuenta que, de haberse instado la ejecución provisional de la sentencia, ésta podría llevar aparejada la tasación y pago de costas del procedimiento de ejecución provisional de sentencia. Esto es, conforme a la LEC hoy vigente no se podrían tasar, ni exigir el pago, de las costas a las que condene una sentencia hasta que ésta no sea firme y, sin embargo, sí se podría exigir la liquidación y pago de cualquier otra deuda a la que condene la sentencia no firme, e incluso se podrían tasar y exigir las costas del procedimiento de ejecución provisional de esas otras deudas a las que condene la sentencia no firme.

En efecto, el art. 527 LEC prevé que la ejecución provisional (no la tasación de costas) pueda solicitarse en cualquier momento desde la notificación de la providencia en que se tenga por interpuesto recurso de apelación o se de traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso; el art. 524.3 LEC dispone que “*En la ejecución provisional de las sentencias de condena, las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades procesales que en la ordinaria*”; y el art. 539 LEC prevé que, salvo las excepciones que contempla, las costas del procedimiento de ejecución (y, así, también las costas del procedimiento de ejecución provisional) serán a cargo del ejecutado sin necesidad de expresa imposición. De este modo, la ejecución provisional se despachará por la cantidad correspondiente al

principal e intereses y también por la cantidad correspondiente a las costas de esa ejecución provisional (575 LEC) (sin incluir, sin embargo, las costas del procedimiento en que se dictó la resolución que se ejecuta provisionalmente).

Es cierto que la doctrina generalizada ha entendido que no procede el pago de las costas de la ejecución provisional cuando el ejecutado haya cumplido voluntariamente en el plazo de los 20 días siguientes a la notificación del auto despachando la ejecución (entre otras muchas, SAP de Asturias, 208/2005, de 3 de julio, Rec. 176/2005; auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de abril de 2011, JUR 2011/240199; y SAP de Castellón de 22 de diciembre de 2006, JUR 2007/228448). Sin embargo, si se da el caso de que, despachado auto de ejecución provisional, se ignora su cumplimiento voluntario en los 20 días siguientes, sí procederá el pago de las costas causadas en esa ejecución provisional.

En definitiva, puede perfectamente suceder, y sucede, la absurda situación de que, no pudiéndose tasar las costas de la sentencia que aún no es firme, pudieran sin embargo tasarse las costas del procedimiento de ejecución provisional de esa misma sentencia.

3. CUESTIONES QUE DEBEN EXAMINARSE Y DECIDIRSE EN EL PROCEDIMIENTO DE TASACIÓN DE COSTAS EN RELACIÓN A LOS HONORARIOS DE ABOGADO

Para resolver sobre la tasación de las costas correspondientes a honorarios de Abogado, el Letrado de la Administración de Justicia debe decidir sobre si son, total o parcialmente, indebidos o excesivos.

Tal decisión exige considerar diversos aspectos entre los que, en esencia, pueden diferenciarse los que se refieren a los requisitos formales para la inclusión de los honorarios de abogado, en particular en relación a la forma de la minuta necesaria para la tasación de costas de los honorarios de abogado; los que se refieren a consideraciones sustantivas sobre si los honorarios de abogado son, total o parcialmente, debidos o indebidos; y los que se refieren a la determinación de si la cuantía reclamada como honorarios de abogado resulta ajustada o excesiva.

Para la resolución sobre cada una de estas cuestiones, el órgano decisor debe tener en cuenta distintas circunstancias, algunas de ellas ya determinadas en el proceso judicial en el que se produjo la condena en costas y

otras que, no habiéndose planteado en el proceso principal, constituyen el objeto propio del procedimiento de tasación de costas.

Pasamos a analizar algunas de ellas.

3.1. Requisitos formales de la solicitud de tasación de costas en relación a los honorarios de abogado

En relación a los requisitos de la solicitud de tasación de costas, como se ha dicho, el art. 242 LEC dispone que *“la parte que pida la tasación de costas presentará con la solicitud justificante de haber satisfecho las cantidades cuyo reembolso reclama”*, y añade en el párrafo 5 que *“los abogados, peritos y demás funcionarios que no estén sujetos a arancel fijarán sus honorarios con sujeción, en su caso, a las normas reguladoras de su estatuto profesional”*.

A lo anterior debe añadirse la necesidad de minuta detallada establecida en el artículo 243 LEC cuando dispone que *“no se incluirán en la tasación los derechos correspondientes a escritos y actuaciones que sean inútiles, superfluas o no autorizadas por la Ley, ni las partidas de la minutas que no se expresen detalladamente o se refieran a honorarios que no se hayan devengado en el pleito”*.

De este modo, en relación a los requisitos formales, la jurisprudencia ha entendido que la LEC exige que la solicitud vaya acompañada de una *“minuta”* del abogado que habrá de ser *“detallada”* y fijada con sujeción *“a las normas reguladoras de su estatuto profesional”*, incluyendo el IVA *“de conformidad con lo dispuesto en la Ley que lo regula”*.

En relación con ello, se pueden plantear las siguientes cuestiones:

- ¿Qué forma y contenido debe tener la *“minuta”* a la que se refiere la LEC? *“Minuta”*, según la Real Academia de la Lengua Española, es el *“escrito que expiden los abogados, procuradores, notarios y otros profesionales detallando sus honorarios”*. Se trata, por tanto, de un documento elaborado por el abogado y que se refiere a sus propios honorarios, pero ni es una factura ni debe tener los requisitos propios de una factura y, así, como recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2005, JUR 2005/110996, el Tribunal Supremo considera que no es necesario que con la solicitud de tasación de costas se acompañen facturas sino que basta lo comúnmente llamado *“minuta de honorarios”*, *“factura pro forma”* o *“nota informativa de honorarios”* (vid. Informe de esta Comisión Jurídica nº 4/2015).

Parecería que, conforme a las normas arriba citadas, referidas a la minuta detallada que se debe acompañar a la solicitud de tasación de costas, el abogado del solicitante de la tasación debe confeccionar, y adjuntar con la solicitud de tasación de costas, una nota sobre los honorarios que él mismo haya percibido o que vaya a percibir. Sin embargo, esto no es así a la luz de la jurisprudencia que se ha sentado sobre la cuestión. Pues la “minuta” que presenta el solicitante de la tasación de costas ni tiene que contener lo que ese cliente ha pagado o va a pagar, ni lo que ha percibido o va a percibir el abogado que la emite, ni lo que se ha pactado entre abogado y cliente sobre honorarios.

En efecto, por un lado, la “minuta” no tiene que referirse a lo ya cobrado por el abogado. Pues aunque la LEC exige la presentación de “*justificantes de haber satisfecho las cantidades cuyo reembolso reclama*”, la jurisprudencia ha sido mayoritaria en señalar que tal requisito de justificación de previo pago no es exigible en materia de honorarios de abogados cuando la efectiva intervención de abogado resulte de las propias actuaciones (vid. Informe de esta Comisión Jurídica n° 4/2015).

Pero no solo no ha de acreditarse que se hayan pagado ya los honorarios del Abogado, sino que, además, tampoco ha de acreditarse que sean los honorarios pactados y aún no pagados. Es más, la jurisprudencia considera que los honorarios reclamados por el solicitante de la tasación de costas no tienen por qué coincidir con los que se vayan a pagar por la parte reclamante a su Abogado. En efecto, la jurisprudencia se separa del criterio de la restitución de lo soportado y en algunas ocasiones considera no procedente, por excesiva, la tasación de los honorarios de abogados aunque se acredite haber pagado la cantidad que se reclama, y, por el contrario, en otros casos, sí la considera procedente aunque se acredite que no se han pagado ni se van a pagar los honorarios que se reclaman.

Así, por un lado, el hecho de que se acredite que los honorarios de abogado que se reclaman se hayan realmente pagado no da derecho al reembolso, pues la doctrina jurisprudencial considera que en la tasación de costas no se trata de determinar los honorarios a pagar, o que se hayan pagado, al letrado de la parte beneficiada por la condena en costas, sino de determinar la carga que debe soportar el condenado en costas respecto de los honorarios del letrado. Así se pronuncian, entre otros muchos, los autos del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de febrero de 2010, Rec. casación 284/2008, 8

de noviembre de 2007, JUR 2007/345584 u 8 de enero de 2008, JUR 2008/28750.

Y, por el lado contrario, se entiende procedente la tasación y pago de las costas correspondientes a honorarios de abogado aun cuando el letrado en cuestión, por estar sujeto a una relación laboral o administrativa de dependencia, no vaya a percibir honorario alguno distinto de un sueldo o retribución fija e independiente de su intervención en el procedimiento judicial de que se trate (vid. en este sentido el Informe de la Comisión Jurídica nº 4/2015).

Es más, el Letrado minutante puede ser otro distinto del que intervino en el proceso (por todas, las SSTs 24 de noviembre de 2009, Rec. 2301/06, y 22 de junio de 2010, Rec. 37/03).

Por tanto, con la jurisprudencia actual, las cifras que aparezcan en la minuta que se acompaña con la tasación de costas no tienen por qué coincidir con lo que haya cobrado, o vaya a cobrar, el abogado que expide la minuta.

Por otro lado, debe señalarse que el art. 242 de la LEC de 2000 ya no exige (a diferencia del antiguo art. 423 de la LEC de 1881) que la minuta esté firmada. Con ello se elimina un requisito que no tenía transcendencia alguna pues la solicitud de tasación de costas, a la que se acompaña la minuta, sí habrá de estar firmada por el abogado y procurador que actúan en nombre del solicitante (dado que es preceptiva la firma de abogado en el escrito de solicitud de tasación de costas, al no estar excluido en el art. 31 LEC).

– ¿Cuál es el “detalle” necesario en la minuta?

El requisito de que la minuta de honorarios sea detallada es fundamental para que puedan incluirse los honorarios de abogado en la tasación de costas. Si la minuta no está detallada, los honorarios de abogado serán excluidos de la tasación de costas por indebidos, pues, como dice el art. 243.2 LEC, *“no se incluirán en la tasación de costas ... las partidas de las minutas que no se expresen detalladamente ...”*.

La importancia de este requisito hace necesaria alguna reflexión sobre en qué consiste el detalle que se exige, sin embargo la jurisprudencia en este punto no resulta uniforme.

Como dice la SAP Islas Baleares de 18 de octubre de 2010 (JUR 2010/411671), la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha flexibilizado mucho el requisito de “detalle”, exigiendo solamente que en la

minuta se individualicen cuáles son los conceptos que se minutan, pero permitiendo que luego se fije en una cifra global la cantidad total en que consistan los honorarios, siempre y cuando sea posible calcular cuál es el porcentaje del total, o la cantidad, que corresponda a cada concepto (de modo que pueda excluirse del total cualquier cantidad o porcentaje si el concepto minutable en cuestión se considera indebido). En este sentido, entre otras muchas, las SSTs 30 de mayo de 2008, RJ 2008/3189, o 18 de septiembre de 2002, RJ 2002/7833. Esto es, como recuerdan la SAP de Zaragoza 26 de abril de 2007 (JUR 2007/270645), SAP de Valencia 15 de enero de 2007 (JUR 2007/235057) y SAP de León de 14 de mayo de 2008 (JUR 2008/331106), el criterio jurisprudencial consolidado es que se permite que en la minuta solo se fije una cantidad global siempre que sea factible individualizar los importes de los diferentes conceptos minutables *“mediante un elemental cálculo matemático”*.

En esta línea, la STS 30 de mayo de 2008 consideraba indebida por falta de detalle la minuta de la letrada que fijaba una cifra global, por impugnación de recurso, asistencia a la vista, personación y estudio, sin poder conocerse qué parte correspondía a personación (que no puede minutarse por el letrado por ser una actuación innecesaria, pues para la personación bastaba la firma del procurador) y qué parte correspondería al estudio (que *“carece de significación autónoma en cuanto resulta necesario para formular la impugnación”*).

Igualmente, por ejemplo, el Tribunal Supremo considera suficiente el detalle consistente en *“por toda la tramitación del recurso de casación hasta sentencia”*, y la cita de la norma correspondiente del baremo o normas aprobadas por el Colegio respectivo, afirmando que *“ni la indeterminación relativa ni una globalización que no encubra una actividad incorrecta justifican la declaración de honorarios indebidos”* (STS de 23 de mayo de 1996, RJ 1996/4003, citada por SAP Murcia 23 de septiembre de 2008, AC 2009/729). O considera que es suficiente *“la expresa referencia al criterio colegial correspondiente y la propia evidencia de la intervención profesional en el escrito de alegaciones previo al auto de esta Sala inadmisorio del recurso de casación de la hoy impugnante”*. (ATS, Sala de lo Civil, de 22 de marzo de 2010, RJ 2010/3916).

Pero, por otro lado, mantiene el Tribunal Supremo que el detalle exigible no implica que se citen los criterios tenidos en cuenta para fijar la cuantía de cada partida ni, en fin, que se citen los criterios del Colegio de Abogados respectivo. Así la STS de 10 de julio de 2009

(RJ 2009/4773) considera suficiente detalle que la minuta exprese “que la cantidad que comprende lo es por personación e impugnación del recurso de casación, lo que cumple la exigencia de detalle a que dicha norma se refiere sin que la impugnación pueda prosperar por falta de referencia a la norma colegial sobre honorarios en la expresada minuta, pues tales normas y la cuantía del proceso son suficientemente conocidas por la parte impugnante”. E, igualmente, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 15 de septiembre de 1989, RJ 1989/6935 y 20 de mayo de 2000, RJ 2000/5084, y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Especial del art. 61 LOPJ, de 17 de noviembre de 2005, RJ 2007/6435, afirman que no es necesario ni obligatorio citar las disposiciones concretas de las normas sobre honorarios profesionales del correspondiente Colegio de Abogados aplicables a los conceptos reclamados.

Por su parte, la SAP de Madrid de 9 de febrero de 2010 (JUR 2010/168670) es de interés no solo porque expresa el criterio cada vez más flexible sentado por el Tribunal Supremo sino porque, además, en esta línea, considera detallada la fijación de una cantidad global por el proceso en primera instancia (sin detalle de actuaciones diferenciadas), y, aunque entiende indebida la cantidad correspondiente a la vista por no haberse ésta celebrado, considera, aunque no se haya dicho, que a la vista corresponde el 30% del total conforme a los criterios colegiales.

En definitiva, el requisito de “detalle” en las minutas debe exigirse sólo en función de la finalidad a la que responde que no es otra que permitir que se controle y se decida si la minuta es, total o parcialmente, debida o indebida o, como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1980 (RTC 1990/26) “garantizar a la parte condenada en costas el conocimiento que precisa para ejercer plenamente su derecho de contradicción”, pero la apreciación de esta circunstancia en cada caso no es uniforme en la jurisprudencia española.

3.2. Circunstancias determinantes de la impugnación de la tasación de costas por indebidas

La consideración de los honorarios de abogado como indebidos puede producirse, además de porque no se hubiera expresado la minuta con el detalle exigible, porque en ella se hayan incluido actuaciones inútiles, superfluas o no autorizadas por la Ley, porque se refiera a honorarios que no

se hayan devengado en el pleito, o porque se refieran a actuaciones judiciales realizadas por el abogado cuando su intervención no fuera preceptiva.

Ello determina que, a efectos de la tasación de costas, en relación con los honorarios de abogado, deba analizarse por el Letrado de la Administración de Justicia, en primer lugar, si la minuta está detallada; en segundo lugar, si la actuación a la que se refiere es inútil, superflua o no autorizada por la Ley, o ajena al pleito; y, en tercer lugar, si resultaba o no preceptiva la intervención de abogado. En efecto:

- a) El detalle de la minuta. Al carácter detallado o no de la minuta, que debe evidentemente ser analizado en el procedimiento de tasación de costas y no podrá haber sido analizado en el proceso principal, nos hemos referido más arriba. Naturalmente, la apreciación de si la minuta está o no detallada no exige prueba alguna más que el análisis directo de su contenido.
- b) El carácter inútil, superfluo o no autorizado por la Ley de una determinada actuación del abogado. Tal circunstancia se produce cuando, siendo cierto que el abogado realizó una actuación, ésta no era necesaria para la defensa de la parte. Por ejemplo la comparecencia en un recurso de apelación o casación como recurrido cuando tal actuación no resultaba necesaria para la defensa de los intereses de su cliente porque, cualquiera que fuera la resolución del recurso, solo afectase a la recurrente y a otras partes en litigio distintas de la que reclama las costas (así SAP de La Rioja 11 de mayo de 2006, JUR 2006/169155 y Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de octubre de 2002 y 19 y 20 de noviembre de 2003 que en ella se citan).

El carácter superfluo, inútil o indebido podrá en algún caso haberse apreciado en el procedimiento principal, pero en otros casos habrá de apreciarse en el proceso de tasación de costas. Así, habrá sido decidido durante el proceso judicial si, por ejemplo, el Juzgado hubiera inadmitido las actuaciones realizadas por el letrado, de modo que no quepa ya que por el Letrado de la Administración de Justicia se revise lo ya decidido en el procedimiento principal. Pero también podrá suceder que en el procedimiento principal no haya un pronunciamiento sobre el carácter inútil o superfluo de determinada actuación para la defensa de la parte, y deba decidirse sobre esta cuestión en el procedimiento de tasación de costas.

En todo caso, no parece que resulte necesaria prueba alguna para decidir sobre el carácter superfluo, inútil o indebido de una determinada actuación, más allá de lo que se derive de los autos.

- c) La intervención no preceptiva de abogado. El tercer supuesto enunciado, en el que procedería la declaración de indebidos de los honorarios de abogado, es el caso de que su intervención no fuera preceptiva. En este sentido, el art. 241 LEC dice que se considerarán costas *“los honorarios de la defensa y la representación técnica cuando sean preceptivas”*.

Por su parte, el art. 32.5 LEC dispone que, cuando la intervención de abogado no sea preceptiva, de la eventual condena en costas de la parte contraria a la que se hubiese servido dicho profesional se excluirán los derechos y honorarios devengados por el mismo. Sin embargo, el art. 32.5 contempla dos supuestos en que sí procede la inclusión en la tasación de costas de los honorarios de letrado aunque su intervención no hubiera sido preceptiva: que el Tribunal aprecie temeridad en la conducta del condenado en costas y que el domicilio de la parte beneficiada por la condena en costas esté en lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. En el primer caso no se aplicarán las limitaciones a que se refiere el apartado 3 del art. 394 de la Ley.

De este modo, para decidir sobre la exclusión por indebidos de los honorarios del abogado en el procedimiento de tasación de costas debe de dilucidarse, en primer lugar, si la intervención del abogado era preceptiva y, en segundo lugar, si, aun no siendo preceptiva, procede el pago de los honorarios por el condenado en costas por haber habido temeridad o por tener su domicilio el beneficiado por la condena en costas en el lugar distinto de aquél en que se desarrolló el juicio.

Para la determinación de si la intervención de abogado era preceptiva ha de estarse a lo dispuesto en el art. 31 de la LEC, que señala que la intervención de abogado es necesaria en todo litigio exceptuándose solamente:

- 1) Los juicios verbales cuya determinación se haya efectuado por razón de la cuantía, y ésta no exceda de 2.000 €, y la petición inicial de los procedimientos monitorios conforme a lo previsto en la Ley.
- 2) Los escritos que tengan por objeto personarse en juicio, solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio o pedir la suspensión

urgente de vistas o actuaciones. Pero el art. 31 contempla, a su vez, una salvedad a esta excepción referida al supuesto de que la suspensión de vistas o actuaciones que se pretende se funde en causas que se refieran especialmente al abogado, en cuyo caso sí deberá firmar el escrito, “*si fuera posible*”.

Conforme al art. 32 LEC, aunque no sea preceptiva su intervención podrán las partes ser defendidas por abogado, haciéndolo constar así el demandante en su demanda o en los tres días siguientes a que sepa que el demandado comparecerá asistido de abogado, y comunicándolo asimismo el demandado al tribunal dentro de los tres días siguientes a la recepción de la notificación de la demanda.

Por tanto, a efectos de decidir en la tasación de costas si la intervención de abogado era o no preceptiva, debe considerarse que antes del inicio del procedimiento de tasación de costas habrá habido un posicionamiento de las partes o del tribunal sobre esta cuestión.

Así, podrá haber sucedido que en el procedimiento principal se haya pronunciado ya el Juzgado exigiendo la intervención de abogado (por considerar que no se producía ninguna de las excepciones relativas a los juicios verbales y monitorios, ni se trataba de un escrito de personación, solicitud de medidas urgentes anteriores al juicio o suspensión urgente de vistas o actuaciones), en cuyo caso resulta claro que no puede ya, en la tasación de costas, haber un pronunciamiento sobre el carácter no preceptivo de la intervención de abogado. Pues la decisión firme del Juzgado o Tribunal habría determinado que en el caso concreto sí se exigía la intervención del Letrado.

Si no hubiera habido en el procedimiento en que se dictó la condena en costas decisión judicial alguna sobre el carácter preceptivo o no de la intervención de abogado, debe igualmente estarse, en el procedimiento de tasación de costas, por obvias razones de seguridad jurídica y de prohibición de ir contra los propios actos, a lo manifestado o consentido por las partes en el litigio. Ello considerando que, o bien las partes han intervenido sin abogado, sin objeción alguna de contrario, en cuyo caso ha de entenderse que aceptan que no era preceptivo; o bien han intervenido con abogado, manifestando expresamente que lo hacen aun no siendo preceptiva su intervención, en cuyo caso habrá de entenderse en la tasación de costas que, conforme a lo aceptado por las partes, no era preceptiva la intervención de abogado; o bien han intervenido con abogado sin hacer manifes-

tación alguna, en cuyo caso se ha de entender que ambos consentían en el carácter preceptivo de tal intervención.

En definitiva, el Letrado de la Administración de Justicia debe pronunciarse sobre el carácter preceptivo o no de la intervención sujetándose a lo decidido por el Juzgado, o a lo manifestado o consentido por las partes, en el proceso judicial principal.

En este sentido, y debido a la conexión del carácter preceptivo de la intervención con la cuantía del asunto, la SAP de Madrid de 21 de abril de 2010 (JUR 2010/233111) considera que debe de estarse a la cuantía inferior a 2.000 € fijada en el auto de admisión de la demanda que no fue impugnada por la demandada, no admitiéndose que luego, en el momento de la tasación de costas, se pretenda fijar, a efectos de considerar preceptiva la intervención de abogado, una cuantía superior a la fijada en la resolución judicial de admisión de la demanda.

Ahora bien, como se ha dicho, los honorarios serán debidos, aún no siendo precisa la intervención de abogado (y de procurador), si existe temeridad en la conducta del condenado en costas o si el domicilio de la parte beneficiada por la condena en costas está en lugar distinto a aquél en que se ha tramitado el juicio.

La existencia de temeridad determinante de la imposición de costas o determinante de la exclusión del límite del art. 394.3 de la LEC, depende, conforme a este último artículo, del pronunciamiento que corresponde al Juez en la sentencia. Por tanto, estando fijado en la sentencia firme, no podría ser ello revisado por el Letrado de la Administración de Justicia en el procedimiento de tasación de costas.

El domicilio del litigante a efectos de determinar si es distinto de aquel en que se haya celebrado el juicio deberá también ser considerado por el Letrado de la Administración de Justicia en el procedimiento de tasación de costas. Sin embargo, y nuevamente en aplicación de los principios de prohibición de ir contra los actos propios y de seguridad jurídica, la decisión vendrá determinada por la propia declaración realizada por el demandante en su demanda, pues carecería de sentido que a efectos procesales se tenga un domicilio y sin embargo en el momento de la tasación de costas se fije otro distinto. Ahora bien, es posible que en la demanda no se hubiera fijado domicilio pues el art. 155 de la LEC y, por remisión, el art. 399 del mismo texto legal, establece que el domicilio del demandante será el que se haya hecho constar en la demanda o en la petición o solicitud con

la que se inicie el proceso, pero que, no obstante, cuando el demandante actúe representado por procurador, los actos de comunicación se entenderán con él, no siendo necesario la fijación de un domicilio del demandante. De este modo, si en la demanda no se fijó el domicilio de la parte demandante habrá de decidirse en el procedimiento de tasación costas en base a las pruebas o evidencias que se aporten.

Para el análisis de estos extremos, debe considerarse que la tramitación de la impugnación de tasación de costas por indebida se contempla en el art. 246 LEC, cuya redacción se ha modificado con la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

En efecto, el texto original de la LEC de 2000, el art. 246 LEC establecía que, en caso de impugnación de la tasación de costas por haberse incluido en ella partidas indebidas (entre ellas los honorarios del abogado) o por no haberse incluido las debidas, se convocaría a las partes a una vista continuando la tramitación del incidente con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal. En esta comparecencia podría, en su caso, practicarse las pruebas procedentes conforme a las reglas del juicio verbal.

Sin embargo, tras la reforma en 2009, el art. 246 LEC solo establece, para el caso de impugnación de las costas por indebidas, que el Letrado de la Administración de Justicia dé traslado a la otra parte por tres días y resuelva mediante decreto en el plazo de otros tres días. Lo anterior, supone en la práctica excluir la posibilidad de pruebas distintas de la documental y la pericial. Por tanto, la decisión, en su caso, sobre cual fuera el domicilio de la parte demandante habrá de adoptarse en base a la limitación probatoria señalada.

La determinación del domicilio del demandado, en caso de ser éste el favorecido por la condena en costas, vendrá siempre determinado por el procedimiento principal, pues habrá sido fijado en la demanda o indagado y encontrado posteriormente para su emplazamiento y personación.

3.3. Circunstancias determinantes de la cuantía de los honorarios. En particular, la cuantía del asunto

Una vez decidido si es procedente la inclusión de los honorarios de Letrado en la tasación de costas, y, en su caso, cuáles de los conceptos de su minuta son debidos, la tasación de costas debe decidir cuál es la cuantía

correspondiente y, en su caso, si la cuantía reclamada por quien presenta la solicitud de tasación de costas es excesiva o ajustada.

A estos efectos, en primer lugar, debe considerarse el límite general establecido en el art. 394 LEC, cuyo párrafo 3 dispone que:

“Cuando, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, se impusieren las costas al litigante vencido, éste sólo estará obligado a pagar, de la parte que corresponda a abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento; a estos solos efectos, las pretensiones inestimables se valorarán en 18.000 euros, salvo que, en razón a la complejidad del asunto, el tribunal disponga otra cosa. No se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior cuando el tribunal declare la temeridad del litigante condenado en costas”.

A esta limitación se refiere el artículo 243.2 LEC cuando señala que el Letrado de la Administración de Justicia reducirá el importe de los honorarios de los abogados cuando lo reclamado exceda del límite al que se refiere el apartado 3 del art. 394 y no se hubiese declarado la temeridad del litigante condenado en costas. Asimismo añade que, en las tasaciones de costas, los honorarios de abogado incluirán el Impuesto sobre el Valor Añadido de conformidad con lo dispuesto en la Ley que lo regula, no computándose el importe de dicho impuesto a los efectos del apartado 3 del art. 394.

Dentro de los referidos límites, la LEC dispone que los abogados fijarán sus honorarios conforme a las normas reguladoras de su estatuto profesional, y que si la tasación de costas del abogado se impugna por considerarse excesivos sus honorarios, se oirá en el plazo de cinco días al abogado de que se trate y, si no aceptara la reducción de honorarios que se le reclama, se pedirá informe al Colegio de Abogados. A la vista del informe del Colegio de Abogados, resolverá el Letrado de la Administración de Justicia.

En relación a ello, la primera observación que debe hacerse es que las normas reguladoras del estatuto profesional del abogado no fijan, ni pueden fijar, la cuantía de los honorarios, que se sujetan al pacto libremente establecido entre abogado y cliente, aunque los Colegios de Abogados sí pueden emitir los dictámenes que les sean requeridos y elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados (Disposición Adicional 4ª de la Ley de Colegios Profesionales).

En segundo lugar, debe recordarse que en la tasación de costas los abogados no fijan “sus honorarios” sino la cuantía en que se estima por el soli-

citante (y por el órgano que aprueba la tasación) que debe soportarlos el condenado en costas.

Y, en tercer lugar, que a pesar de la letra del art. 246.1 LEC, no puede entenderse que sea potestad del abogado minutante decidir si acepta o no la reducción de “*los honorarios que reclame*” pues ni el abogado está reclamando honorarios (los está reclamando la parte que solicita la tasación de costas y en cuyo nombre actúa el abogado), ni el abogado puede por sí mismo disponer del derecho de crédito por costas de su cliente, sino que las alegaciones se harán por el abogado y procurador que le representen y defienden pero siempre en nombre y representación del cliente y, en este sentido, según las instrucciones que, en su caso, haya dado el cliente.

En efecto, como ya se ha dicho, ni la cuantía a fijar es la de los honorarios que haya percibido o vaya a percibir el abogado que presenta la minuta, sino la cuantía que se reclama que deba soportar la parte condenada en costas, ni el acreedor de tal cuantía es el abogado minutante, sino la parte beneficiada por la condena en costas, ni el abogado, sino la parte solicitante de la condena en costas, es quien debe, en última instancia, decidir sobre la aceptación de la reducción pretendida por la parte impugnante.

Por otra parte, la doctrina y jurisprudencia son unánimes en que el Letrado de la Administración de Justicia (y en su caso el Juez o Tribunal en recurso de revisión), debe decidir sobre la cuantía de los honorarios teniendo en cuenta no solo la cuantía del procedimiento, sino también otros parámetros diversos tales como las circunstancias concurrentes en el pleito, complejidad del asunto, motivos del procedimiento judicial a analizar o rebatir por el abogado, intervención de otros profesionales, etc., sin que, a tales efectos, el dictamen del Colegio de Abogados sea vinculante, y siendo ello independiente de que el letrado minutante pueda reclamar a su representado el importe íntegro de los honorarios concertados con su cliente por sus servicios profesionales.

De este modo, el Juzgado decide con una amplísima discrecionalidad, que hace muy difícil *a priori* poder conocer si se aceptará como ajustada o no una determinada cuantía de honorarios. Ni siquiera sujetándose a los criterios del respectivo Colegio de Abogados puede haber seguridad de que los honorarios serán aprobados por el Letrado de la Administración de Justicia o por el Juzgado o Tribunal en el recurso interpuesto contra la decisión de aquél.

No obstante lo anterior, en la práctica resultan de particular importancia para fijar la cuantía de los honorarios del abogado tanto la cuantía del asunto como el informe del Colegio de Abogados.

Siendo tan importante la cuantía del asunto, debe analizarse si la que debe considerarse en el momento de la tasación de costas debe ser la misma que se hubiera fijado, por las partes o por el tribunal, en el proceso judicial en que se dictó la condena en costas, o si puede en el procedimiento de tasación de costas tenerse en cuenta otra cuantía a efectos de la fijación de honorarios de abogado.

Esto es, resulta esencial analizar si en el momento de la tasación de costas, y a tales efectos, el asunto ha de considerarse necesariamente de la cuantía, determinada o indeterminada, fijada en el procedimiento en que se decretó la condena en costas, o si, por el contrario, en el momento de la tasación de costas puede considerarse una cuantía distinta, en función del valor real de lo discutido o de otros parámetros.

La cuestión tiene particular importancia si se tiene en cuenta que la cuantía del litigio ha podido fijarse, conforme al art. 251 y 252 LEC, en indeterminada o en una cifra determinada que, sin embargo, no responda al verdadero valor económico de lo discutido. En particular, ha podido interesar al demandante no fijar la cuantía, sino dejarla en indeterminada, de modo que, aunque sea muy elevado el valor de lo discutido, a efectos de tasación de costas solo se tenga en cuenta el valor de referencia para las cuantías indeterminadas ¿Puede en estos casos, en la tasación de costas, alegarse y considerarse como cuantía a efectos de la fijación de honorarios de abogado el verdadero valor económico del asunto?

La cuestión no es pacífica ni en los criterios de los distintos Colegios de Abogados, ni en la jurisprudencia.

En efecto, los criterios de los distintos Colegios de Abogados no son coincidentes a la hora de señalar cuál es la cuantía a considerar en el momento de la tasación de costas, si la fijada en el procedimiento en que se decidió la condena en costas, que se habría de sujetar a las normas de la LEC sobre fijación de la cuantía, o si el valor real del asunto en discusión, o si otras cuantías distintas como, por ejemplo, el valor de lo estimado o desestimado en la Sentencia.

Así, por ejemplo, los criterios de valoración a los únicos efectos de tasaciones de costas y reclamación de honorarios a petición judicial de los Ilustres Colegios de Abogados de Castilla y León (aprobados el 21 de marzo de 2014), en relación a la cuantía a considerar, señala que:

“Por evidentes motivos de seguridad jurídica, para los abogados y las partes, la cuantía para la emisión de dictámenes e informes se fijará en la procesal que haya sido determinada en resolución judicial cuando se trate de tasaciones de costas”.

Por su parte, los criterios orientadores en materia de honorarios profesionales aprobados por el Colegio de Abogados de Barcelona, de 21 de diciembre de 2009, establecen una forma de fijación de la cuantía a efectos de costas que no coincide con la establecida en el art. 251 y 252 de la LEC. Disponen que:

“En caso de estimación de las acciones ejercitadas, se recomienda que la cuantía del asunto a los efectos del cálculo de honorarios en una tasación de costas venga determinada por el importe de la condena. Y en caso de desestimación, por la suma de las cuantías propias de cada una de las pretensiones, de acuerdo con la cuantía fijada o aceptada por las partes en el procedimiento, sin perjuicio de las reglas de determinación de la cuantía contenidos en estos criterios según la materia de que se trate”.

En el Colegio de Abogados de Madrid, la consideración general tercera de la recopilación de criterios aprobada el 4 de julio de 2013 establece determinadas reglas para la fijación de la cuantía que tampoco son exactamente coincidentes con las de la LEC y, refiriéndose expresamente al caso de que no sea posible la determinación de la cuantía, esto es, que se considere indeterminada, establece que es procedente fijarla, a efectos de costas, en 18.000 € *“salvo que, en virtud de las circunstancias concurrentes, pueda tomarse otra cuantía como referencia”.*

Por su parte, y solo por señalar un ejemplo más, los criterios del Colegio de Abogados de Oviedo a efectos de emisión de informes, en su redacción de 2011, señalan que:

“a. La determinación de la cuantía se hará siempre que sea posible con arreglo a las normas procesales aplicables, en función del valor de los bienes, de las pretensiones o de los intereses en litigio concernientes al cliente del Letrado minutante. En todo caso, ha de servir como criterio a seguir el de la trascendencia real o el verdadero interés económico en cuestión en el caso concreto de que se trate, por encima de valoraciones meramente formales o ficticias.

b. A efectos de tasación de costas, y de conformidad con el párrafo anterior, las partes deberán fijar la cuantía de forma expresa en la petición que formulen al inicio del procedimiento respectivo. Si no la fijan al inicio del procedimiento, se entenderá que la consideran como indeterminada o inestimable, en cuyo caso se aplicará la cifra recomendada en el criterio orientador correspondiente”.

En definitiva, el criterio de los Colegios de Abogados no es unánime, resultando que algunos Colegios de Abogados entienden que debe estarse a la cuantía fijada en el proceso en que se decidió la condena en costas y, por tanto, a la fijada conforme al art. 251 y siguientes de la LEC, y otros Colegios de Abogados entienden que, frente a las normas de la LEC, a efectos de tasación de costas ha de estarse al valor real de lo discutido, o a otros criterios.

La jurisprudencia, por su parte, tampoco es unánime. Sin embargo, con fundamento en la prohibición de ir contra los actos propios, cuando la parte mantuvo o aceptó una cuantía en el procedimiento judicial y luego pretende mantener otra en la tasación de costas, se inclina por considerar que en la tasación de costas no se puede decidir sobre la cuantía del asunto. Al mismo resultado llega la jurisprudencia cuando se funda en la seguridad jurídica de las partes que, en función de la cuantía del asunto que se consideró en el proceso principal, pudieron evaluar el riesgo que asumían por costas al defender sus posiciones.

Esta interpretación es mantenida por el Tribunal Supremo bajo la vigencia de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil (SSTS de 12 de febrero de 1996, 16 de mayo de 1998, 8 de julio de 1996, 3 de octubre de 1996, 26 de noviembre de 1997, 3 de junio de 1998 y 2 de febrero de 1999), y fue aceptada por el Tribunal Constitucional al no considerarla vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva por arbitraria o irrazonable (STC 33/93 y 13/2002). También, tras la entrada en vigor de la LEC de 2000, pueden citarse, en la misma línea, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2004, Sala de lo Civil (RJ 2004/1663) que dice que no procede revisar la cuantía del proceso al tiempo de la tasación de costas cuando aquélla quedó perfectamente determinada en su día; y la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2005, Sala de lo Civil (RJ 2005/7851), que señala que *“declarando la sentencia de primera instancia que la cuantía del litigio era indeterminada, a esa cuantía ha de estarse a todos los efectos legales que de la misma dependan, sin que, en el incidente de impugnación de costas, pueda atenderse a otra distinta”*. (Igualmente, entre otros muchos, ATS de 21 de septiembre de 2004, RJ 2005/3854, SAP Zaragoza 18 de marzo de 2005, RJ 2005/89537, SAP de Cáceres de 17 de marzo de 2005, AC 2005/728 o SAP de Guipúzcoa de 11 de julio de 2014, AC 2014/1758).

Ahora bien, existen también posturas diferentes como la que se manifiesta, por ejemplo, en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 23 de julio de 2009 (JUR 2009/407804) cuando afirma que:

“La jurisprudencia es uniforme al entender que, con independencia de cuál sea la cuantía del litigio, los honorarios del letrado deben fijarse en consideración a su verdadera trascendencia económica y la labor desarrollada por el profesional (Tribunal Supremo, sentencia de 5 de octubre de 2001). Y que “por la realidad de los servicios y la obligación de retribuirlos, la doctrina jurisprudencial admite su fijación con base a criterios de equidad, lo que autoriza el análisis del importe de la minuta devengada de aplicar las normas orientadoras del Colegio de Abogados, a la vista de los datos obrantes en autos (Tribunal Supremo, sentencia de 16 de enero de 2002). En el presente caso, ponderando equitativamente el trabajo profesional realizado, tiempo que debió requerir su ejecución, complejidad del asunto, resultados obtenidos, cuantía

del pleito, reales intereses en juego y las razones expuestas en el dictamen del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (a cuyo juicio la minuta resulta conforme a las normas orientadoras de honorarios profesionales, aunque el informe no es vinculante, sino meramente indicativo) y, asimismo, el informe de la Señora Secretaria del Tribunal, ésta se habrá de considerar adecuada a la minuta del letrado en los términos en que viene redactada.

Aceptamos el dictamen del Colegio de Abogados, en el sentido de que, al no constar ni poder cuantificarse el valor de la posesión, debe minutarse por la cuarta parte del valor del inmueble, siendo evidente que el valor real del local comercial en la calle Lago Calafete de Madrid (objeto de la posesión en precario de la Litis) es muy superior al catastral de 27.390 €, suma en la que fue fijada la cuantía del proceso”.

De este modo, no puede afirmarse que sea claro el criterio a seguir sobre si, a efectos de fijación de los honorarios de letrado, puede o no considerarse en la tasación de costas una cuantía distinta de la fijada en el procedimiento en que se acordó la condena en costas.

Creemos que para buscar una solución a la cuestión se debería partir del análisis del modo en que se regula en la LEC la fijación de la cuantía y la intervención de las partes y del tribunal. Ello por cuanto, si se analiza en detalle la regulación de la LEC, se observa que los actos que realiza cada una de las partes, y en este sentido su vinculación por actos propios o por la seguridad jurídica que tales actos deben generar, no son iguales.

Pues resulta que, mientras que el demandante debe en todo caso alegar sobre la cuantía que considere procedente, que dependerá además de la pretensión que él mismo haya decidido ejercitar, el demandado sólo podrá, y deberá, alegar sobre ello cuando sea determinante del tipo de procedimiento a seguir o de la procedencia del recurso de casación.

En efecto, en cuanto a la intervención del demandante, conforme al art. 253 LEC, la cuantía del asunto se expresará “*justificadamente*” en el escrito inicial, esto es, en la demanda o solicitud de inicio del procedimiento. De modo que se produce una “*perpetuatio*” en el sentido de que, como dispone tal art. 253, la alteración del valor de los bienes objeto de litigio que sobrevenga después de interpuesta la demanda no implicará la modificación de la cuantía ni de la clase de juicio. Precisa también este artículo que la cuantía deberá ser expresada (por el demandante) con claridad y precisión en la demanda. Sólo podrá indicarse en forma relativa si el actor justifica debidamente que el interés económico del litigio al menos iguala la cuantía mínima correspondiente al juicio ordinario, o que no rebasa la máxima del juicio verbal. Asimismo el art. 253 LEC añade que “*cuando el actor no pueda determinar la cuantía ni siquiera de forma relativa, por carecer el objeto de interés económico, por no poderse calcular dicho interés conforme a ninguna*

de las reglas legales de determinación de la cuantía, o porque, aun existiendo regla de cálculo aplicable, no se pudiera determinar aquella en el momento de interponer la demanda, ésta se sustanciará conforme a los cauces del juicio ordinario”.

En definitiva, la parte demandante ha de pronunciarse en la demanda, con claridad y precisión, sobre la cuantía, fijándola conforme a las reglas de la LEC, pero puede fijarla en indeterminada en algunos casos, aun cuando resulte que el valor real de lo reclamado o discutido sea muy superior, o inferior, a 18.000 €, o a lo que el Colegio de Abogado respectivo considere como cuantía de referencia para la tasación de costas en los asuntos de cuantía indeterminada.

Por su parte, el art. 254 LEC contempla que el tribunal controle de oficio la cuantía del asunto al decidir, en la resolución de admisión de la demanda, sobre la clase de juicio que resulta procedente. En este sentido, establece la LEC que el Letrado de la Administración de Justicia podrá de oficio considerar no adecuada la cuantía y ordenar consecuentemente la tramitación del asunto que corresponda, y frente a su resolución cabrá recurso directo de revisión ante el tribunal, que no producirá efectos suspensivos.

La intervención del demandado en la fijación de la cuantía tiene una regulación muy distinta. En efecto, conforme al art. 255 LEC el demandando podrá impugnar la cuantía de la demanda cuando entienda que, de haberse determinado de forma correcta, el procedimiento a seguir sería otro, o resultaría procedente el recurso de casación. Esto es, contempla la LEC que el demandado puede oponerse a la cuantía fijada por la demanda o por el Tribunal, pero sólo si ello tiene transcendencia para determinar el juicio a seguir o la procedencia del recurso de casación.

En tales casos, en el juicio ordinario se debe impugnar la adecuación del procedimiento por razón de la cuantía en la contestación a la demanda, y la cuestión será resuelta en la audiencia previa al juicio, y en el juicio verbal el demandado deberá impugnar la cuantía en la contestación a la demanda, y el tribunal resolverá en la vista, antes de entrar en el fondo del asunto y previo trámite de audiencia del actor.

De este modo, ciertamente el demandante deberá siempre haber hecho una declaración expresa sobre cuál es su consideración acerca de la cuantía del asunto. Y también el tribunal (el decreto del secretario conforme al art. 254 LEC y, en su caso, la resolución del recurso de revisión) habrá hecho un pronunciamiento expreso sobre la fijación de la cuantía. Sin embargo, el demandado puede no haber tenido ocasión de pronunciarse sobre ello, pues el art. 255 LEC solo contempla que impugne la cuantía cuando ello

sea fundamento de la improcedencia del procedimiento decidido por el Tribunal o de la procedencia del recurso de casación. En particular, cuando el demandante opte por no fijar la cuantía que reclama, dejándolo para un trámite posterior o para ejecución de sentencia en los casos en que la LEC lo autoriza (art. 219 LEC), el demandando no podrá oponerse a la cuantía indeterminada aunque sea evidente que el interés económico del asunto exceda con mucho de 18.000 € o de la cuantía que consideran los Colegios de Abogados como referencia en los casos de cuantía indeterminada.

Por ello, si bien el demandante, que ya ha mantenido una cuantía en la demanda, actuaría contra sus propios actos al pretender modificarla en la tasación de costas, no iría contra ningún acto propio del demandado que, no habiendo discutido la cuantía en la contestación a la demanda, justifique en el procedimiento de tasación de costas que la cuantía correspondiente al valor real de la pretensión fuera distinta de la fijada en la demanda, o en el decreto de admisión, siempre que no hubiera podido pronunciarse sobre la cuantía en el procedimiento principal porque la diferencia de cuantía que mantenga en la tasación de costas no hubiera sido determinado en el proceso principal una tramitación judicial distinta, o un distinto tratamiento en cuanto al recurso de casación.

En definitiva, aunque ciertamente la cuantía del asunto no puede ser distinta para cada parte, una de las partes (el demandante) habrá hecho un acto propio de determinación de la cuantía que no puede luego contradecir en su beneficio, y la demandada puede no haber hecho tal acto propio y, por tanto, habrá de entenderse que puede discutir la cuantía en tasación de costas (por no haberla podido discutir en el procedimiento principal).

En este sentido, la sentencia de 19 de octubre de 2009 de la Audiencia Provincial de Murcia (JUR 2009/477108) cuando, aunque referida a derechos del procurador, analiza la cuantía a considerar en la tasación de costas señalando, respecto de la impugnación promovida por quien fue demandado, que:

“Ahora bien, y con el fin de dar respuesta al planteamiento realizado por el impugnante, hay que convenir con el mismo que este es el momento procesal de impugnar la cuantía del procedimiento, dado que no ha tenido ocasión anterior para ello y la única finalidad de la fijación de la cuantía radica en el cálculo de los derechos del procurador y los honorarios de los Letrados. La Ley de Enjuiciamiento Civil establece un sistema limitado de impugnación de la cuantía del proceso, pues en el artículo 255.1 LEC sólo permite la impugnación de la cuantía en la fase declarativa en dos supuestos muy concretos: cuando la cuantía deba de determinar el procedimiento o cuando quepa recurso de casación en función de la cuantía determinada. En ambos casos el deman-

dado deberá impugnar la cuantía señalada por el actor por imperativo del artículo 253.1 LEC en su demanda, al contestar la demanda bien por escrito (artículo 255.2) en el juicio ordinario o bien verbalmente en el juicio verbal (artículo 255.3). Fuera de estos concretos casos no existe ninguna previsión legal, por lo que no será necesario impugnar la cuantía del procedimiento en fase declarativa en los casos en los que el tipo de procedimiento venga determinado por razón de la materia (artículos 249 y 250 LEC) o en aquellos casos en los que los diferentes criterios de valoración de dicha cuantía no impliquen cambio de procedimiento o el acceso al recurso de casación. En consecuencia resulta evidente que aunque el demandado hubiese mostrado su disconformidad en la contestación, ninguna resolución judicial se hubiese obtenido al no estar autorizada legalmente resolver sobre una cuestión que en nada afecta al tipo de procedimiento a seguir. En todos estos casos en los que no es posible la impugnación, la única eficacia de la fijación de la cuantía del proceso radica en la tasación de costas al deber calcularse los honorarios de letrado y los derechos del procurador de acuerdo con el interés económico del proceso. La consecuencia directa de esta finalidad es que el momento procesal en el que el condenado al pago de las costas puede impugnar las mismas es cuando lleve a cabo la impugnación de las costas tasadas por el secretario judicial, bien entendido que el actor que ha fijado el valor del pleito en su demanda queda vinculado por dicha cuantía, de ahí que dicha impugnación sólo pueda llevarse a cabo por el demandado que nunca fija el valor del proceso en su contestación”.

En conclusión, y en línea con esta última sentencia, creemos que habría que diferenciar el caso del demandante, que siempre se habría pronunciado sobre la cuantía, del caso del demandado. A su vez, en el caso del demandado habría de diferenciarse el caso de que se hubiera pronunciado ya, en el procedimiento principal, sobre la cuantía, aceptándola expresamente o no, del caso de que no se hubiera pronunciado. Y, aún en este último caso, se habría de diferenciar el supuesto de que la cuantía que defiende el demandado en tasación de costas pudiera ya haberla defendido al contestar a la demanda, por ser determinante del tipo de proceso a seguir o la procedencia del recurso de casación, del supuesto en que el demandado no hubiera podido discutir la cuantía en la contestación a la demanda porque tal decisión no hubiera afectado al procedimiento a seguir ni a la posibilidad de interponer recurso de casación. Y, en base a esa diferencia, habría de mantenerse que, mientras el demandante no puede, en tasación de costas, sostener una cuantía distinta de la que fijó en su demanda o —si no la hubiera impugnado— en la resolución judicial que la fijó, el demandado podrá sostener en tasación de costas la cuantía que corresponda al valor real de lo discutido en el caso de que no hubiera podido discutir la cuantía en la contestación a la demanda por no resultar relevante para la procedencia de un juicio distinto del considerado por el tribunal o de un tratamiento distinto en cuanto al recurso de casación.

En los casos expuestos, en que el demandado pudiera alegar en la tasación de costas una cuantía distinta de la fijada en el procedimiento judicial en que se dictó la condena en costas, entendemos que no hay razón para

que se limiten los medios de prueba al efecto, si bien con la regulación actual de la tramitación de la tasación de costas, exclusivamente escrita, sólo caben las pruebas documentales y periciales y la remisión a los elementos de convicción existentes en los autos principales.

4. LA CONDENA EN COSTAS EN EL PROCEDIMIENTO DE TASACIÓN DE COSTAS

El art. 246 LEC contiene una norma especial sobre la imposición de costas para el caso de impugnación de los honorarios de abogado por excesivos. En este sentido, dispone el art. 246.3, párrafo segundo, que:

“Si la impugnación fuera totalmente desestimada, se impondrán las costas del incidente al impugnante. Si fuere total o parcialmente estimada, se impondrán al abogado o al perito cuyos honorarios se hubieran considerado excesivos”.

Esto supone un insólito supuesto en que se imponen las costas a quien no es parte en el asunto sino solo su letrado (o perito).

En efecto, mientras que en el caso de que se desestime la impugnación de la tasación de costas, las costas del incidente se imponen a la parte que hubiera planteado la impugnación, lo cual resulta coherente con el criterio general de vencimiento establecido en los arts. 394 y siguientes de la LEC, en el caso en el que la impugnación se estime total o parcialmente las costas se imponen al abogado, no a la parte a la que defiende.

Pero, además, la imposición de costas al abogado se produce tanto en el caso de estimación total como de estimación parcial de la impugnación.

Tal criterio, de imposición de las costas del procedimiento de tasación de costas al abogado, no resulta coherente con el hecho de que el abogado no sea parte en el procedimiento de tasación de costas, ni obtenga a su favor beneficio personal alguno porque el crédito que se deriva de la tasación de costas sea un crédito de la parte, no del abogado.

Se ha dicho que el sentido de la norma era evitar abusos por parte de los abogados a la hora de minutar. Sin embargo, tal explicación no parece considerar que, aunque ciertamente el abogado tiene un interés profesional indudable en la defensa de su cliente, y aunque es cierto, y lícito, que pudiera haber pactado con su cliente unos honorarios en función de lo que su cliente obtuviera como costas, el crédito derivado de la tasación de costas es tan de titularidad del cliente como el crédito derivado del procedimiento principal (en el que puede haber también un pacto de honorarios similar de cuota

litis). Así, de la misma manera que carece de fundamento hacer pechar al abogado con las costas de cualquier proceso judicial en el que participe, aunque hubiera pacto de cuota litis, carece también de fundamento hacerle pechar con las costas del procedimiento de impugnación de la tasación de costas (aunque hubiera el mismo pacto de cuota litis), pues el abogado no es parte y el crédito no es para el abogado sino que es para la parte.

Tampoco se acierta a comprender por qué se imponen las costas al minutante en caso de estimación parcial, aun cuando la decisión final del juzgador las pudiera haber cifrado en una cantidad que se aproxime más a la defendida por el letrado condenado en costas que a la cantidad defendida por la parte impugnante.

En relación con lo anterior, no han sido pocas las voces que critican, por falta de fundamento, el mandato del legislador, como el dictamen del Colegio de Abogados de Madrid, en materia de tasación de costas, de 4 de marzo de 2007, expediente 357/07, al informar que *“con carácter previo al análisis de la minuta, y a salvo siempre del más autorizado criterio del juzgador, esta Junta de Gobierno considera oportuno poner de manifiesto desde este momento sus reservas en cuanto a la posibilidad de imposición de costas a los abogados derivado del art. 246.3 párrafo segundo, de la vigente Ley 1/2000, cuyas previsiones en este punto ya han sido criticadas desde la doctrina científica por su difícil conjugación con los principios clásicos en los que se inspira nuestro sistema procesal, así como por su posible incongruencia con la propia Ley ritualaria, e incluso, desde el plano constitucional, por la digresión que supone la imposición de las costas procesales a quien, como el abogado, no ha sido parte en el proceso judicial, ya que su intervención procesal solo puede serlo en ejercicio del legítimo derecho de defensa que asiste a la parte a la que patrocina y dirige jurídicamente”*.

En todo caso, la importancia práctica de la regla de imposición de costas al abogado se ha visto matizada, por un lado, por la postura jurisprudencial que no hace pronunciamientos sobre las costas cuando, no obstante la estimación de la impugnación de las costas por excesivas, la minuta presentada por el abogado coincida con la del dictamen del Colegio de Abogados (a pesar de que, no siendo tal informe vinculante, el Tribunal no haya seguido su indicación). En este sentido, entre otros, los Autos del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2010 (RJ 2010/1282), 9 de febrero de 2010 (RJ 2010/1278) 26 de mayo de 2009 (JUR 2009/279343) o 15 de septiembre de 2009 (JUR 2009/423787). Igualmente la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de enero de 2012.

Por otro lado, la importancia práctica de la regla de imposición de costas al abogado se reduce también porque, aunque no hay unanimidad en los criterios de los distintos Colegios de Abogados sobre las costas con las que debe pe-

char el abogado condenado en incidente de impugnación de tasación de costas por excesivas, hay una línea tendente a recomendar reducir la cuantía de las costas que se impongan al abogado. En este sentido, en el mismo dictamen citado, el Colegio de Abogados de Madrid afirma que *“dicho lo que antecede, esta Junta de Gobierno no puede sino recomendar a sus propios colegiados el que extremen la prudencia y la mesura a la hora de confeccionar las minutas derivadas de los incidentes de impugnación por excesivos, en los casos de imposición de costas al compañero que defendió los intereses de la contraparte, pues de otro modo es seguro que asistiremos con mucha frecuencia a una indefinida cadena de impugnaciones recíprocas que, además de perturbar y enrarecer las buenas relaciones que han de regir entre los compañeros de profesión, lo que supondrá a la postre será una mayor complicación del procedimiento y un innecesario compromiso de los ya de por sí limitados medios personales y materiales de la Administración de Justicia y de esta misma Corporación, quien preceptivamente habrá de dictaminar en cada uno de las sucesivas impugnaciones de honorarios que por virtud de la actual regulación positiva habrán indefectiblemente de generarse”*.

Pero, además, algunos Colegios de Abogados, como el de Madrid, manejan criterios que limitan mucho la cuantía de los honorarios correspondientes a costas que se impongan a los abogados en procedimientos de impugnación de tasación de costas por excesivos.

Así, la recopilación de criterios del Colegio de Abogados de Madrid aprobada por la Junta de Gobierno de 4 de julio de 2013, en el criterio 2, en relación a *“incidente de impugnación de honorarios por excesivos”* dispone que *“por la intervención del letrado impugnante o defensor de los honorarios impugnados, el valor de referencia será de 100 €. No se atenderá al importe de los honorarios impugnados”*. Mientras que en relación al incidente de honorarios por indebidos señala que *“se aplicará hasta el 20% de la escala sobre la cuantía de las partidas impugnadas. Valor de referencia 450 €”*.

Otros criterios orientadores, como los del Colegio de Abogados de Barcelona (aprobados el 21 de diciembre de 2009) sí tienen en cuenta la cuantía de honorarios discutida, aunque aplican la escala mínima (escala 1 del criterio 7).

5. CONCLUSIONES

Conforme a todo lo anterior, y teniendo en cuenta la legislación y jurisprudencia dictada en materia de tasación de costas, puede destacarse en lo siguiente:

1. La tasación de costas solo puede solicitarse por la parte que ha obtenido a su favor la condena en costas, como titular del crédito re-

sultante de la condena en costas que tiene la parte favorecida por la condena en costas frente a la parte condenada a su pago.

2. Carece de fundamento, y sería aconsejable su modificación, el art. 246.3 de la LEC en cuanto dispone que, si la impugnación de la tasación de costas por excesivos fuera estimada total o parcialmente, se impongan las costas al abogado cuyos honorarios se hayan considerado excesivos. No debieran imponerse las costas al abogado porque ni el abogado es parte en este procedimiento, sino su cliente, ni los honorarios en discusión constituyen un crédito que reclame el abogado (que puede no ser ni siquiera el mismo que intervino en el litigio y cobró honorarios).
3. Por razones distintas, cabría también plantear la conveniencia de suprimir la exigencia legal de que, para la tasación de costas, haya de estar firme la sentencia que condene en costas pues, conforme a la LEC de 2000, la regla general es la posibilidad de ejecución provisional de sentencias condenatorias, sin que se entienda por qué puede ejecutarse provisionalmente cualquier pronunciamiento de la sentencia que condene a un pago y no el pronunciamiento sobre la condena en costas.
4. Con la solicitud de tasación de costas se ha de presentar minuta detallada del abogado que, en defensa de su cliente, solicita la tasación de costas. Pero ni la minuta tiene necesariamente que ser emitida por el abogado que ya cobró o que cobrará en el futuro los honorarios, ni la minuta tiene que contener los honorarios que efectivamente se hayan pactado para el asunto, sino aquella cantidad que, en concepto de honorarios de letrado, se entienda procedente que soporte el condenado en costas.
5. No resulta unánime la jurisprudencia, ni los criterios de los distintos Colegios de Abogados, sobre si en la tasación de costas, a efectos de determinar los honorarios de abogado, puede considerarse una cuantía distinta de la fijada en el proceso judicial en que se dictó la condena en costas. Entendemos que hay razones para considerar que el demandante no podrá sostener en la tasación de costas que la cuantía del asunto sea distinta de la que él mismo fijó en su demanda, pero el demandado sí podrá mantener una cuantía distinta de la fijada por el demandante, o de la considerada en el decreto de admisión de la demanda, si en el procedimiento en que se dictó la condena en costas se fijó la cuantía en indeterminada o en cantidad determinada que el demandado no pudo impugnar porque, de haberse determinado la cuantía correcta, ello no hubiera modificado el procedimiento a seguir ni la procedencia del recurso de casación.

La intervención del abogado como responsable de cumplimiento normativo “compliance officer”

(Informe 5/2017)

Sumario: 1. OBJETO DEL INFORME. 2. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LOS MODELOS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PENALES. 3. LAS FUNCIONES DEL COMPLIANCE OFFICER. 4. SINGULARIDADES ANEJAS A LA PRESENCIA DEL ABOGADO COMO COMPLIANCE OFFICER. 5. CONCLUSIONES

1. OBJETO DEL INFORME

Por el Consejo General de la Abogacía Española se ha solicitado a su Comisión Jurídica la elaboración de un informe sobre la actividad de los abogados como responsables de cumplimiento normativo de las personas jurídicas.

Dentro de un entorno cambiante motivado por las recientes modificaciones del Código Penal en lo relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, surgen los modelos de prevención de riesgos penales como atenuantes en la puesta en marcha de una nueva cultura organizativa de las personas jurídicas obligadas (sean sociedades, asociaciones, fundaciones o cualesquiera otra que se acoja al amplio y no necesariamente bien delimitado espectro que resulta vinculado por la nueva doctrina) sobre la que no solo no existe una completa previsión legal sino que las interpretaciones que se están recibiendo sobre el particular, singularmente la de la Fiscalía General del Estado, no han sido unívocamente aceptadas como definitivas, existiendo muchos puntos dignos de evaluación y análisis más sosegados.

Bajo estos contornos imprecisos surge la posición del abogado como responsable del cumplimiento normativo (“*compliance officer*” en reconocida terminología anglosajona), debiendo analizarse si de la atribución de tal posición de responsabilidad surgen condicionantes dignos de especial consideración, toda vez que un abogado que actúa como tal no deja de serlo en ningún momento sea cual sea su misión en un esquema organizativo empresarial.

Lo que sigue es el resultado de nuestro trabajo.

2. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LOS MODELOS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PENALES

La respuesta a la consulta planteada obliga a una previa puesta en situación del nuevo marco normativo en el que se inserta la cuestión.

En primer lugar procede recordar que la novedosa responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. La Exposición de Motivos de la norma nos arroja un primer elemento de comprensión de lo que será el ámbito de nuestro problema cuando indica que *“Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...)”*.

Se nos da cuenta de la doble vía para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas: no solo la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, sino la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación.

Y surgen (lo que se conectará luego con nuestro ámbito de estudio) los primeros supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas, entre los que destacan la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

El nuevo artículo 31 bis CP contiene inicialmente, en su apartado 4, una genérica y todavía imprecisa mención de lo que vendrá luego a ser el objeto de nuestro análisis, haciendo una referencia como medida atenuante de la responsabilidad penal a

“d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.

Cinco años más tarde será la nueva reforma derivada de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal donde, como han señalado algunos¹, se trata de mejorar la respuesta dada por la Ley Orgánica 5/2010 a una delincuencia económica que cada vez se desarrolla más aprovechando la estructura de las empresas —especialmente de las grandes— para la comisión de delitos y la impunidad de sus responsables resultando que, según un estudio realizado por el Instituto Max Planck, el 80 % de los delitos económicos han utilizado una empresa para su comisión. Razón por la cual, se indica, relevantes penalistas² destacan como sinónimos al Derecho Penal Económico y el Derecho Penal de la empresa.

Insertando, pues, una novedosa política pública de naturaleza punitiva (nada menos que explicitada mediante una alteración dogmática conceptual de la tradicional responsabilidad de las personas físicas) surge en el Código Penal —no se olvide que estructurado y pensado sobre la responsabilidad de las personas físicas— un “*sistema vicarial o de transferencia de responsabilidad*”³ donde se atribuye a la empresa todo acto cometido por un agente suyo en el ejercicio de su actividad con la intención de favorecerla.

Pues bien, es en este cualificado entorno normativo —de inequívocas y novedosas repercusiones penales proyectadas sobre las personas jurídicas, sean grandes o pequeñas⁴—, donde surgen los programas o modelos de cumplimiento normativo y prevención de delitos.

¹ Ruiz Sanz, J.M. “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal por L.O. 1/2015, de 30 de marzo*”. II Jornadas de Investigadores del Departamento de Derecho Penal: sobre la reforma penal de 2015. Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho. Madrid, 2016. Pág. 155 ss.

² Rodríguez Mourullo, G. “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática*”. Revista Otrosí, nº 6, abril-junio 2011. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Pág. 8.

³ Nieto Martín, citado por Dopico Gómez-Aller, J. en “*Responsabilidad de Personas Jurídicas*” en Memento Experto Reforma Penal 2010. VV.AA. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2010. Págs. 11 y 12.

⁴ Obsérvese la diligente y sutil —por preocupante— respuesta del Código Penal a una de las muchas críticas que se formularon a la novedad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, relativa a la dificultad de aplicar tan gruesas recomendaciones a las pymes y entidades de reducida dimensión (asociaciones, fundaciones, etc...) que constituyen obviamente la inmensa mayoría de las existentes: el 31 bis 3 no solo les “*simplifica*” las obligaciones —pudiendo ser asumidas las funciones de supervisión por el órgano de administración— sino que precisa

Estos “*modelos de organización y gestión*” (dicción literal que emplea el 31 bis 2.1ª del Código Penal⁵) pueden ser denominados también —siendo sustancialmente lo mismo en lo que respecta a los riesgos penales— “*programas corporativos de gestión de riesgos penales que afectan a la organización*”⁶, “*programas de cumplimiento*” o “*compliance programmes*”⁷, “*sistemas de gestión de cumplimiento*”⁸, “*modelos de prevención de delitos*”⁹ o programas de prevención de riesgos penales, entre otras menciones similares.

No parece haber homogeneidad en cuanto a su denominación aunque sí en su sentido y significado siempre que contemplen obligadamente una serie de extremos comúnmente aceptados como indispensables (no se olvide que toda esta materia, por innovadora, está sometida a una imprescindible y aún muy incipiente criba y ajuste por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁰). Los programas de prevención de riesgos penales deben venir a cumplir sustancialmente las siguientes exigencias:

qué deben entenderse como “*personas jurídicas de pequeñas dimensiones*” —las autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada—. En definitiva, que expresa y sibilinaamente incluye sin lugar a dudas a todas las personas jurídicas (con la limitada exclusión del 31 quinquies relativa a las personas jurídico públicas, que dicho sea de paso tampoco ofrece un especial un acierto descriptivo en definir con exactitud y exhaustividad a quiénes se aplica en determinados supuestos de corporaciones de derecho público).

⁵ Señala Gómez-Jara que ello sería siguiendo la tradición italiana, que habla de “*modelos de organización y gestión de delitos*”, mientras que con anterioridad a la reforma de 2015 se hablaba de “*medidas para prevenir y descubrir delitos*”. Gómez-Jara Díez, C. en “*Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Ed. Thomson Reuters Civitas. Madrid, 2016. 2ª edición. Pág. 187.

⁶ Elguero, J.M., Servicio de Estudios de Marsh España “*Diccionario de Compliance. Cumplimiento normativo de riesgos penales*”. Ed. Marsh Risk Consulting. Madrid, 2016. Pág. 72.

⁷ Castro Varela, M. “*El Corporate Compliance: asentamiento y evolución ante la reforma del Código Penal*”. II Jornadas de Investigadores del Departamento de Derecho Penal: sobre la reforma penal de 2015. Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho. Madrid, 2016. Pág. 197.

⁸ Abia González, R. y Dorado Herranz, G. “*Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento-compliance management system*”. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra 2017. Pág. 35 ss.

⁹ Silva Sánchez, J.M. “*Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*”. Ed. Edisofer S.L. Madrid, 2016. Pág. 319 ss.

¹⁰ De la inicial e imprecisa situación actual de una institución de esta entidad ofrece descriptiva razón el propio título de una reciente obra. Se trata de “*El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*”, Gómez-Jara Díez, C. Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

- 1) Se trata de un modelo normativo escrito.
- 2) Debe fundarse sobre una previa valoración de las áreas de riesgo de incumplimiento.
- 3) Debe definir las funciones de los órganos responsables de la aplicación del programa de prevención.
- 4) Debe contener un sistema de formación dirigido a los empleados y directivos.
- 5) Conlleva un sistema de seguimiento de la aplicación del programa de prevención.
- 6) Presenta un código de conductas prohibidas y sanciones disciplinarias correspondientes.
- 7) Contiene un mecanismo de denuncia interna.
- 8) Se completa con un protocolo de actuación en caso de detección de irregularidades.

Esta enumeración básica de carácter general¹¹ será objeto de múltiples matizaciones pero debe estar presidida —y este matiz es esencial— por una consideración singularizada y específica de cada organización.

No existen modelos generales susceptibles de aplicación en masa a las entidades, por muy similares que sean. Los programas de prevención de riesgos penales (y esto tiene mucho que ver con el objeto final de nuestro estudio relativo a la misión de los abogados en este entorno, lo que no se nos olvida en modo alguno) son trajes a medida jurídicos que deben medirse, confeccionarse y vestirse teniendo a la vista, con lupa, la persona jurídica a la que deben servir. Y ese carácter tan sumamente “*ad hoc*” queda realizado porque se trata de elaborar un traje a medida que no es sino una norma propia de la que se dota la persona jurídica. Y se tiene que dotar porque quien no se revista de ella estará desnudo frente al mundo.

Como se aprecia con facilidad, toda esta delicada tarea exige moverse con naturalidad en un entorno normativo complejo de carácter exógeno y endógeno. Exógeno porque la novedosa obligación de responder a estos

¹¹ Goena Vives, B. “*Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*”. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017. Los elementos que aquí se enuncian por la autora se corresponden, según expone, con el modelo de compliance program diseñado en Estados Unidos por la Office of the Inspector General (OIG) del Departamento de Health and Human Services (HHS).

requerimientos proviene nada menos que del Derecho Penal, por lo que las consecuencias de su incumplimiento conllevan incurrir en ilícitos criminales penados por la ley. Nada comparable a otras aparentes similitudes que, con cierta ingenuidad, han pretendido trazarse con otras exigencias laborales o administrativas¹².

Endógeno, en fin, porque se trata de aplicar un sistema autonormativo que, a modo de estatuto autoimpuesto bajo férreas directrices empresariales, debe estar presidido por una valoración continua de conductas a la luz del Derecho Penal.

Pues bien, llegados a este punto no parece extraño avanzar —prematura pero indudablemente— que la misión del abogado resulta crucial para asesorar y orientar a la empresa en cuanto a tales exigencias exógenas y endógenas. Hasta el punto de que llegamos a preguntarnos si es posible que un sistema o programa de prevención de riesgos penales puede ser hecho sin la participación de un abogado (que no es lo mismo, aprovechemos para recordarlo evitando errores, que la participación de un simple licenciado o graduado en derecho).

El abogado, en fin, supone la garantía de procedibilidad en la elaboración del programa de prevención puesto que sólo él comprende con propiedad y suficiencia las razones últimas de la existencia del plan (lo cual requiere la capacidad de análisis y discernimiento, más allá de la capacidad organizativa para seguir un procedimiento), las consecuencias de índole penal que de él han de derivar y los remedios preventivos o procesales que cabrá poner ante la activación de los mecanismos de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Qué duda cabe de que, si esto ocurre en la fase preventiva, la misión del abogado en la fase de aplicación del plan ha de tornarse necesariamente decisiva. Y a ello nos lleva el siguiente apartado de nuestro análisis.

¹² No parece necesario detenerse demasiado sobre la muy lejana comparación que puede hacerse con el incumplimiento de planes de prevención de riesgos laborales o con la falta de atención a exigencias administrativas o fiscales, de las que solo en extremos intensos pueden arrastrarse consecuencias penales. Frente a los ilícitos administrativos, la contravención de las exigencias de probidad de las personas jurídicas conduce derechamente al catálogo delictivo del Código Penal.

3. LAS FUNCIONES DEL “COMPLIANCE OFFICER”

La figura del responsable de cumplimiento normativo o “*director de cumplimiento*”¹³ (compliance officer) es la de aquél responsable encargado de impulsar y ejecutar —por mandato del órgano de administración o dirección de la persona jurídica, sea la que sea— las políticas derivadas del previo programa de prevención de riesgos penales, cuya función principal es la de evitar la imputación penal de la persona jurídica. De que es una figura de construcción imprecisa dice el hecho de que, aunque no se le menciona en el Código Penal, sí se le refiere —muy de pasada— cuando en el 31 bis 2 y en relación a las personas jurídicas de reducida dimensión se habla precisamente de que “*las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración*”.

Como bien señala ELGUERO “*no es el encargado de hacer que cada uno cumpla, sino de velar por la política general de cumplimiento de la organización*”. En efecto, el responsable de cumplimiento no viene a erigirse en una suerte de “*nuevo jefe*” que se sobrepone y predomina sobre los ya existentes. La finalidad estricta del responsable es la de velar por la correcta ejecución del programa de prevención de riesgos penales previamente establecido (razón por la cual necesita una dotación financiera y la atención periódica a su cometido por parte de los responsables de la organización). Es una derivación de la dirección por objetivos que tanto gusta al mundo empresarial: para alcanzar el objetivo de no tener imputaciones penales, el responsable de su implementación es el compliance officer.

No puede haber responsable de cumplimiento normativo sin previa norma que cumplir. Detengámonos una vez más en este hito y atendamos a la misión del responsable. Norma y abogacía caminan de la mano, pareciendo lógico pensar que quién mejor que un abogado puede interpretar una norma (el programa de prevención es una norma en sí misma, autónoma pero norma) para garantizar su interpretación y aplicación.

Porque —y aquí está quizás una de las claves reales de la obligada predilección por la figura del abogado en el novedoso mundo de la prevención de riesgos penales de las personas jurídicas— la implementación y aplicación de los planes de prevención requiere la combinación de actividades de interpretación, evaluación y decisión acentuadamente jurídicas que se

¹³ Elguero, J.M. *op. cit.* Pág. 49.

corresponden naturalmente con las que de ordinario realiza un abogado en su tarea de asesoramiento y orientación a las personas jurídicas.

Cierto es que los cada vez más extendidos departamentos de auditoría y seguimiento de proyectos de las personas jurídicas están habilitados para comprobar, evaluar y discernir si lo que se hace, lo que se va a hacer o lo que hace tiempo se hizo se ajusta en más o en menos a lo que prescriben las normas (externas o internas) aplicables a una entidad. Nadie lo duda.

Sin embargo, la notoria diferencia de los programas de prevención de riesgos penales respecto a los demás ordenamientos exigibles a la empresa es que la comprobación de si funcionan o no se va a medir por profesionales externos del mundo del derecho (jueces y fiscales) que van a utilizar reglas de carácter jurídico que solo existen en el mundo del derecho, concretamente en el Código Penal. Pruébese, por ejemplo, a intentar impedir la entrada y registro de un domicilio empresarial ordenada por un juez dentro de unas diligencias previas por corrupción de particulares pretextando que no procede porque la actuación de la empresa ha sido respetuosa con las normas ISO 19600 e ISO 37001¹⁴. Incluso invocando la recién llegada ISO 19601 seguro que no frenamos el —en ciertos momentos— irresistible avance de la justicia.

En la forma indicada, dentro de lo que son las funciones de un compliance officer (que es donde estamos en la evolución de nuestro estudio) la presencia de un abogado en tales misiones garantiza una capacidad adicional de análisis que conjuga tanto el conocimiento de la norma autoimpuesta —cuya transgresión podrá tener consecuencias prefijadas en el plan de prevención de riesgos penales (por ejemplo, el despido del trabajador negligente en el cumplimiento de sus obligaciones laborales)—, con la imprescindible valoración y orientación jurídicas sobre la aplicación al caso de los parámetros del derecho penal.

Esto segundo (asesorar y evaluar en derecho una conducta) solo puede hacerlo adecuadamente un abogado. Y solo esto segundo podrá tener efectos reales sobre la imagen y funcionamiento de la empresa. La diferencia entre la aplicación de los sistemas jurídicos autocompositivos (el plan de prevención) o heterocompositivos¹⁵ (el Código Penal) es muy clara y efec-

¹⁴ Sobre las relaciones entre el 31 bis y las ISOS 19600 y 37001 (ante la inminente aplicación de la ISO 19601) puede verse Bajo Albarracín, J.C. “*Auditorías de sistemas de gestión de compliance*”. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2017.

¹⁵ De “*heteroresponsabilidad*” habla la primera sentencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad de las personas jurídicas: STS 514/2015, de 2 de septiembre.

tiva: una empresa podrá aplicar o no su código de conducta interno, lo que solo dependerá del órgano de administración. Pero la aplicación del Código Penal no está en la mano del Consejo de Administración de una sociedad.

En definitiva, el *compliance officer* abogado maneja las armas del mundo jurídico externo, las cuales (no nos olvidemos) son las auténticamente importantes, porque las armas del mundo jurídico interno (el plan de prevención) siempre las podrá diseñar o rediseñar —cuando no gusten las actuales— el equipo directivo. Por desgracia, las armas externas no son controlables por las personas jurídicas y ahí resulta esencial el consejo y la guía del abogado. En el manejo de las dos realidades (interna y externa) solo puede actuar un determinado tipo de profesionales: los abogados. Luego, al menos en pura sede teórica y conceptual, la opción para designar el mejor “*compliance officer*” siempre se decantará hacia aquel profesional que sea abogado.

4. SINGULARIDADES ANEJAS A LA PRESENCIA DEL ABOGADO COMO “COMPLIANCE OFFICER”

Es llegado a este punto cuando, fundada la preeminencia conceptual y jurídica en la mejor condición del abogado tanto para elaborar planes de prevención de riesgos penales como para desempeñarse como responsable de cumplimiento normativo, interesa analizar cuáles sean las singularidades para que desempeñen tales tareas. Y estas particularizaciones solo podemos hallarlas en el cualificado status que asiste a la actuación del abogado.

Es el momento de recordar una fina y delgada capa de poderes y privilegios que, consustanciales a la abogacía porque son su esencia, quedan adheridos a la presencia del abogado solo —o nada menos— por el hecho de serlo. Es ese estatus singularizado anejo al abogado el que determina, definitivamente, la conclusión anticipada sobre la que gravitarán nuestras

La segunda —STS 154/2016, de 29 de febrero, dictada por el Pleno de la Sala Segunda— resulta de muy acusado sentido pedagógico, conteniendo —como prueba adicional de la complejidad y novedad del asunto— un voto particular suscrito nada menos que por siete magistrados. Algunos de los posteriores pronunciamientos —así las SSTSS 221/2016 de 21 de marzo y 516/2016, de 13 de junio— alumbran leves zonas de la inmensa cavidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, todavía auténticamente por descubrir en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Como el presidente de la Sala Segunda ha escrito en el prólogo a “*El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas*” (*op. cit.*, Pág. 23) “*el artículo 31 bis del CP encierra un desafío intelectual para el jurista*”.

posteriores reflexiones de que, siendo muchos los llamados, los abogados gozan de una preeminencia especial en ser los elegidos para desempeñar la tarea de responsables de cumplimiento normativo.

La intervención del abogado colegiado está contemplada en el artículo 542 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, donde se señala que *“corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico”*.

Y en el ejercicio de su actuación ante los juzgados y tribunales *“los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa”*. Pero sobre todo y a los efectos que aquí nos concitan (apartado 3, producto de la modificación operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley 19/2003, de 23 de diciembre) *“los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”*.

Aquí se contiene una de las esencias de la profesión de abogado y esa sustancia última acompaña al profesional dondequiera que se desempeñe. Y por supuesto también como responsable de cumplimiento normativo.

Es por ello que el Estatuto General de la Abogacía aprobado mediante Real Decreto 658/2001, de 22 de junio caracteriza a la profesión de abogado como *“una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público”* (Preámbulo del Estatuto y artículo 1).

No puede por ello olvidarse que *“los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”* según expresa el artículo 32.1 del Estatuto General de la Abogacía. No se pierda la atención sobre el inciso final de este precepto: *“cualquiera de las modalidades de su actuación profesional”*.

Y será el Código Deontológico de la Abogacía (Aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española en sesión de 27 de septiembre de 2002, modificado en el Pleno de 10 de diciembre de 2002)¹⁶ donde se detalle el modo en que se patentiza este privilegio:

¹⁶ Sobre la trascendencia normativa y aplicabilidad del Código Deontológico de la Abogacía puede verse la STS/Sala 3ª de 09-07-2001 donde se recoge que la ju-

“La Constitución reconoce a toda persona el derecho a no declarar contra sí mismo, y también el derecho a la intimidad. Ambos persiguen preservar la libertad y la vida íntima personal y familiar del ciudadano, cada vez más vulnerable a los poderes estatales y a otros poderes no siempre bien definidos. El ciudadano precisa del Abogado para conocer el alcance, la trascendencia de sus actos, y para ello, debe confesarle sus circunstancias más íntimas. El Abogado se convierte así en custodio de la intimidad personal de su cliente y de su inalienable derecho a no declarar contra sí mismo. El secreto profesional y la confidencialidad son deberes y a la vez derechos del Abogado que no constituyen sino concreción de los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico reconoce a sus propios clientes y a la defensa como mecanismo esencial del Estado de Derecho. Todo aquello que le sea revelado por su cliente, con todas sus circunstancias, más todo aquello que le sea comunicado por otro Abogado con carácter confidencial, deberá mantenerlo en secreto”.

Resulta así que el abogado está legalmente obligado a respetar los principios éticos y deontológicos de la profesión establecidos en el Estatuto General de la Abogacía Española y el Código Deontológico aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española, así como aquéllos códigos que en su caso tuvieren aprobado el Consejo de Colegios de la Comunidad Autónoma, además de los del concreto Colegio al que esté incorporado. En aplicación a lo que a nosotros nos concierne, resultará que, por muy constreñido por protocolos de obligado cumplimiento (en forma de códigos éticos o instrucciones internas o corporativas) que esté un profesional de la abogacía al servicio de una determinada empresa o persona jurídica, además siempre gravitarán sobre él sus obligaciones deontológicas como abogado (estatales, autonómicas o territoriales de su Colegio). Forzoso es reconocer que no puede haber otro “*compliance officer*” más obligado que él.

Y obligada la independencia del abogado como exigencia del Estado de Derecho y del efectivo derecho de defensa de los ciudadanos, constituye (dice el artículo 2 del Código Deontológico) “*un derecho y un deber*”, gozando para poder asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses de sus clientes, del derecho y el deber de preservar su independencia frente a toda clase de injerencias y frente a los intereses propios o ajenos.

Deberá el abogado preservar su independencia frente a “*presiones, exigencias o complacencias que la limiten, sea respecto de los poderes públicos, económicos o fácticos, los tribunales, su cliente mismo o incluso sus propios compañeros o colabo-*

risprudencia del TC y del TS reconocen eficacia normativa a las normas de los Códigos deontológicos. Puede verse al respecto el interesante trabajo de Arribas López, E. “*Sobre los límites del secreto profesional del abogado*” XXIV Premio San Raimundo de Peñafort 2009 instituido por el Ilustre Colegio de Abogados de Murcia.

radores” (artículo 2.4 del Código Deontológico). No existe garantía jurídica similar para ningún otro posible responsable de cumplimiento normativo.

Su independencia le permite “*rechazar las instrucciones que, en contra de sus propios criterios profesionales, pretendan imponerle su cliente, sus compañeros de despacho, los otros profesionales con los que colabore o cualquier otra persona, entidad o corriente de opinión, cesando en el asesoramiento o defensa del asunto de que se trate cuando considere que no pueda actuar con total independencia*” (art. 2.5 Código Deontológico).

Correlato de su especial posición, la independencia del profesional le prohíbe ejercer otras profesiones o actividades que la limiten o que resulten incompatibles con el ejercicio de la abogacía. ¿Por qué no ha de desenvolverse, nos parece que como la más justificada de las opciones, como “*compliance officer*”? El cúmulo de obligaciones, nada baladíes, determinará en su favor precisamente la más alta de las consideraciones éticas y jurídicas.

Y en cuanto al secreto profesional, al abogado se le exige en similar medida la confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado (“*ínsita en el derecho de aquél a su integridad y a no declarar en su contra*” dice el Código Deontológico en el art. 5.1) lo que impone al jurista el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, sin que pueda ser obligado a declarar sobre los mismos como reconoce ahora el 542 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ordinariamente y en su trabajo cotidiano se manifiesta ese “*deber y derecho al secreto profesional del abogado*” comprendiendo “*las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya recibido*” (5.2 Código Deontológico). Pero fijémonos ahora en el inciso final del referido precepto “*por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional*”.

Tal afirmación cobra todo su sentido en el seno del presente estudio. El abogado, que lo es en su tarea cotidiana con sus clientes externos, no deja de ser serlo y sigue obligado cuando “*en cualquiera de las modalidades de su actuación profesional*” desempeña como tal su función. Llevado a nuestro caso de análisis no cabe duda de que las garantías del secreto y confidencialidad se patentizan, una vez más, de forma muy destacada en quien, añadidas a las naturales obligaciones de confidencialidad y secreto de su responsabilidad como “*compliance officer*”, tenga además las suyas propias.

Es en este punto donde conviene una reflexión adicional de índole práctica. En la medida en que no distingan los programas de prevención de riesgos penales sobre cuáles sean las obligaciones del responsable de cumplimiento —lo que sería muy de agradecer que lo hicieran, dando muestra de la exhaustividad y probidad de su contenido— el abogado encargado de tales funciones debe ser diligente y atento como para ser consciente de que, mucho más allá de las obligaciones contractualmente adquiridas en su trabajo para una empresa (en régimen de exclusividad o dedicación parcial, tanto da), le vinculan sus deberes de abogado de forma que tendrá que evaluar “*ex ante*” si se encuentra en condiciones de asumir tal tarea o si prefiere (o puede) cederla a favor de una tercera persona o grupo de personas. No se olvide que los deberes de secreto profesional permanecen incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, sin que estén limitados en el tiempo.

Se suscitara aquí la pregunta de si, vistas las particularidades referidas, un letrado de empresa puede asumir el cargo de *compliance officer* sin colisión con el secreto profesional o peligro de conflicto de intereses.

Nuestra respuesta es que no sería recomendable, precisamente por razón de la específica función que se realiza (ser abogado interno de la empresa con anterioridad), al ser el *compliance officer* un profesional (abogado) que ejerce una función de control y de verificación objetiva del cumplimiento del ordenamiento por esa misma empresa.

Y una vez más surgen, siempre cerca del abogado en los momentos difíciles, los Colegios de Abogados. Puesto que en los “*casos excepcionales de suma gravedad en los que, la obligada preservación del secreto profesional, pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el Decano del Colegio aconsejará al Abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto. Ello no afecta a la libertad del cliente, no sujeto al secreto profesional, pero cuyo consentimiento no excusa al Abogado de la preservación del mismo*”.

Imprescindible aquí una nueva reflexión adicional de índole práctica. Más allá del futuro de incertidumbre que se abre sobre la evolución de los todavía imprecisos mecanismos de prevención de riesgos penales respecto a las personas jurídicas y de la posición que hayan de cumplir los abogados en esta futura historia jurídica, cumple una vez más señalar cómo las corporaciones de derecho público que asisten a la abogacía deben estar presentes, legitimando nuevamente su existencia, en los momentos de mayor tensión para el ejercicio de la profesión.

Cumple a los colegios de abogados (sin lugar a dudas en continua conexión interna entre sí, con los Colegios autonómicos y el Consejo General de la Abogacía Española) empezar a desgranar qué límites o trabas —además de las ventajas señaladas en el estudio— reviste la presencia de abogados en tales órganos de responsabilidad de las empresas¹⁷. Y qué particularidades habrá que ir determinando para acomodar, paso a paso pero sin perder tiempo, para perfilar con mayor exactitud el mejor engarce entre los abogados que progresivamente desempeñan estas funciones con las obligadas recomendaciones que deben tener presentes (puesto que, al final de los problemas graves, estará el Decano del Colegio respectivo) en orden a su mejor y más efectivo cumplimiento.

No debe olvidarse que, con independencia de la existencia de un plan de cumplimiento en el seno de una organización, “*lo relevante no será su implantación o adecuación formal, sino su materialización y cumplimiento efectivo*”¹⁸.

El asesoramiento del abogado a las personas jurídicas constituye una tradición profesional¹⁹, para lo cual bastan como ejemplo las renovadas funciones del secretario del consejo de administración de las sociedades de capital (señaladas en el artículo 529 octies de la Ley de Sociedades de Capi-

¹⁷ La presencia del abogado puede ser a título particular (como responsable del cumplimiento normativo con carácter exclusivo) o como miembro de un órgano colectivo —denominado comité de cumplimiento normativo o similar—. Que su responsabilidad sea individual o colectiva no altera su status, sin perjuicio de que habrá que estar a cuál sea su papel exacto en el caso de que se adopte la forma colectiva de ejercicio del órgano de supervisión del compliance, por si pudiera afectar a su independencia y obligación de secreto profesional.

¹⁸ Herrero Gímenez, R. “*Corporate Compliance. Responsabilidad y empresa*”. *Op. cit.* II Jornadas de Investigadores Pág. 278. El autor alerta sobre los denominados “programas *de papel*”, donde las empresas adoptan políticas y procedimientos en el papel, pero que luego no son incorporados en sus operaciones reales. Enlaza ello una vez más con el carácter obligado —y por ello en relativa medida costoso en tiempo, esfuerzo y dinero— de “traje a medida” que debe tener un programa de cumplimiento normativo puesto que lo relevante no es solo ajustarse formalmente a lo que dice el programa de prevención de riesgos penales de una entidad sino que dicho plan sea “*hipotética u objetivamente apto para evitar el peligro*” en palabras de la Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica n° 5/2010.

¹⁹ Puede verse en tal sentido el informe n° 4/2011 sobre “La regulación de los letrados asesores del órgano de administración de sociedades mercantiles y sobre la posibilidad de designar a letrados-personas jurídicas” de esta Comisión Jurídica (Libro de informes de 2011).

tal, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, tras la adición en el artículo único 46 de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre): elaboración de actas, mantenimiento de registros, asesoramiento legal, asistencia al presidente y buen gobierno corporativo, entre otras²⁰. Se nos dice de él (Castro Varela) que “*debe ser una persona proactiva, con experiencia, con habilidad para trabajar a nivel ejecutivo, con conocimiento del negocio, con compromiso con la ética y la integridad de la empresa, con una base jurídica y con línea directa con el Consejo de Dirección dado que será a ellos a los que debe informar sobre riesgos, incidentes y avances de los programas de cumplimiento*”. Ni podemos estar más de acuerdo, ni alcanzamos a ver un mejor profesional que un abogado para tales funciones.

Podrá entonces preguntarse si un letrado externo, pero contratado a través de iguala o para llevanza de asuntos puede asumir el cargo de *compliance officer* sin colisión con el secreto profesional o peligro de conflicto de intereses.

La respuesta (en la misma línea de lo comentado más arriba) ha de ser también negativa puesto que su posición quedaría comprometida desde la óptica del secreto profesional y los conflictos de interés.

En definitiva, sólo un letrado externo sin vinculación con la empresa puede asumir el cargo de *compliance officer* con todos los privilegios propios de su condición de letrado, garantizándonos de este modo que no existe colisión con el secreto profesional o peligro de conflicto de intereses.

Visto lo anterior y atendidas las singularidades que se avecinan (unidas a la recomendada presencia de los abogados en las tareas de los planes de prevención de riesgos penales, sea en su concepción o en su aplicación) no parece difícil pensar que en una ordenación futura de las singularidades de la profesión de abogado se atienda a la situación de los abogados que prestan sus servicios en tan cualificadas posiciones en o para las personas jurídicas.

²⁰ Otros han visto el antecedente en el responsable de cumplimiento que recoge el artículo 28 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión. También puede situarse en esa tendencia en el órgano de control que establece el artículo 26 de la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales. II Jornadas de Investigadores, *op. cit.* Castro Varela, M., Pág. 223.

5. CONCLUSIONES

- 1) La elaboración de los planes de prevención de riesgos penales constituye una manifestación del poder de autonormación que tienen las personas jurídicas, procedimiento de elaboración en el que resulta más que recomendable la presencia de abogados.
- 2) La implementación y aplicación de los planes de prevención requiere la combinación de actividades de interpretación, evaluación y decisión jurídicas que se corresponden naturalmente con las que de ordinario realiza un abogado en su tarea de asesoramiento y orientación a las personas jurídicas.
- 3) La figura del responsable de cumplimiento normativo o “*compliance officer*” exige singulares caracteres que, aunque pudiera ser cubierta por ciertos directivos internos o responsables externos específicamente designados para ello, en el caso de que sean abogados conlleva privilegios y garantías adicionales derivadas del estatuto personal del profesional de la abogacía.
- 4) La libertad e independencia legalmente innatas a la profesión, el secreto profesional, la confidencialidad, la posibilidad de no declarar y las demás consecuencias de la intervención de un abogado constituyen garantías adicionales a las funciones ordinarias de un responsable de cumplimiento normativo que refuerzan la conveniencia de la intervención del abogado en el ejercicio de tales funciones.
- 5) La agregación de las conclusiones anteriores conduce a la apreciación de que, siendo muchos los llamados a desempeñar tareas de “*compliance officer*” en las personas jurídicas, los abogados gozan de una preeminencia especial en ser los elegidos para asumir dicha tarea.

Actualización del informe 2/2014 sobre las obligaciones de transparencia de los Colegios de Abogados

(Informe 4/2017)

Sumario: 1. NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA DE TRANSPARENCIA. 2. BREVE ANÁLISIS DE LA NORMATIVA AUTONÓMICA EN MATERIA DE TRANSPARENCIA ACTIVA EN RELACIÓN CON LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. 3. RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. GUÍA DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DIRIGIDA A LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y DEMÁS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. 4. ANÁLISIS EN PARTICULAR DE LA NECESIDAD DE PUBLICACIÓN DE LAS RETRIBUCIONES DE LOS MÁXIMOS RESPONSABLES DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES. 5. CONCLUSIONES.

1. NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA DE TRANSPARENCIA

En el presente dictamen nos centraremos en la actualización del informe 2/2014 realizado con ocasión de la aprobación de la Ley 19/2013 de 9 de diciembre de Transparencia, derecho de acceso a la información pública en relación con las Corporaciones de Derecho Público en general y para los Colegios Profesionales en particular.

Efectivamente, transcurridos más de 3 años desde la publicación de la Ley en el BOE y más de 2 años desde su entrada en vigor para el ámbito de la AGE (recordemos que la Ley establecía una “vacatio legis” de un año para su entrada en vigor respecto a la Administración General del Estado y dos años para su aplicación el ámbito autonómico y local) parece conveniente actualizar el dictamen realizado en 2014, si bien hay que tener en cuenta que en el ámbito de la regulación estatal no ha habido modificaciones y sigue pendiente el desarrollo reglamentario de la Ley. Existe, no obstante, un borrador de Real Decreto que se puede consultar en la web del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. <http://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:328f1e5f-86de-4f59-83f9-fad26b902649/proyecto-reglamento-ley-de-transparencia.pdf> si bien a día de hoy no parece probable que éste sea el texto finalmente aprobado. Por otro lado, se está tramitando en el Congreso en el momento de escribir este informe una Ley Integral de lucha contra la Corrupción y protección de los denunciantes que incluye importantes modificaciones de la Ley estatal, si bien ninguna

de ellas afecta directamente a la cuestión de las Corporaciones de Derecho Público o los Colegios profesionales.

También hay que destacar que en el ámbito autonómico, con posterioridad a la promulgación de la Ley 19/2013 de 9 de diciembre, se ha desarrollado una intensa actividad legislativa que ha llevado a la aprobación (con distintas denominaciones) de una serie de leyes autonómicas de transparencia a las que haremos referencia brevemente. De nuevo hay que destacar que ninguna de ellas incorpora modificaciones sustantivas en la cuestión que aquí nos ocupa en la medida en que, siguiendo en este punto a la Ley estatal, establecen que las Corporaciones Públicas quedan sujetas a las respectivas leyes autonómicas de transparencia solo en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo. Sin embargo, como veremos, sí es posible apreciar algunas diferencias de matiz en su articulado. Además, muchas de las leyes autonómicas incluyen expresamente principios generales que favorecen una interpretación “pro transparencia” de sus propias normas lo que tiene cierta relevancia a efectos interpretativos.

En definitiva, prácticamente todas las CCAA han aprobado o van a aprobar próximamente su propia Ley autonómica en materia de transparencia y derecho de acceso a la información pública. En algunos casos se incorporan adicionalmente otras materias relacionadas con la transparencia, tales como la regulación de los lobbies, la participación ciudadana, el Gobierno abierto, el buen gobierno, etc, etc. Es más, algunas CCAA han reformado ya sus leyes de transparencia como en el caso de Galicia o Murcia. No se olvide que el elevado componente político de esta ley —propagandístico, incluso— convierte su aprobación o su modificación en un instrumento político de primer orden con independencia de la relativa escasez del acervo doctrinal y sobre todo jurisprudencial existente. Por esa razón, el principal rasgo distintivo de la normativa autonómica suele ser su ambición, en el sentido de que se trata de leyes que introducen mayores obligaciones de transparencia activa que la propia ley estatal o/y establecen un sistema de garantías más efectivo o/y regulan aspectos adicionales o complementarios a la transparencia.

A continuación enumeraremos cuales son las normas autonómicas vigentes en materia de transparencia que han sido dictadas con posterioridad a la ley estatal en orden cronológico.

Ley 1/2014 de Transparencia Pública de Andalucía. (<http://www.junta-deandalucia.es/boja/2014/124/1>)

Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja (<http://www.larioja.org/npRioja/default/defaultpage.jsp?idt>)

ab=724659&tipo=2&fecha=2014/09/17&referencia=1725157-3-HTML-483491-X)

Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. (http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/541606-1-12-2014-de-16-dic-ca-murcia-transparencia-y-participacion-ciudadana.html) modificada por Ley 7/2016 de 18 de mayo.

Ley 12/2014 de 26 de diciembre, de Transparencia y de acceso a la información pública de la Comunidad Autónoma de Canarias. <https://www.boe.es/boe/dias/2015/02/06/pdfs/BOE-A-2015-1114.pdf>

Ley 19/2014 de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de la Generalitat de Catalunya. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-470-consolidado.pdf>

Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León. (http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3281)

Ley 8/2015 de 25 de marzo de Transparencia de la Actividad Pública y participación ciudadana de Aragón http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Departamentos/PresidenciaJusticia/Documentos/LEY_TRANSPARENCIA.pdf)

Ley 2/2015 de 2 de abril de Transparencia, Buen Gobierno y Participación ciudadana de la Comunidad Valenciana. (http://www.gvaoberta.gva.es/documents/7843050/128745313/2015_3137.pdf/d15647fb-64c1-41c1-ba10-61d45d63a763)

Ley 1/2016 de 18 de enero de transparencia y buen gobierno de la Xunta de Galicia http://www.xunta.es/dog/Publicados/2016/20160215/AnuncioC3B0-110216-0001_gl.html)

Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha. http://docm.castillalamancha.es/portaldocm/descargarArchivo.do?ruta=2016/12/30/pdf/2016_14090.pdf&tipo=rutaDocm

Además hay que reseñar la existencia de normativa autonómica anterior a la ley estatal:

Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears. (http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ib-14-2011.html).

Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto. (<http://www.lexnavarra.navarra.es/detalle.asp?r=26314>) (modificada por Ley Foral 5/2016 de 28 de abril)

Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura (http://www.gobex.es/files/cms/ig/uploaded_files/interlex_normas/Ley_4_2013_de_21_de_mayo_de_Gobierno_Abierto_de_Extremadura.pdf)

Por último haremos referencia a los proyectos de ley que se están tramitando en la actualidad en algunas CCAA en el momento de escribir estas líneas:

Proyecto de Ley de transparencia, participación ciudadana y buen gobierno http://www.euskadi.eus/gobiernovasco/contenidos/informacion_publica/inf_dncg_ley_64397_2015_02/es_def/index.shtml

Anteproyecto de Ley del Principado de Asturias de Transparencia https://www.asturias.es/webasturias/GOBIERNO/TRANSPARENCIA/anteproyecto_ley_transparencia.pdf

Como ya hemos dicho, del análisis de dicha normativa se desprende que con carácter general estas leyes autonómicas no solo regulan más aspectos que la ley estatal sino que suelen ser más ambiciosas en cuanto a las obligaciones de transparencia que establecen. Por otra parte, algunas de ellas —a diferencia de la ley estatal— contemplan un régimen específico de infracciones y sanciones y la mayoría establecen principios generales que permiten una interpretación de sus disposiciones en caso de duda favorable a la transparencia. En este sentido destacan, por ejemplo, las leyes canaria y catalana.

2. BREVE ANÁLISIS DE LA NORMATIVA AUTONÓMICA EN MATERIA DE TRANSPARENCIA ACTIVA EN RELACIÓN CON LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO

Podemos señalar que, con carácter general, la normativa autonómica se divide en dos categorías a los efectos que aquí nos interesan: normas que no contienen especialidad alguna respecto de la Ley estatal (o incluso no mencionan expresamente a las Corporaciones de Derecho público, como ocurre por ejemplo en la ley foral navarra) y normas que sí contienen referencias expresas a las Corporaciones de Derecho Público. Dentro de esta última categoría hay que destacar las normas que introducen una

regulación más prolija que la estatal a la hora de regular las obligaciones de transparencia activa de los sujetos obligados. En todo caso, recordemos que las normas autonómicas solo pueden aplicarse a las Corporaciones de Derecho público incluidas dentro de su ámbito de aplicación, es decir, a las Corporaciones de Derecho Público que desarrollan su actividad únicamente en el ámbito territorial propio de la Comunidad Autónoma respectiva.

Por otra parte, en lo que no existe variación alguna respecto a la legislación estatal es en la premisa de que las Corporaciones de Derecho Público y por tanto los Colegios Profesionales solo quedan sujetos a las obligaciones de transparencia en cuanto a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo o en cuanto al ejercicio de funciones públicas (por usar la terminología de la ley de transparencia catalana) por lo que en este punto nos remitimos a nuestro dictamen anterior sobre qué actividades deben de tener esta consideración.

Es más, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre la interpretación de esta regla al resolver una reclamación contra una desestimación de una solicitud de derecho de acceso a la información pública relativa a determinadas actuaciones del Consejo General de Procuradores, señalando que por actuaciones sujetas a Derecho Administrativo hay que entender todas aquellas materias para cuya revisión es competente la jurisdicción contencioso-administrativa, como veremos más adelante. Lo mismo cabe decir de algunas resoluciones de los organismos autonómicos equivalentes.

No obstante lo anterior, es perceptible una cierta tendencia en algunas normas autonómicas a regular de forma más extensa las obligaciones de transparencia activa con carácter general y a no diferenciar siempre entre los distintos sujetos obligados, y en particular —por lo que aquí nos interesa— entre Administraciones Públicas y Corporaciones de Derecho público. En cambio otras normas autonómicas son más precisas en la medida en que si bien incluyen nuevas obligaciones de transparencia activa lo hacen solo en relación con las Administraciones Públicas autonómicas, como ocurre con la ley de transparencia canaria con respecto a la Administración pública de Canarias, la ley de transparencia de Castilla y León que hace lo propio con la Administración autonómica castellano-leonesa o la ley gallega con respecto de su Administración.

Especial referencia merecen aquellas obligaciones de transparencia activa que puedan imponerse a las Corporaciones Públicas y Colegios Profesionales en el ámbito económico, presupuestario y de retribuciones de sus miembros, dado que hay otro tipo de obligaciones que, por su propia natu-

raleza, no pueden exigirse a las Corporaciones de Derecho Público y otras que claramente sí les resultan exigibles en la medida en que se trata de actuaciones sujetas al Derecho Administrativo. Por su relevancia dedicaremos un apartado del presente informe a la obligación de transparencia de las retribuciones de los órganos de gobierno de los Colegios Profesionales.

En todo caso, la justificación de esta extensión de las obligaciones de transparencia activa a entidades distintas a las Administraciones Públicas puede encontrarse en que el conocimiento de ciertas cuestiones, incluso cuando se trata de actuaciones no sujetas al Derecho Administrativo (como ocurre por ejemplo con el presupuesto de una Corporación de Derecho Público) tienen indudable relevancia para el buen funcionamiento de estas instituciones en general y para las actuaciones de Derecho Público que tienen encomendadas las Corporaciones Públicas en particular. Es más, como veremos también en algunos casos existe una información que no tiene carácter público pero que sirve de soporte a la adopción de acuerdos por los órganos de gobierno de las Corporaciones de Derecho Público o Colegios Profesionales que sí constituyen actos sujetos al Derecho Administrativo.

Por otra parte y como ya hemos adelantado hay que tener en cuenta que son muchas las normas autonómicas que contienen principios generales que favorecen una interpretación extensiva de sus preceptos (lo que podríamos denominar principios generales “pro transparencia”) de manera expresa. Incluso en la menos ambiciosa ley estatal recordemos el art. 5.1 puede servir para favorecer una interpretación extensiva de su articulado, en la medida en que según dicho precepto “Los sujetos enumerados en el artículo 2.1 (entre los que se encuentran las Corporaciones de Derecho Público) publicarán de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública”.

Por tanto, a la hora de abordar las obligaciones de transparencia existentes para las Corporaciones de Derecho Público de ámbito regional hay que tener en primer lugar presente la normativa autonómica dado que de conformidad con el art. 5.2 de la Ley 19/2013 de 9 de diciembre de Transparencia, acceso a la información pública y buen Gobierno “Las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad”. Como hemos dicho, la normativa autonómica establece con carácter general un régimen más amplio en materia de publicidad

activa. Por ejemplo, en el caso de la Ley 4/2016 de 15 de diciembre de transparencia de Castilla-la Mancha aunque parte de la misma premisa que la ley estatal (al considerar en su art. 4. f) como sujetos obligados de la Ley “f) Las corporaciones de derecho público cuya demarcación esté comprendida en el territorio de Castilla-La Mancha, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo) recoge las obligaciones de transparencia activa en sus arts. 9 a 22 de forma mucho más extensa y detallada que en la Ley 19/2013 refiriéndose a “los sujetos del art. 4.1” entre cuales están incluidas las Corporaciones de Derecho Público.

En definitiva, podemos concluir —sin ánimo de realizar un estudio pormenorizado de todas y cada una de las leyes autonómicas, lo que excedería con mucho del objeto de este informe— que en materia de transparencia activa de las Corporaciones de Derecho público y Colegios Profesionales de ámbito regional deberá estarse en primer lugar a lo que establezca la legislación autonómica respectiva. Hay que tener en cuenta igualmente que, en algunas normas autonómicas, aunque se recoge una regulación muy amplia de la transparencia activa (con respecto al existente en la ley estatal) solo se menciona como sujeto obligado a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma respectiva, como ocurre en las leyes de Cataluña, Canarias o Castilla-León. En otros casos (como ocurre en la ley de transparencia de Castilla-la Mancha más arriba citada) la diferencia respecto a las obligaciones de transparencia activa entre los distintos sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la ley no es tan nítida, dado que la normativa de aplicación no distingue entre unos sujetos obligados y otros lo que puede provocar dificultades interpretativas.

Por último, en otras normas autonómicas (como ocurre en la Ley de Transparencia andaluza) se realiza un esfuerzo para distinguir entre las obligaciones de transparencia activa que se imponen solo a las Administraciones Públicas y las obligaciones de transparencia activa que se imponen al resto de sujetos comprendidos en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley.

En todo caso, incluso cuando no existan modificaciones relevantes respecto a las Corporaciones de Derecho Público y Colegios Profesionales en la normativa autonómica de aplicación hay que tener en cuenta que será el órgano autonómico previsto en la respectiva normativa el encargado de interpretar las disposiciones en materia de transparencia al resolver las reclamaciones de los interesados en relación con el derecho de acceso a la información pública, por lo que habrá que tener también muy presentes dichas resoluciones. En último término serán los órganos judiciales a

los que corresponda su revisión los encargados de resolver, en su caso, los recursos contencioso-administrativos e ir estableciendo la postura judicial. Esto quiere decir que puede existir un cierto riesgo de dispersión interpretativa en materia de transparencia de las Corporaciones de Derecho Público y de los Colegios Profesionales autonómicos —aunque no existan preceptos autonómicos específicos sobre Corporaciones de Derecho Público o los que existan no difieran sustancialmente de los recogidos en la Ley estatal— al menos hasta que no se vaya fijando la jurisprudencia.

3. RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. GUÍA DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DIRIGIDA A LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y DEMÁS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO

Lógicamente durante el tiempo recaído entre nuestro anterior dictamen y el presente tanto el Consejo estatal de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante CTBG) como algunos organismos autonómicos similares han tenido ocasión de resolver sobre reclamaciones de derecho de acceso a la información pública que afectan a las Corporaciones de Derecho Público y a los Colegios Profesionales. Además cabe mencionar la existencia de algunos informes y “guías” que tienen incidencia sobre esta cuestión.

Efectivamente, recordemos que de conformidad con el art. 38.2 a) de la Ley 19/2013 le corresponde al Presidente (en este caso Presidenta) del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno la función de adoptar criterios de interpretación uniformes de las obligaciones contenidas en la Ley estatal. Igualmente se recoge esta facultad en el art. 8.2 b) del RD 919/2014 de 31 de octubre que aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Por su parte, el art. 3 e este mismo RD 919/2014 de 31 de octubre recuerda que entre sus funciones se encuentra la de adoptar recomendaciones para el mejor cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre y asesorar en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, promover la elaboración de borradores de recomendaciones y de directrices y normas de desarrollo de buenas prácticas en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Normas similares se contienen en las respectivas

leyes autonómicas respecto de los órganos de garantía que han ido creando (ya sea con carácter unipersonal o colegiado) la mayoría de ellas.

Por tanto, hay que prestar atención a la actividad desarrollada en estos años por estos organismos en relación con las obligaciones de transparencia de las Corporaciones de Derecho Público y los Colegios Profesionales, si bien la competencia del CTBG se extiende solamente al ámbito de la ley estatal y el de los órganos autonómicos equivalentes a su respectivo ámbito territorial.

En particular, nos referiremos a algunas resoluciones que el CTBG ha tenido ya ocasión de dictar alguna resolución en relación con el derecho de acceso a la información pública en el ámbito de las Corporaciones de Derecho Público en las que aborda cuestiones de fondo. Efectivamente, el CTBG se ha pronunciado varias veces también sobre el derecho de acceso a la información pública en relación con información solicitada al Ministerio de Justicia (Dirección General de los Registros y del Notariado) en relación con determinada información solicitada en relación con actuaciones del Colegio de Registradores, pero en relación con cuestiones formales, básicamente las causas de inadmisibilidad recogidas en el art. 18 de la Ley 19/2013.

Por el contrario en relación con la reclamación resuelta por resolución de 15 de julio de 2015 relativa a una solicitud de información pública formulada frente al Ministerio de Justicia y el Ministerio de Economía y Competitividad en relación con una información relativa al Consejo General de Procuradores de España. La contestación de ambos departamentos indicaba que dicha información no obraba en su poder, señalando que correspondía solicitarla al Consejo General de Procuradores de España.

Pues bien, más allá de las cuestiones competenciales relativas al organismo que debía proporcionar el acceso a la información pública en este supuesto, lo que nos interesa destacar a efectos del presente dictamen es que el CTBG ha precisado —como ya hemos adelantado más arriba— que se entienden por actividades sujetas a Derecho Administrativo “aquellas que pueden ser de conocimiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, tal y como se establece en el artículo 2 de la ley 29/1988 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa” Recordemos que dicho precepto, en su letra c) establece que dicho orden jurisdiccional conocerá de los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas.

En este sentido, el CTBG recuerda que la Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de las profesiones tituladas y de los colegios profesionales en

Cataluña establece en su artículo 39 cuales son las funciones públicas de los colegios profesionales recordando que también pueden ejercer otras funciones públicas por delegación del Gobierno así como ejercer otras funciones de naturaleza privada.

“Por esa razón, el CTBG consideró en esta resolución que la información que se solicitaba por el ciudadano al Colegio de Procuradores estaba enmarcada en la letra 39 a) de dicha norma según la cual entre las funciones públicas de los Colegios Profesionales se encuentra la de:”a) Garantizar que el ejercicio profesional se adecue a la normativa, deontología y buenas prácticas, y que se respeten los derechos e intereses de las personas destinatarias de la actuación profesional. A dicho efecto, los colegios profesionales deben ordenar en el ámbito de su competencia el ejercicio de las profesiones de acuerdo con el marco legal aplicable, velando por el cumplimiento de los deberes y obligaciones de las personas colegiadas, por la dignidad profesional y por el respeto de los derechos de los ciudadanos, y proponer a la Administración la adopción de medidas en relación con la ordenación y regulación del acceso y ejercicio de la profesión”

Efectivamente, el objeto de la documentación solicitada era la propuesta de los Departamentos Ministeriales de Justicia y de Economía y Competitividad que dio lugar a los acuerdos del Consejo General de fechas 24 y 30 de octubre de 2013 relativos “al funcionamiento del Servicio de Notificaciones y cobro a los procuradores y para facilitar el libre ejercicio profesional de los procuradores en todo el territorio del Estado español”.

Interesa destacar que la solicitud de acceso a la información se refería en concreto a sendos Acuerdos del Pleno y del Comité Ejecutivo del Consejo General de Procuradores de fechas 30 de octubre y 24 de noviembre de 2013 respectivamente referidos al importe máximo de las cuotas de incorporación a los Colegios de Procuradores de los Tribunales y al importe de la cuota por utilización del servicio obligatorio de recepción de notificaciones y traslado previo de copias con el fin de facilitar el ejercicio profesional así como a los mecanismos de gestión y compensación necesarios para garantizar la cooperación entre los Colegios de Procuradores. Aunque finalmente no se concede el acceso a la información por concurrencia de uno de los límites previsto en el art. 14.1 e) de la Ley 19/2013 (ya que la información solicitada formaba parte de un expediente de información reservada abierto por la CNMC en relación con la fijación de la cuantía máxima de abono por procurador por el ejercicio profesional fuera del ámbito territorial de adscripción) nos interesa destacar aquí la interpretación realizada por el CTBG en cuanto al concepto de información pública.

Este criterio del CTBG fue confirmado por sentencia 116/2016 del Juzgado Central de lo contencioso-administrativo nº 2 de 3 de octubre de 2016.

En conclusión, es el doble carácter público y privado que ostentan estas Corporaciones de Derecho Público en general y los Colegios Profesionales en particular lo que hace que el régimen de aplicación de la normativa de transparencia no sea tan intenso como el aplicado para las Administraciones Públicas en materia de publicidad activa. Quedan, por tanto, fuera de su ámbito de aplicación el conjunto de actividades no sometidas al Derecho administrativo o, dicho de otra manera, el conjunto de sus actividades de naturaleza privada. De la misma forma, quedará fuera del ámbito del derecho de acceso a la información pública reconocido en el art. 12 de la ley estatal (y correlativos de las normas autonómicas) toda aquella información que no pueda calificarse de tal.

En todo caso, hay que tener en cuenta —como también ha señalado en sus resoluciones el CTBG— que su sometimiento al ámbito de aplicación de la ley de transparencia se justifica por las finalidades preeminentemente públicas que ostentan, por la no menos importante función de las prerrogativas públicas que ejercen y por el carácter de actos administrativos que se derivan de la actividad colegial en sus decisiones sujetas al derecho administrativo. De ahí que la separación entre lo público y lo privado en relación con la publicidad activa en actuaciones tales como la aprobación de los presupuestos (incluida específicamente entre las funciones públicas de los Colegios Profesionales en la normativa más arriba transcrita) no resulta tan evidente, máxime si tenemos en cuenta lo que diremos más adelante en cuanto a la documentación de apoyo o auxiliar.

En cuanto a elementos orientadores o guías hay que destacar también que el Consejo Estatal de Transparencia y Buen Gobierno ha elaborado en colaboración con la Unión Profesional (asociación integrada por 32 Consejos Generales y Superiores y Colegios Profesionales de ámbito estatal) en diciembre de 2016 una guía de Transparencia y Acceso a la información pública dirigida a los Colegios Profesionales y demás Corporaciones de Derecho Público [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/5821_guiacolegiosprofesionales%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/5821_guiacolegiosprofesionales%20(1).pdf) que resulta también de interés para el tema que aquí nos ocupa. Hay que subrayar que se trata sólo de una guía elaborada en colaboración con una Asociación privada no teniendo por tanto el carácter de una resolución, un criterio interpretativo, una recomendación o un informe del propio CTBG. Así se desprende también con claridad del hecho de que en la página web del propio CTBG se recoge en un apartado

distinto al que recoge los criterios interpretativos, informes y recomendaciones, en concreto en el apartado de “documentación”.

Pues bien, de la guía del CTBG se desprende que debe proporcionarse información pública de forma proactiva sobre todas aquellas funciones públicas que ejerzan las Corporaciones de Derecho Público y los Colegios Profesionales, centrándose en particular esta guía en lo relativo a la contratación, siempre que se trate de contratos administrativos, convenios firmados por la Corporación en ejercicio de funciones públicas y encomiendas de gestión si las hubiere.

En línea con la jurisprudencia no se considera información pública los presupuestos, cuentas anuales o retribuciones percibidas por los máximos responsables de la Corporación, lo que sin duda es correcto desde un punto de vista conceptual como ya señalamos también en nuestro informe anterior, dado que no se trata de actuaciones sujetas a Derecho Administrativo. Sin embargo, como hemos visto, el que no se trate de información pública “per se” no supone necesariamente que esta información no esté sujeta a las obligaciones de transparencia activa sí así lo exige alguna norma específica como la Ley de Colegios Profesionales (que siempre prevalece si la obligación de transparencia que establece es superior a la recogida en la ley general) o si, tratándose de una Corporación de Derecho Público de ámbito regional, así se desprende de la normativa autonómica o, en último término, si se trata de una información que está incorporada a un expediente que concluye con un acuerdo colegial que sí está sujeto al Derecho Administrativo.

Recordemos que se entiende por información pública, de conformidad con lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 19/2013 Artículo 13. Información pública “los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”. Como puede verse la definición es muy amplia, por lo que requiere de ulteriores precisiones e interpretaciones, particularmente al poner en relación este precepto con las causas de inadmisibilidad previstas en el art. 18. 1 a) y b) de la misma Ley que se refieren a información que esté en curso de elaboración o de publicación general o referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas.

Efectivamente, puede ocurrir que la información que se solicite forme parte de un expediente que concluya con un acuerdo de la Corporación

de Derecho Público que sí está sujeto a Derecho Administrativo, de manera que estemos en presencia de una información de carácter auxiliar o de apoyo. En este caso también puede concederse el derecho de acceso reconocido en el art. 12 de la Ley 19/2013, máxime si tenemos en cuenta la interpretación restrictiva que ha hecho el CTBG del concepto de documentación auxiliar o de apoyo en su CI/006/2015 de 12 de noviembre de 2015 http://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/consejo/criterios_informes_consultas_documentacion/criterios.html (criterio interpretativo) a efectos de la causa de inadmisibilidad contemplada en el art. 18.1 b) de la Ley 19/2013. Según dicho criterio interpretativo lo relevante es que la información tenga carácter “auxiliar o de apoyo” y no tanto su denominación. Considera que se da esta circunstancia cuando la documentación contenga opiniones o valoraciones personales que no reflejen el criterio del organismo, cuando se solicite un texto preliminar o borrador que no sea el final, cuando se trate de comunicaciones internas que no constituyan parte del procedimiento, cuando se trate de información preparatoria del órgano que recibe la solicitud o cuando no se trate de informes no preceptivos que no se incorporen como motivación de una decisión final. En todo caso no puede denegarse información relevante en la tramitación del expediente o en la formación de la voluntad del órgano en cuestión, es decir, relevante para la rendición de cuentas, el conocimiento de la toma de decisiones públicas y su aplicación.

Dado que lógicamente cuestiones tales como las retribuciones de los máximos responsables de un Colegio profesional no pueden considerarse encuadradas entre las materias sujetas a Derecho Administrativo conviene detenerse particularmente en este aspecto

4. ANÁLISIS EN PARTICULAR DE LA NECESIDAD DE PUBLICACIÓN DE LAS RETRIBUCIONES DE LOS MÁXIMOS RESPONSABLES DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

Lo primero que debemos de señalar es que en este dictamen, lo mismo que en el anterior, sostendremos que las obligaciones de transparencia activa de las Corporaciones de Derecho Público deben de interpretarse a la luz de lo dispuesto en la normativa específica de aplicación, recogida en el art. 11.1 de la Ley de Colegios Profesionales que establece con carácter general que: “Las organizaciones colegiales estarán sujetas al principio de transparencia en su gestión”.

Cierto es que, con respecto a las retribuciones de los órganos de dirección de las Corporaciones profesionales esta transparencia en la gestión se concreta no en la publicación directa a través de la web oficial de dicha información (como ocurre con las obligaciones de transparencia activa recogidas en los arts. 6 a 8 de la ley estatal y en las correspondientes normas autonómicas) sino en la publicidad a través de una Memoria Anual, que debe de publicarse a su vez en la web oficial del organismo en cuestión en el primer semestre de cada año. Recordemos que en dicha Memoria debe de recogerse la información señalada en el art. 11 de la Ley de Colegios Profesionales entre la que se menciona específicamente el informe anual de gestión económica, incluyendo los gastos de personal suficientemente desglosados y especificando las retribuciones de los miembros de la Junta de Gobierno en razón de su cargo así como las normas sobre incompatibilidades y las situaciones de conflicto de intereses en que se encuentren los miembros de las Juntas de Gobierno.

En todo caso parece claro que la Ley de Colegios Profesionales establece un “plus” de transparencia en la gestión que va más allá de lo exigido en la Ley 19/2013, como ha reconocido expresamente el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía en su resolución 31/2016 en relación con una solicitud de información pública formulada frente al Colegio Oficial de Fisioterapeutas de Andalucía y posteriormente en otra resolución posterior del mismo año, la 114/2016, en relación con una solicitud de acceso a la información pública en relación con el Colegio de Arquitectos de Málaga. En el primer caso se solicitaba información (además de entre otras cuestiones relativas a la oferta de empleo, régimen de personal, régimen de provisión, identificación de las personas que forman parte de los órganos de representación del personal y el número de personas que gozan de dispensa total de asistencia al trabajo, subvenciones y ayudas públicas concedidas) sobre: “las retribuciones de cualquier naturaleza percibidas anualmente por los miembros de la junta de gobierno del CPFA y por las personas que ejerzan la máxima responsabilidad en el CPFA, en concepto de dietas y otras percepciones periódicas. Justificación de las percepciones recibidas con carácter fijo y no fijo, así como especificación de los actos institucionales y reuniones que justifiquen la percepción de dietas y gastos por asistencia a eventos”

Pues bien, en la resolución se realizan unas interesantes consideraciones sobre el carácter privado de los presupuestos de los Colegios Profesionales y el carácter de actos administrativos de los acuerdos de los Colegios Profesionales. En concreto se señala que: “Por otra parte, la STS de 28 de febrero de 2012 es particularmente contundente cuando sostiene que “los

presupuestos no integran funciones públicas. Los fondos colegiales no solo financian funciones públicas sino también publicaciones, cursos de formación, páginas web, asesoramientos de diversa naturaleza y otros servicios de naturaleza privada. Además, la regulación vigente culmina un proceso en el que se concluye que los acuerdos económicos y patrimoniales de los Colegios Profesionales tienen una evidente naturaleza privada y que no se incardinan en los denominados “actos adoptados en ejercicio de funciones públicas” del artículo 2, letra c) de la Ley 29/1998 (RCL 1998, 1741). La Jurisprudencia del Orden civil ha declarado que es competente para conocer sobre cuestiones de naturaleza privada de los Colegios Profesionales. La delimitación de la actuación pública de los colegios profesionales es una cuestión ya resuelta por la Sala presente en sentencia de tres de mayo de dos mil seis (RJ 2006, 4065) como también por la STC 194/2008 (RTC 2008, 194)”.

Con respecto a la información solicitada diferente a la contenida en el art. 11 de la Ley de Colegios Profesionales al que ya hemos hecho referencia se considera que es información que solo será exigible en la medida que pueda estar sujeta al Derecho administrativo, **pero en todo caso deberá ser ofrecida al solicitante los correspondientes actos de aprobación, en su caso, de dichas actuaciones por parte de los órganos competentes del Colegio Profesional, pues dichos acuerdos sí son revisables ante la jurisdicción contencioso administrativa”.**

Por último, estas resoluciones subrayan que el Colegio Profesional viene obligado a una gestión transparente, en virtud de lo previsto en la propia Ley 2/1974, de 15 de febrero, de Colegios Profesionales, después de la importante modificación operada por la Ley Ómnibus 25/2009, de 22 de diciembre, singularmente en su artículo 5, el cual prevé obligaciones específicas de transparencia en cuanto se refiere a la actividad colegial, y que debe recogerse en la Memoria del Colegio, señalando que se les exige por tanto una transparencia adicional que se suma a la que propiamente le sería exigible por la normativa aplicable en relación con sus actos sujetos al derecho administrativo. Por tanto, concluye que debe proporcionarse la información solicitada sobre las retribuciones de los órganos de gobierno en base al mandato contenido en la Ley de Colegios Profesionales.

Con respecto a la normativa autonómica ya hemos señalado más arriba que en alguna ley autonómica (por ejemplo en la Ley de Castilla-la Mancha) no se distingue entre las Corporaciones de Derecho Público y otros sujetos obligados en cuanto a las obligaciones de transparencia activa en relación con las retribuciones de los máximos responsables del organismo.

Así el art. 11 de la ley andaluza de transparencia señala que:” Las entidades previstas en el artículo 3 deberán hacer pública la siguiente información:

“(…)

b) Las retribuciones de cualquier naturaleza percibidas anualmente por los altos cargos **y por las personas que ejerzan la máxima responsabilidad en las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de esta ley.**

c) **Las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del cese en el cargo.**

(…)”

Es decir, en el apartado b) no se distingue al hablar de las retribuciones de los máximos responsables de los organismos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley, incluidas las Corporaciones de Derecho Público. Esta redacción contrasta además con la recogida en el art. 16 de la misma norma en relación con las obligaciones de transparencia activa en materia de Información económica, financiera y presupuestaria puesto que en el primer apartado se precisa que: “Las personas y entidades incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley deberán, **en su caso**, hacer pública, como mínimo, la información con repercusión económica o presupuestaria que se indica a continuación (...)” Parece evidente que el “en su caso” se refiere a la posibilidad de que estas obligaciones no sean aplicables a alguna de las entidades incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley, como pueden ser las Corporaciones de Derecho Público, lo que permitiría considerar que su omisión implica que las retribuciones de los altos responsables de todos los sujetos obligados por la Ley de transparencia autonómica deben de ser publicadas, lo que supondría una contradicción con la regla general de que la publicidad solo se extiende en el caso de ciertos sujetos como las Corporaciones de Derecho Público a sus actuaciones sujetas a Derecho Administrativo.

Quizás una de las dificultades interpretativas que plantea el precepto mencionado de la Ley de Colegios Profesionales estriba en la noción de “suficientemente desglosados”. Efectivamente, cuando de retribuciones se trata es frecuente que los organismos afectados que deben de publicarlas utilicen una agregación que dificulta conocer el importe y los conceptos que perciben cada uno de las personas afectadas. En nuestra opinión, lo correcto es que los Colegios Profesionales proporcionen la información de manera que el colegiado —o el ciudadano— pueda conocer con exactitud estas retribuciones a los efectos de la correspondiente rendición de cuentas.

En este sentido puede tomarse como referencia el criterio interpretativo establecido por el CTBG y la Agencia Española de Protección de Datos de 24 de junio de 2015 sobre publicidad de las retribuciones de los funcionarios en el que se señala lo siguiente:

“Para efectuar la ponderación (entre el interés público y el particular del funcionario afectado) habrán de tenerse en cuenta las siguientes reglas: a) Con carácter general, cuando el empleado público ocupe un puesto de especial confianza, un puesto de alto nivel en la jerarquía del órgano, organismo o entidad o un puesto que se provea mediante un procedimiento basado en la discrecionalidad, ha de entenderse que prima el interés público sobre los derechos a la intimidad o la protección de datos de carácter personal. Y ello porque, en los tres casos, el interés de los ciudadanos por conocer las retribuciones de los empleados públicos que ocupan ese tipo de puestos conecta directamente con su derecho a conocer el funcionamiento de las instituciones públicas y el modo en que se emplean los recursos públicos y prima sobre el interés individual en la preservación de la intimidad o los datos de carácter personal”.

A título ejemplificativo menciona que deben de facilitarse las retribuciones correspondientes al personal eventual de asesoramiento y especial confianza, personal directivo y personal no directivo de libre designación. En este caso, la prevalencia del interés público sobre los derechos individuales es decreciente en función del nivel jerárquico del empleado o funcionario público, considerándose que en los puestos de nivel 30 no Subdirectores Generales o asimilados, 29 y 28 —éstos últimos siempre que sean de libre designación— o equivalentes, podría prevalecer, con carácter general, el interés público en la divulgación de la información relativa a las retribuciones de los puestos provistos con un grado de discrecionalidad sobre el interés individual en la preservación de la intimidad y los datos de carácter personal y que en los puestos de niveles inferiores prevalecería, con carácter general, el interés individual en la protección de los derechos fundamentales citados.

En cuanto a la forma de facilitar la información se señala que “En todo caso, la información sobre las retribuciones se facilitará en cómputo anual y en términos íntegros, sin incluir deducciones ni desglose de conceptos retributivos”.

En último término, como ya dijimos también en nuestro anterior dictamen la relevancia de su papel institucional hace muy conveniente que, de forma voluntaria, los Colegios Profesionales realicen un ejercicio de transparencia más allá de lo exigido normativamente en particular en relación con aquellos ámbitos de su actuación que pueden ser más relevantes a los efectos de la rendición de cuentas ante sus colegiados, lo que contribuiría a reforzar la propia legitimidad de las instituciones. En nuestra opinión entre estas cuestiones destaca la gestión económica de las aportaciones recibidas y en particular lo relativo a las retribuciones al menos de los máximos responsables de la Corporación.

5. CONCLUSIONES

- A) La normativa estatal de transparencia no ha sufrido modificación alguna desde el tiempo transcurrido desde la emisión de nuestro dictamen anterior 2/2014, pero hay que tener en cuenta la aprobación de numerosas disposiciones autonómicas posteriores que, en general, han ido más allá de lo previsto en la ley estatal. Estas normas autonómicas resultan de aplicación a las Corporaciones Públicas de su respectivo ámbito territorial.
- B) Hay que tener presentes los criterios interpretativos, resoluciones, informes y recomendaciones emanados en este tiempo de los organismos competentes en materia de transparencia que han ido interpretando la normativa de aplicación en particular el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno pero también los organismos autonómicos correspondientes, así como las primeras sentencias dictadas por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.
- C) Las obligaciones de transparencia activa de las Corporaciones de Derecho Público y Colegios Profesionales se refieren a las actuaciones sujetas a Derecho Administrativo y las de transparencia pasiva a las solicitudes de acceso a la información pública. En todo caso hay que tener en cuenta que la Ley de Colegios Profesionales exige un elemento adicional de transparencia en relación con determinadas actuaciones no sujetas al Derecho Administrativo como ocurre particularmente con las retribuciones de los miembros de la Junta de Gobierno en razón de su cargo y los gastos de personal suficientemente desglosados. Además, hay que señalar la posibilidad de que exista información que forme parte de documentación de apoyo o auxiliar de un acto colegial sujeto a Derecho Administrativo que también deba de ser facilitada salvo que concurra alguno de los límites especificados en las normas de aplicación.
- D) Las conclusiones de nuestro dictamen anterior se mantienen en lo esencial, habiendo sido ratificadas por las resoluciones recogidas en el cuerpo de nuestro informe. Se insiste en todo caso en la conveniencia —más allá del estricto cumplimiento de las disposiciones legales— de fomentar de forma voluntaria la transparencia colegial como instrumento para garantizar la rendición de cuentas y reforzar la legitimidad institucional.

La defensa ante los Tribunales Supremos franceses

(Informe 1/2017)

Sumario: 1. DESCRIPCIÓN. 1.1. Una composición restringida y escogida. 1.1.1. Una profesión en régimen de numerus clausus. 1.1.2. Un riguroso sistema de acceso. 1.2. Una misión fundamental y exclusiva: la representación y asesoramiento en los procesos de casación. 1.2.1. La extensión del monopolio. 1.2.2. El ámbito de actuación no monopolística. 1.2.3. La especialización en la casación, fundamento de su legitimidad. 1.2.4. La asistencia jurídica gratuita. 2. LA EVOLUCIÓN DEL MODELO. 2.1. Las exigencias de la igualdad de armas. 2.1.1. El sistema no vulnera el artículo 6.1 de la Convención de Roma, según el TEDH. 2.1.2. Algunas diferencias de trato, en la práctica, pueden existir. 2.1.3. La solución hasta el momento explorada. 2.2. Las exigencias de la libre competencia. 2.2.1. Un mercado de características atípica. 3. CONCLUSIONES.

La representación y defensa de los justiciables en los procesos judiciales tramitados y resueltos por las dos altas jurisdicciones francesas (el *Conseil d'Etat*, supremo órgano judicial para la materia contencioso-administrativa, y la *Cour de cassation*, tribunal de casación en los temas penales, civiles, mercantiles y laborales¹) se encuentra atribuida en régimen de exclusividad al escogido y particular Cuerpo de *avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation* (también designados, con mayor concisión, *avocats aux Conseils*)².

Caracterizado por un procedimiento de acceso particularmente difícil y por su sistema de cupo, la existencia de este cuerpo jurídico suele justificarse con invocación de la peculiaridad del proceso de casación, que idealmente requiere un adecuado manejo de este específico instrumento procesal. Desde esta perspectiva, se trata de un colectivo altamente especializado, pero al mismo tiempo formado por generalistas, pues los procesos de casación en los que intervienen pueden versar sobre Derecho público, Derecho civil y mercantil, Derecho laboral o Derecho penal.

Su legitimidad, en cuanto solución potencialmente restrictiva de las libertades comunitarias, quedó afirmada a nivel europeo por la Directiva

¹ La *Cour de Cassation* dispone de tres Salas de lo civil, una Sala de lo mercantil, una Sala de lo social y una Sala de lo penal.

² Se diferencian así de los restantes abogados que actúan en Francia ante los tribunales, calificados "*avocats au barreau*" o "*avocats à la cour*", que representan y asisten a las partes ante los demás órganos judiciales.

98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, “con vistas a garantizar el funcionamiento correcto de la administración de justicia” (artículo 5.3, párrafo segundo). Igualmente, una nutrida jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha confirmado en líneas generales la compatibilidad del sistema con las exigencias del artículo 6.1 de la Convención de Roma.

Sin perjuicio de todas sus peculiaridades, este modelo francés de defensa jurídica especializada ante los tribunales de casación no es un ejemplo aislado: numerosos países de nuestro entorno europeo cuentan también con sistemas de lista o con algún tipo de especialización o de diferenciación orgánica para los abogados autorizados a intervenir ante las jurisdicciones supremas. En Alemania, la intervención ante el *Bundesgerichtshof*, en los procedimientos de casación civil, está reservada a un Cuerpo de abogados especializado, del que forman parte 45 miembros³; idéntico cuerpo especializado existe para la casación civil, mercantil y laboral en Bélgica, con 18 miembros⁴; en los Países Bajos, el sistema de especialización se implantó en la casación civil en 2012, y actualmente está preparándose una modificación legislativa orientada a extender el sistema a la casación penal, a la vista del elevado número de recursos de casación penal que son objeto de inadmisión⁵; y, en fin, también en Italia se exigen requisitos especiales para ostentar la condición de *avvocati cassazionisti* o *patrocinante in cassazione* y poder actuar ante la *Corte di Cassazione*, requisitos que se han hecho más estrictos tras una reforma acometida en 2013⁶.

Muchos son los sistemas jurídicos, por tanto, que tradicional o recientemente han optado por esta organización de la defensa ante las más altas jurisdicciones nacionales, considerada como garantía de un elevado nivel en el debate jurídico, algo beneficioso para los particulares y para el pro-

³ *Die Anwaltschaft beim Bundesgerichtshof*: <http://www.rak-bgh.de>. Para la casación penal, en cambio, puede recurrirse a cualquier abogado o a un profesor universitario de Derecho.

⁴ *Avocats à la Cour de Cassation*: <http://www.advocass.be/fr/index.php>. La especialización no existe para la casación penal, ni tampoco para la contencioso-administrativa, competencia del *Conseil d'Etat (Raad van State)*.

⁵ Fuente: Conferencia del Presidente del Tribunal Supremo de los Países Bajos, de fecha 1 de abril de 2016 sobre la reforma de la casación en dicho país: <https://www.courdecassation.fr/IMG///Conf%C3%A9rence%20du%20pr%C3%A9sident%20de%20la%20Cour%20de%20cassation%20des%20Pays-Bas.pdf>

⁶ *Legge 31 dicembre 2012 n. 247*.

pio funcionamiento de la Justicia. Desde este punto de vista, se trata de un modelo atractivo. En el caso francés, en particular, más allá de los interrogantes u objeciones que pueden suscitar algunas de sus características tradicionales, la existencia del cuerpo de *avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation* es considerado como indispensable de forma casi unánime por los miembros de ambos tribunales supremos⁷.

Pues bien, cercano como está el debate sobre la introducción de nuevos filtros para la admisión de recursos de casación por el Tribunal Supremo español⁸ y la propia reforma del sistema de acceso a la profesión de abogado en España, y a la vista de las recientes iniciativas del legislador francés para hacer frente a algunos de los problemas que el sistema plantea, se ha considerado un tema interesante de Derecho Comparado y de actualidad para su análisis por parte de esta Comisión Jurídica, análisis que se abordará en tres tiempos: el primero dedicado a la descripción del Cuerpo de *avocats aux Conseils*, su composición y funciones (I.); el segundo consagrado a estudiar en qué medida las exigencias del principio de igualdad de armas, por una parte, y de las reglas de la libre competencia, por otra, están obligando a una evolución del modelo (II.); para, finalmente, alcanzar algunas conclusiones (III.)

1. DESCRIPCIÓN

Solis fas cernere solem. Con esta ampulosa divisa, los *avocats aux conseils* se instituyen en el siglo XVII⁹, durante el reinado del joven Luis XIV, como “los únicos con el feliz destino de hacer frente al sol”. Aun contando ya con el ejercicio exclusivo de la discusión y defensa de los asuntos competencia de los diferentes Consejos del Rey, estos oficiales reales no ocuparon en

⁷ Tal es la impresión obtenida raíz de las distintas entrevistas realizadas con ocasión de la realización del presente informe: entrevistas con M. Bernard Stirn, presidente de la sección del contencioso del Conseil d'Etat (28 de noviembre de 2016); Mme Agnès Labregère-Delorme, secretaria general de la Fiscalía General de la *Cour de cassation*; Mme Anne Le Dimna, abogado general en la Sala de lo Penal de la *Cour de cassation*; Mme Cécile Pétit, presidenta de división del *Bureau d'aide juridictionnelle* de la *Cour de cassation* (15 de noviembre de 2016).

⁸ Al respecto, véase Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Una primera aproximación al nuevo sistema casacional*, Revista de administración pública, n° 198, 2015, págs. 11-42).

⁹ Mediante un Edicto fechado el 2 de septiembre de 1643 y una Declaración de enero de 1644.

sus primeros tiempos un lugar demasiado relevante desde un punto de vista jerárquico; sin embargo, según va apareciendo en Francia el nuevo y original proceso casacional¹⁰, los *avocats aux conseils* van a resultar una pieza indispensable ante la necesidad de abogados capaces de comprender este nuevo concepto y de ponerlo eficazmente en marcha. Tras el paréntesis revolucionario, durante el cual el Cuerpo fue suprimido, una Ley del año VIII volvió a reconocerlos, aunque con la categoría inferior de *avoués*; por un Decreto de 25 de junio de 1806, Napoleón les confirió el título de *avocats à la Cour de cassation*; una Ordenanza de Luis XVIII, de 10 de julio de 1814, creó el colegio de *avocats au Conseil d'Etat*; y, en fin, por Ordenanza de 10 de septiembre de 1817 se creó el Cuerpo (*Ordre*) de *avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*¹¹, dotándole ya de las reglas organizativas y del estatuto que, en líneas generales, conserva hoy en día, con una composición restringida y escogida (a), y una misión fundamental, atribuida con carácter casi exclusivo: la representación y asesoramiento en los procesos de casación (b).

1.1. Una composición restringida y escogida

La profesión conserva el régimen histórico del “oficio público”, en el sentido clásico del término. El número de oficios viene predeterminado por los poderes públicos. Quien supera las estrictas pruebas o requisitos de cualificación puede ejercer como *avocat aux Conseils*, previo nombramiento por el Ministro de Justicia, ya sea en condición de titular individual de un oficio, como asociado en un oficio cuya titularidad corresponda a una persona jurídica, o como asalariado de un titular de oficio.

1.1.1. Una profesión en régimen de *numerus clausus*

En la actualidad existen **60 oficios públicos** de *avocat aux Conseils*, número cerrado que fija el Ministro de Justicia y que no ha variado desde la Ordenanza de 10 de septiembre de 1817. Sin embargo, las modulaciones que el legislador francés ha ido introduciendo en el sistema han permitido incrementar el número de profesionales que realmente ejercen estas funciones, ascendiendo, a diciembre de 2016, a un total de **112 *avocats au Con-***

¹⁰ Reglamento de 28 de junio de 1738 y Memoria sobre la casación de Gilbert de Voisins (1767).

¹¹ Fuente: Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation. http://www.ordre-avocats-cassation.fr/histoire_fr.html

seil d'Etat et à la Cour de cassation, entre los que son titulares individuales de un oficio y los que ejercen como asociados en una de las 47 sociedades civiles profesionales titulares de un oficio (un máximo de 4 por sociedad).

Veamos con detalle esas modulaciones o aperturas:

1) Por una parte, varias han sido las modificaciones en relación con las **estructuras de ejercicio de la profesión:**

- 1.1) La más importante radica en la ya aludida posibilidad, introducida por un Decreto de 15 de marzo de 1978, de que la titularidad de los oficios recaiga sobre sociedades civiles profesionales, y no sólo sobre personas físicas.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 3-2 de la citada Ordenanza de 1817 (en la redacción dada por una Ley de 6 de mayo de 2015), el *avocat aux Conseils* “puede ejercer su profesión bien a título individual, bien en el marco de una entidad dotada de personalidad moral, con excepción de las formas jurídicas que confieren a sus asociados la cualidad de comerciante”; además, la sociedad debe al menos comprender, entre sus socios, un *avocat aux Conseils* que cumpla con los requisitos necesarios para ejercer sus funciones, y no puede tener un número de asociados superior a 4¹².

Así, de los 60 oficios existentes a 1 de julio de 2016, 13 son oficios individuales (con un único titular persona física) y 47 de sociedades civiles profesionales, ejerciendo un total de 112 *avocats aux Conseils* (con una media de 1,9 abogados asociados por oficio)¹³. La reforma de 1978 ha permitido, por tanto, un importante aumento del número de *avocats aux Conseils*, tendencia que se aceleró sobre todo a partir del año 2005, incrementándose en un 20% en los últimos 10 años¹⁴.

- 1.2) Como regla general, los *avocats aux Conseils* actúan como profesionales liberales; sin embargo, por Decreto legislativo n° 2014-

¹² Esta cifra se fijó por Decreto n° 2013-70, de 5 de junio de 2013; antes, en número máximo era de tres asociados como máximo por sociedad civil profesional de *avocats aux Conseils*.

¹³ Fuente: Informe de la Autoridad de la Competencia de 10 de octubre de 2016, que a su vez parte de los datos proporcionados por el *Ordre d'avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*. A finales de 2016, se prevé alcanzar un total de 114 profesionales.

¹⁴ Informe de la Autoridad de la Competencia de 10 de octubre de 2016, §181.

239, de 27 de febrero de 2014, se modificó la Ordenanza de 1817 para permitirles también ejercer la profesión como asalariados de una persona física o moral titular de un oficio, con el límite de que cada oficio sólo puede emplear un *avocat aux Conseils* como asalariado¹⁵. A éste, además, se le exige exclusividad, de modo que sólo puede prestar sus servicios para ese oficio, y no puede tampoco tener clientela personal. Sea por estas limitaciones, o por lo reciente de la reforma, lo cierto es que, en la fecha en que se redactan estas líneas ningún *avocat aux Conseils* ejerce en régimen de asalariado.

- 1.3) Asimismo, por Decreto legislativo n° 2016-394, de 31 de marzo de 2016, se insertó en la Ordenanza de 1817 un nuevo artículo 3-3 para permitir a los *avocats aux Conseils* ejercer su profesión en el marco de una sociedad pluriprofesional, cuyo objeto es el ejercicio en común de la profesión de *avocat aux Conseils* y una o varias de las profesiones siguientes: abogado, *commissaire-priseur*, ujier (con funciones próximas a las del Letrado de la Administración de Justicia), administrador o mandatario judicial, consejero en propiedad industrial y experto contable¹⁶.
- 2) Por otra parte, en los últimos años se han dado varios pasos sucesivos en orden a la **apertura del *numerus clausus***:
 - 2.1) La ruptura jurídica del cupo se produjo con la aprobación del Decreto n° 2009-452, de 22 de abril de 2009, relativo a la evolución de las profesiones jurídicas y judiciales, en cuyo artículo 15 se atribuye al Ministro de Justicia la facultad de crear nuevos oficios de *avocats aux Conseils* “*por motivos relacionados con la buena administración de la Justicia, especialmente a la vista de la evolución del contencioso ante estas dos jurisdicciones, oídos el vicepresidente del Conseil d’Etat, el primer presidente de la Cour de cassation, el fiscal general de la Cour de cassation y el consejo del Orden de los avocats au Conseil d’Etat et à la Cour de cassation*”.

¹⁵ Artículo 3-1 de la Ordenanza de 10 de septiembre de 1817. Por razones de clarificación, se opta en el presente informe por traducir las *Ordonnances* de la Vª República francesa como Decretos legislativos, sin desconocer lo aproximado de esta asimilación, dadas las diferencias entre ambas figuras.

¹⁶ Esta reforma entrará en vigor el 1 de julio de 2017, y está condicionada a la previa aprobación de un Decreto de desarrollo.

2.2) Habría que esperar, sin embargo, hasta la aprobación de la Ley n° 2015-990, de 6 de agosto de 2015, para el crecimiento, la actividad y la igualdad de oportunidades económicas¹⁷, para que se diese un paso más allá en la apertura del sistema. Su artículo 57 (introducido en trámite de enmiendas) atribuyó a la Autoridad francesa de la Competencia la tarea de identificar el número de oficios de *avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation* que sería necesario crear *ex novo* “para asegurar una oferta de servicios satisfactoria a la vista de los criterios definidos por decreto y teniendo especialmente en cuenta las exigencias de buena administración de la justicia y la evolución del contencioso ante estas dos jurisdicciones”.

Por Decreto n° 2016-215, de 26 de febrero de 2016, se fijaron los criterios orientados a evaluar el nivel y las perspectivas de evolución de la demanda (evolución de la actividad de las dos jurisdicciones afectadas y evolución en los últimos cinco años del número de decisiones pronunciadas por las jurisdicciones inferiores susceptibles de recurso de casación) y de la oferta (tendencia de la actividad económica; evolución del número de oficios y de *avocats aux Conseils* en los últimos cinco años; número de oficios vacantes; número de personas titulares del certificado de aptitud a la profesión; cifra de negocios global de los oficios y cifra de negocios realizada por cada uno de ellos durante los últimos años).

Partiendo, como le imponía la Ley, de estos criterios fijados por decreto, el 10 de octubre de 2016, la Autoridad de la Competencia emitió informe recomendando al Gobierno la creación, en el plazo de dos años, de cuatro nuevos oficios de *avocats aux Conseils*. Considera la Autoridad, en resumen, que, pese a que la situación económica de la profesión es muy favorable, las previsiones de crecimiento de la demanda recomiendan “un aumento prudente y progresivo del número de oficios” que permitirá reforzar la buena administración de la Justicia, sin poner en peligro el valor de aquéllos, dado el escaso número de creaciones previstas¹⁸.

¹⁷ Popularmente conocida como “Ley Macron”, tomando el nombre del Ministro de Economía impulsor del proyecto, tendente a la introducción de medidas liberalizadoras en distintos sectores de la economía francesa.

¹⁸ *Avis n° 16-A-18 du 10 octobre 2016, relatif à la liberté d'installation et à des recommandations de créations d'offices d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.*

1.1.2. Un riguroso sistema de acceso

El nombramiento como *avocat aux Conseils* se hace por decisión del Ministro de Justicia, previo informe del fiscal general y del primer presidente de la *Cour de cassation*, así como del vicepresidente del *Conseil d'Etat*. Dicho nombramiento puede tener lugar por tres vías:

- 1) En el caso de quien vaya a ser nombrado como *avocat aux Conseils* asociado, mediante presentación por la sociedad civil profesional titular del oficio que formula la propuesta de asociación.
- 2) En el caso de sucesión en la titularidad individual de un oficio (por una persona física o jurídica), el titular anterior deberá presentar a su sucesor. La cesión del oficio se hace a cambio del pago de una elevada cantidad económica, cuyo importe controla el Cuerpo de *avocats aux Conseils* y el Ministerio de Justicia, y que generalmente se financia con un préstamo¹⁹. Este régimen de enajenación de los oficios, anclado en la tradición jurídica francesa (y que se aplica también, por ejemplo, a las Notarías o las farmacias), se justifica en la actualidad con el argumento de que la transacción implica la cesión de un fondo de comercio, pues el nuevo titular del oficio en principio “hereda” la cartera de clientes del cedente. Por esta razón, en líneas generales, el precio del oficio se fija teniendo en cuenta la cifra de negocios y los beneficios de los últimos cinco años.
- 3) En el caso de nombramientos en oficios de nueva creación o vacantes, una comisión *ad hoc* clasifica a los candidatos por orden de preferencia. En este supuesto no se realiza desembolso alguno.

En todo caso, como condición previa a ese nombramiento, el acceso a la profesión está subordinado a unos requisitos de aptitud muy estrictos, que se acreditan superando un exigente examen: el *Certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat aux Conseils* (CAPAC). Las pruebas del CAPAC se inician con tres ejercicios escritos de carácter práctico de una duración de cinco horas cada uno (redacción, respectivamente, de una demanda o de un escrito de contestación ante el *Conseil d'Etat*, de un escrito ante la *Cour de cassation* en materia civil, comercial o laboral, y de un escrito ante la *Cour de cassation* en materia penal), y continúan, superado este primer filtro, con

¹⁹ Según la Autoridad de la Competencia, en 2014, el 60 % de los oficios declaraban tener pendiente el pago de un préstamo, siendo el total debido de 38 millones de euros (informe de 10 de octubre de 2016, §143). De acuerdo con las declaraciones del Cuerpo, los préstamos se reembolsan en un plazo de entre 15 o 20 años.

tres pruebas orales, de carácter práctico y teórico (simulacro de intervención en un juicio oral, seguido de la correspondiente “trinca”; exposición oral sobre una materia por sorteo, también seguida de interrogatorio del tribunal; y, finalmente, una interrogación oral sobre cuestiones relativas a la reglamentación profesional y la gestión de los oficios). El tribunal del CAPAC está formado por miembros de las dos altas jurisdicciones, un profesor universitario y tres *avocats aux Conseils*.

Pero, además, el acceso a las pruebas del CAPAC está limitado:

- 1º) A quienes acrediten haber culminado un completo proceso de formación *ad hoc* de tres años de duración (tras la licenciatura en Derecho), que combina teoría y periodos de práctica: los dos primeros años de esta formación se dedican al estudio teórico de la casación civil y contencioso-administrativa, así como del Derecho civil, Derecho administrativo y Derecho penal, materias de las que los candidatos se examinan a final de año; el tercer año, las enseñanzas teóricas se centran en la deontología y la reglamentación profesionales, la gestión de los oficios y las jurisdicciones financieras, comunitarias e internacionales. El paso del primer al segundo año, y del segundo al tercero, se decide por un tribunal independiente formado por miembros de las dos altas jurisdicciones, un profesor universitario y tres *avocats aux Conseils*. El segundo y tercer año, junto a la formación teórica, el candidato colabora de forma regular con uno de los despachos de *avocats aux Conseils*, y debe también realizar sendos periodos de prácticas en el *Conseil d'Etat* y la *Cour de cassation*. Obtenido el certificado acreditativo de esta formación, el candidato puede presentarse a las pruebas del CAPAC²⁰.
- 2º) A quienes pertenecen a alguno de los colectivos profesionales a los que se facilita un acceso directo a las pruebas del CAPAC (miembros del *Conseil d'Etat*, magistrados de la *Cour de cassation* y del Tribunal de Cuentas, profesores titulares de universidad de materia jurídica con cuatro años de ejercicio y un año de práctica profesional con un *avocat aux Conseils*, abogados con diez años de antigüedad en un Colegio y un año de práctica profesional con un *avocat aux Conseils*,

²⁰ De la dificultad de las pruebas da razón el hecho de que, de las 20 a 30 personas que se inscriben cada año para empezar esta formación, entre el 67 y el 80% nunca obtiene el certificado de aptitud “CAPAC”, y sólo la mitad de los que se presentan al examen final suelen aprobarlo (informe de la Autoridad de la Competencia, §426).

notarios con diez años de ejercicio y un año de práctica profesional con un *avocat aux Conseils*, etc.)²¹

La disciplina interna del Cuerpo se asegura mediante un Consejo de disciplina formado por doce *miembros* (incluido el Presidente), elegidos por tres años y renovado anualmente por tercios. El Consejo del Cuerpo (*Conseil de l'Ordre*) tiene como finalidad esencial fijar la deontología de los *avocats aux Conseils*, informando sobre la responsabilidad en que estos puedan incurrir.

1.2. Una misión fundamental y exclusiva: la representación y asesoramiento en los procesos de casación

La misión fundamental de los *avocats aux Conseils* es asesorar y representar a las partes en los procesos casacionales: más concretamente, representan y asisten ante el *Conseil d'Etat* (en caso de recurso de casación en vía contencioso-administrativa) o ante la *Cour de cassation* (para las casaciones en vía civil, laboral o penal) a quien ha decidido interponer un recurso de casación, o bien a la parte contra quien se ha formulado tal recurso. Con carácter previo a esa intervención propiamente procesal, desarrollan una importante labor de asesoramiento, informando al cliente que desea acudir a la vía casacional sobre las posibilidades objetivas de éxito de tal recurso extraordinario.

1.2.1. La extensión del monopolio

El desarrollo de esa misión se realiza, además, en régimen de exclusividad. En la mayor parte de los procesos de casación, los *avocats aux Conseils* disfrutan de un monopolio para representar a las partes ante el *Conseil d'Etat* o la *Cour de cassation*, aunque no se trata de un monopolio absoluto: se extiende a la casación civil, laboral y contencioso-administrativa de forma casi total, pero no al ámbito penal, donde la designación de *avocat aux Conseils* sólo es obligatoria en casos puntuales, y, aun en aquellos tres ámbitos, existen algunos supuestos de dispensa. Por otra parte, su actuación exclusiva se extiende también a otros asuntos competencia de estas dos altas jurisdicciones —cuando intervienen en primera o única instancia o

²¹ Algunos de estos colectivos pueden verse asimismo dispensados de algunas de las pruebas del CAPAC, pero todos deben obligatoriamente pasar los dos últimos ejercicios orales.

como jueces de apelación—, aunque de forma más irregular. Todo ello se expone con mayor detalle a continuación.

La exclusividad es casi total, en primer lugar, para la actuación ante el *Conseil d'Etat*, suprema jurisdicción **en el ámbito de lo contencioso-administrativo**. En casación, la asistencia de un *avocat au Conseil d'Etat* es siempre obligatoria, salvo que el recurso se formule contra las decisiones de la Comisión central de ayuda social²² o de los Tribunales regionales de pensiones (artículo R. 821-3 de la parte reglamentaria del Código de justicia administrativa).

Aparte de la casación, el *Conseil d'Etat* es también competente para resolver otros muchos recursos contencioso-administrativos en primera y única instancia (por ejemplo, impugnaciones de algunos actos reglamentarios) o como tribunal de apelación. En estos terrenos, las dispensas de representación mediante *avocat aux Conseils* son mucho más numerosas, extendiéndose, en particular, a: los recursos por exceso de poder contra los actos de diversas autoridades administrativas; los recursos de apreciación de legalidad; los litigios en materia electoral; los litigios relativos a la concesión o denegación de una pensión; los litigios relativos a la aplicación de técnicas de investigación y ficheros que afecten a la seguridad del Estado; y otros que afectan al estatuto de Nueva Caledonia o de la Polinesia francesa (artículos R. 432-1 a 432-3 de la parte reglamentaria del Código de la justicia administrativa). En todos estos casos, la parte puede excepcionalmente intervenir por sí misma o designando un mandatario, pero fuera de los mismos, se exige también la representación por medio de un *avocat au Conseil d'Etat*.

El Estado, sin embargo, no requiere de tal representación especializada para participar en los procesos contenciosos ante dicho órgano judicial, ya sea como parte recurrente, recurrida o como coadyuvante (artículo R. 432-3 de la parte reglamentaria del Código de justicia administrativa).

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que, salvo en los casos de recursos urgentes (*référés*), los *avocats aux Conseils* son los únicos autorizados a intervenir en la vista ante el *Conseil d'Etat*, formulando observaciones orales tras la intervención del *rapporteur public*. Esta regla es aplicable a todos los procesos, incluidos aquéllos en los que tal representación especializada no

²² Que trata el contencioso relativo al *revenu minimum d'insertion* (RMI), vigente hasta el 31 de mayo de 2009. Al haberse eliminado esta figura (reemplazada por el *revenu de solidarité active*, o RSA, que no es ya competencia de la citada Comisión), este contencioso tiende a ir desapareciendo.

es obligatoria, e incluso si se trata del Estado, que también debe recurrir a uno de estos profesionales privados para hacer oír su voz en el juicio²³. Aunque el proceso contencioso-administrativo es en Francia, como en España, fundamentalmente escrito, la existencia de esta regla constituye inevitablemente un importante aliciente para acudir a un *avocat au Conseil d'Etat*.

En fin, cabe recordar que la intervención de un *avocat aux Conseils* es también obligatoria para actuar ante el Tribunal de conflictos de jurisdicción, en caso de conflicto negativo —esto es, cuando tanto la Administración como la autoridad judicial se declaren respectivamente incompetentes sobre una misma cuestión—²⁴, y para seguir ciertos asuntos ante las secciones administrativas (consultivas) del *Conseil d'Etat*, especialmente en materia de derechos individuales, o para obtener la vista del expediente y formular alegaciones al mismo²⁵. Igualmente, tienen competencia exclusiva para la tramitación de expedientes sobre títulos nobiliarios ante el Ministerio de Justicia y ante el *Conseil d'Etat*, que informa sobre su reconocimiento y sucesión.

Entrando ya en los litigios competencia de la *Cour de Cassation*, el artículo 973 del Código de *procedimiento civil* establece la siguiente regla general: en los procesos que se siguen ante la *Cour de Cassation*, “*las partes deben, salvo disposición en contrario, designar un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation*”. Esa designación debe figurar en el escrito de interposición del recurso de casación, so pena de nulidad del mismo (artículo 975 del Código de procedimiento civil).

Una norma especial puede, por tanto, dispensar a las partes de la intervención de estos abogados especializados (artículo 983 del Código de procedimiento civil):

²³ Así se desprende de los artículos R.432-1, R. 613-5 y R. 733-1 de la parte reglamentaria del Código de justicia administrativa.

²⁴ Artículo 17 del Decreto de 26 de octubre de 1849, por el que se aprueba el Reglamento sobre las formas de procedimiento del Tribunal de Conflictos.

²⁵ Recuérdese que el *Conseil d'Etat* francés, además de desempeñar la función estrictamente judicial de tribunal supremo en el orden contencioso-administrativo, desarrolla tareas de supremo órgano consultivo del Estado francés, participando en la redacción de los proyectos de Ley del Gobierno y los proyectos de decreto (calificados por ello *décrets en Conseil d'Etat*). A tales efectos, junto a la llamada Sección del Contencioso, que ejerce las citadas funciones judiciales, cuenta con una serie de Secciones calificadas de “administrativas”.

- Así ocurre en la actualidad en el caso de los recursos de casación formulados contra la inscripción en las listas electorales, competencia de la *Cour de Cassation*; las partes pueden participar en ese proceso representándose a sí mismas o encomendando su representación y defensa a cualquier mandatario con un poder especial. Nada les impide, por supuesto, recurrir también en estos casos a un *avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, pero en tal caso las disposiciones sobre procedimiento con representación obligatoria no les son aplicables (artículo R. 15-6 del Código de procedimiento civil).
- Asimismo, la Ley dispensa de tal representación al recurrido (*défendeur*) en los recursos de casación formulados contra decisiones dictadas en relación con elecciones profesionales²⁶ (artículo 1008 del Código de procedimiento civil), y en los interpuestos por el fiscal general de la *Cour de Cassation* en interés de Ley, en defecto de actuación de las partes (artículo 639-1 del Código de procedimiento civil).

Estas dispensas puntuales son las únicas actualmente vigentes en el ámbito del proceso civil (y mercantil), desde que el Decreto n°2004-836, de 20 de agosto de 2004, suprimiese la posibilidad de prescindir de *avocat aux Conseils* para interponer recursos de casación en materia asistencia educativa, sobre endeudamiento, expropiación y algunos recursos en materia de salud pública²⁷. La representación especializada obligatoria se extiende así hoy también a todos esos supuestos.

Ese mismo Decreto n°2004-836 eliminó la dispensa general hasta entonces vigente en los procedimientos de casación *en materia laboral*, derogando el artículo R 517-1 del Código del trabajo. De esta forma, en la actualidad, la intervención de los *avocats aux Conseils* es también obligatoria ante la Sala de lo Social de la *Cour de cassation*.

Frente a la amplitud del monopolio de representación ante el *Conseil d'Etat* y la *Cour de cassation* de que los *avocats aux Conseils* disfrutaran, como se ha visto, en materia civil, mercantil, laboral y contencioso-administrativa, *en el ámbito penal*, la interposición de recurso de casación no requiere, como regla general, ni tan siquiera la asistencia de abogado²⁸. De acuerdo

²⁶ Elecciones a delegados de personal.

²⁷ Ya con anterioridad se había suprimido la dispensa aplicable en procesos relativos a los arrendamientos rurales, arrendamientos de vivienda y en materia de seguridad social.

²⁸ Así, se desprende, entre otros, de los artículos 576-2, 574-1, 584 y 585 del Código de procedimiento penal.

con un principio tradicional de acceso libre y directo al juez en los asuntos en que está en juego la libertad personal, todo condenado puede interponer directamente recurso de casación contra una resolución penal; si libremente lo decide, podrá recurrir a un *avocat aux Conseils* para preparar y presentar su recurso (pudiendo solicitar, en su caso, la asistencia jurídica gratuita), o a cualquier otro abogado, pero en este último caso, el recurso deberá ir firmado directamente por el interesado²⁹.

Al igual que ocurre en el *Conseil d'Etat*, los *avocats aux Conseils* disponen, en la práctica, del monopolio para la intervención oral ante las distintas Salas de la *Cour de cassation*.

En cuanto a la intervención de los *avocats aux Conseils* en la tramitación de las llamadas “*cuestiones prioritarias de constitucionalidad*” (“*QPC*”)³⁰, siguen la regla aplicable al proceso en el seno del cual se plantean³¹.

1.2.2. El ámbito de actuación no monopolística

Evidentemente, los *avocats aux Conseils* pueden intervenir en representación de las partes ante el *Conseil d'Etat* o la *Cour de Cassation* aun en los casos en que tal representación no sea obligatoria.

²⁹ El recurrente puede interponer el recurso dentro de los diez días siguientes a su preparación, ante el órgano judicial que dictó la decisión impugnada; o bien, transcurridos esos diez días (y en todo caso antes de un mes), directamente ante la *Cour de Cassation*. Sin embargo, en este último caso sólo el condenado puede interponer el recurso por sí mismo o con intervención de cualquier tipo de abogado; si las demás partes desean servirse de esta prerrogativa de ampliación del plazo, deberán interponer su recurso a través de un *avocat* a la *Cour de Cassation* (artículos 584, 585 y 585-1 del Código de procedimiento penal).

³⁰ Las famosas “*QPC*” —*questions prioritaires de constitutionnalité*—, fueron creadas por reforma constitucional de 23 de julio de 2008 —en vigor desde el 1 de marzo de 2010—, y en líneas generales son cuestiones prejudiciales planteadas al *Conseil Constitutionnel* sobre la constitucionalidad de leyes ya promulgadas, más concretamente, sobre su conformidad con “*los derechos y libertades garantizados por la Constitución*” (artículos 61-1 y 62 de la Constitución francesa). En la medida en que una de las condiciones para la transmisión de la cuestión al *Conseil Constitutionnel* es que previamente sea filtrada por el *Conseil d'Etat* o la *Cour de Cassation*, es evidente que la creación de este instrumento jurídico ha tenido cierta influencia sobre la actividad de los *avocats aux Conseils*.

³¹ Artículo 126-9 del Código de procedimiento civil; artículo R. 49-30 del Código de procedimiento penal; y artículo R. 771-20 del Código de justicia administrativa.

En el ámbito de lo penal, por ejemplo, además de ante la propia Sala de lo Penal para la formulación de recursos de casación, los *avocats aux Conseils* pueden intervenir (aun no siendo preceptivo) ante las distintas jurisdicciones y comisiones anexas a la *Cour de cassation*, como la Corte de revisión y reexamen de condenas penales³² o la Comisión nacional de indemnización de las detenciones³³.

En el caso del contencioso-administrativo, las estadísticas muestran que ese recurso a la representación especializada es cada vez más frecuente, aun en los casos en que no es obligatoria³⁴. A esa decisión de acudir a un *avocat aux Conseils* no es sin duda extraño el hecho de que sólo ellos pueden intervenir, como se ha indicado, en la vista oral.

Siguiendo en el contencioso-administrativo, los abogados de este Cuerpo especial pueden también representar a las partes en primera instancia o en apelación, ante, respectivamente, los Tribunales administrativos y las Cortes administrativas de apelación³⁵.

Por otra parte, pueden intervenir ante el *Conseil Constitutionnel* (en particular, para la tramitación de cuestiones prioritarias de constitucionalidad), así como ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal General de la Unión Europea.

³² *Cour de revision et de réexamen des condamnations pénales définitives*. Formada por el presidente de la Sala de lo Penal de la *Cour de Cassation*, que la preside, y otros 17 magistrados de las distintas Salas del alto tribunal. La revisión de una condena penal definitiva puede solicitarse cuando se produzca o aparezca un hecho nuevo que pruebe la inocencia del condenado o permita poner en duda su culpabilidad; el reexamen puede plantearse cuando el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos dicte sentencia estableciendo que la condena en cuestión ha sido dictada con violación de la Convención de Roma (artículos 622 y 622-1 del código de procedimiento penal).

³³ *Commission nationale de réparation des détentions*. Formada por el primer presidente de la *Cour de Cassation*, que la preside, y por otros seis magistrados, tiene competencia para conocer de las solicitudes de indemnización por prisión preventiva indebida en los casos de absolución o sobreseimiento libre del interesado (artículo 71 de la Ley n° 2000-516, de 15 de junio 2000, por la que se refuerza la presunción de inocencia y los derechos de las víctimas).

³⁴ Así se desprende de los datos manejados por el informe de la Autoridad de la competencia de 10 de octubre de 2016. Y, en general, precisa el informe que se percibe un aumento del recurso a la representación por abogado, sea o no *avocat en Conseil d'Etat*.

³⁵ Artículos R. 431-2 y R. 431-11 de la parte reglamentaria del Código de justicia administrativa.

Pese a esta amplia capacidad para intervenir en otros procesos, los datos muestran que estos abogados se dedican en la práctica casi en exclusiva a las actuaciones sometidas a su monopolio³⁶.

1.2.3. La especialización en la casación, fundamento de su legitimidad

Sin perjuicio, por tanto, de su intervención en un amplio abanico de asuntos, lo característico de los *avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation* es su especialización en la técnica procesal de la casación. Pese a esta fuerte especialización procesal, no es contradictorio afirmar que se trata de generalistas, pues de igual forma intervienen en los procesos civiles, mercantiles y laborales que en los penales o en los administrativos. Ello es posible gracias a su formación pluridisciplinar y al frecuente recurso a la contratación de colaboradores especializados en los distintos terrenos jurídicos, como luego se verá. Ahora bien, aunque el propio Reglamento general de deontología del Cuerpo les prohíbe expresamente aludir de cualquier modo a su eventual especialización (artículo 92), en la práctica sí se constata la existencia de despachos más centrados en el contencioso —incluso con una particular experiencia en fiscalidad, en contratación pública, etc.—, o dedicados casi exclusivamente a la casación civil³⁷.

La amplia competencia y experiencia en la técnica casacional de este Cuerpo suele considerarse el principal argumento para defender su existencia: su pericia garantizaría un asesoramiento puntero de las partes, no sólo en la actuación ante los citados tribunales supremos, sino también en su tarea de consejo previo, que puede llevar a disuadir al cliente de su inicial voluntad de interponer un recurso de casación, cuando las posibilidades de éxito sean escasas, ahorrándole gastos procesales inútiles y co-

³⁶ En 2014, según los datos que figuran en el informe de la Autoridad de la Competencia de 10 de octubre de 2016, el 93% de los asuntos tratados eran del ámbito sometido a monopolio, representando el 89% de la cifra de negocio media, y sólo 5 de estos despachos tuvieron una actividad fuera del monopolio superior al 20% de su actividad total (§ 154-155).

³⁷ En una cuarta parte de los despachos, el contencioso sólo representa entre un 4 y un 10% de su actividad. En todo caso, la actividad ante las salas civiles de la *Cour de Cassation* es claramente mayoritaria: en 2014 representaba el 72% de todos los asuntos tratados, frente al 15% de asuntos ante el *Conseil d'Etat* y un 7% de expedientes de casación penal. E incluso en los despachos con una clara especialización en Derecho público, la actividad ante el *Conseil d'Etat* no supera, como media, el 48% de los asuntos tratados (Fuente: informe de la Autoridad de la Competencia de 10 de octubre de 2016).

laborando a un mejor funcionamiento de la Administración de Justicia, al contribuir a reducir el número total de recursos de casación que conocen esas dos altas jurisdicciones.

Este argumento de la buena administración de justicia es precisamente el invocado por la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título, cuyo artículo 5.3 prevé en su segundo párrafo que “*con vistas a garantizar el funcionamiento correcto de la administración de justicia, los Estados miembros podrán establecer normas específicas para actuar ante los Tribunales Supremos, tales como el recurso a abogados especializados*”. Se legitima de esta forma la existencia de esta reserva de actividad a los *avocats aux Conseils*, cuyas principales aportaciones al “correcto funcionamiento de la Administración de Justicia” parecen radicar en la delicada labor de “filtro” de los asuntos susceptibles de casación que realizan (pues tienen la obligación de desaconsejar al cliente la interposición de recursos con débiles posibilidades de éxito)³⁸ y su contribución al desarrollo de la jurisprudencia mediante la selección y presentación de los motivos de casación más fundados, sin olvidar el diálogo —formal e informal— que mantienen con los miembros del órgano judicial, lo que permite identificar eventuales divergencias jurisprudenciales entre las distintas salas o secciones, asociarlos a las reflexiones sobre las reformas del sistema judicial u organizar, por ejemplo, el desarrollo eficaz de las vistas (desde la creación, en 2000, del recurso contencioso-administrativo de urgencia —*référé*—, por ejemplo, todos los *avocats au Conseil d’Etat* desempeñan un turno de guardia rotatorio y gratuito de fin de semana para la asistencia al recurrente en las vistas, con independencia de si éste solicita o no el beneficio de justicia gratuita).

1.2.4. La asistencia jurídica gratuita

El monopolio de actividad de los *avocats aux Conseils*, que se rige por la libertad de honorarios³⁹, no es incompatible con la posibilidad de que se

³⁸ Según datos del Cuerpo de *avocats aux Conseils*, el 20% de los expedientes examinados a estos efectos no da lugar a la interposición de recurso de casación. Evidentemente, la decisión última de formular o no el recurso corresponde al cliente.

³⁹ Los honorarios se acuerdan entre el abogado y su cliente en un contrato escrito, y deben fijarse en función de los usos, de la situación financiera del cliente, de la dificultad del caso, de los gastos que asuma el *avocat aux Conseils*, de su notoriedad y de las diligencias efectuadas (artículo 15 de la Ordenanza de 10 de septiembre

establezca un mecanismo eficaz de asistencia jurídica gratuita, de modo que todos o una parte de los gastos del procedimiento y la minuta del *avocat aux Conseils* sean asumidos por el Estado cuando el justiciable no tenga recursos suficientes para sufragarlos por sí mismo.

La parte recurrente o la recurrida pueden pedir este beneficio, formulando una solicitud ante los servicios de asistencia jurídica gratuita del *Conseil d'Etat* o de la *Cour de cassation*. En ambos casos, la decisión de concesión o no del beneficio la toma un órgano colegiado no jurisdiccional (llamado *bureau d'aide juridictionnel*) formado por magistrados de la jurisdicción de que se trate (incluidos miembros ya jubilados, a los que se reserva este tipo de actividad), funcionarios, abogados *aux Conseils* y representantes de la Administración (en el caso del *Conseil d'Etat*) y de la sociedad civil (en la *Cour de cassation*). Sus decisiones son impugnables, y la simple presentación de la petición suspende los plazos para la interposición del recurso de casación.

Resumidamente, para obtener la ayuda es necesario cumplir los siguientes requisitos⁴⁰:

- En primer lugar, se exige ser persona física de nacionalidad francesa o ciudadano de la Unión Europea, o extranjero residente habitual y regularmente en Francia. Puede también solicitarla el administrador de una comunidad de vecinos o, en casos excepcionales, determinadas personas jurídicas (una asociación, por ejemplo) que no dispongan de recursos suficientes.
- En segundo lugar, se exige un requisito de ingresos máximos, que va ajustándose con el tiempo. En 2016, la ayuda jurisdiccional total se atribuye a los hogares con recursos mensuales de entre 1000 y 1588 euros como máximo (en función de la situación familiar), pero pueden también obtener ayudas parciales los hogares con recursos mensuales de entre 1500 y 2087 euros.
- En tercer lugar, la concesión del beneficio está subordinado, en los procedimientos de casación, a un cierto control sobre el fondo del

de 1817, redacción dada por Ley de 6 de agosto de 2015). En caso de disconformidad con el importe, el cliente puede solicitar la intervención del Presidente del Cuerpo de *avocats aux Conseils*, a efectos de que éste haga uso de sus facultades de conciliación o inicie un procedimiento disciplinario si el profesional ha infringido las reglas deontológicas.

⁴⁰ Artículos 4, 7 y 27 de la Ley n° 91-647, de 10 de julio de 1991, relativa a la asistencia jurídica gratuita.

asunto, exigiéndose que el recurso no sea manifiestamente inadmisibile ni totalmente carente de fundamento, y la existencia de un “motivo serio” de casación, aunque, como es evidente, esta decisión no prejuzga en modo alguno la ulterior decisión sobre admisibilidad del recurso (que también depende de la existencia de un “motivo serio”) o sobre el propio fondo del asunto⁴¹. El Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado sobre este requisito, concluyendo que es compatible con la Convención de Roma⁴².

En el ámbito de lo penal, la *Cour de cassation* hace en la práctica una excepción con los condenados a una pena de prisión de larga duración, concediéndoles de forma casi automática el beneficio de justicia gratuita, sin necesidad de constatar la existencia de una motivación seria o fundamento suficiente en el recurso⁴³.

La tasa de admisión es de alrededor del 20 o 23 % de las peticiones formuladas en la *Cour de cassation*, y del 10% en el *Conseil d'Etat*. En el *Conseil d'Etat*, el plazo medio para la resolución de las solicitudes es actualmente de 10 días⁴⁴.

Una vez admitida la solicitud, corresponde al Cuerpo de *avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation* designar un profesional para asumir el caso, salvo que el beneficiario de la ayuda ya haya elegido quién quiere que le represente. La distribución de los casos se hace de forma igualitaria entre todos los profesionales (todos participan en el turno de oficio), y la retribución que el Estado paga en estos casos al *avocat aux Conseils* está fijada en un Decreto de 19 de diciembre de 1991⁴⁵. Es importante subrayar, en fin, que la asistencia jurídica gratuita puede solicitarse para cualquier

⁴¹ Sobre este punto, véase Sargos, Pierre, *L'aide juridictionnelle devant la Cour de cassation*, en “La semaine juridique. Édition générale” n° 42, octubre de 2014. Igualmente, Dumas, Jean-Pierre, *L'aide juridictionnelle et le pourvoi en cassation*, en “La semaine juridique. Édition générale” n° 40, septiembre de 2009.

⁴² Sentencias TEDH *Del Sol c. France* y *Essadi c. France*, ambas de 26 de febrero de 2002.

⁴³ Fuente: entrevista con Mme Cécile Petit, *président de division au Bureau d'aide juridictionnelle de la Cour de cassation*, 1 de noviembre de 2016.

⁴⁴ Fuente: *Rapport annuel de la Cour de cassation*, págs. 315-316 y *Conseil d'État. Rapport public 2016*, págs. 175. Ambos publicados por *La documentation française*.

⁴⁵ Los servicios prestados por los *avocats aux Conseils* (y, en general, por los abogados y procuradores en Francia) en el marco de la justicia gratuita está sujetos al IVA, aplicándose el tipo general. Por sentencia de 17 de junio de 2010, *Comisión/ Francia* (C-492/08), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que la República francesa había incumplido el Derecho de la Unión al aplicar un tipo reducido de IVA a dichos servicios.

proceso ante el *Conseil d'Etat* y la *Cour de Cassation*, aunque la intervención en el mismo de un *avocat aux Conseils* no sea preceptiva (por ejemplo, en los recursos de casación en materia penal).

2. LA EVOLUCIÓN DEL MODELO

Efectuada esta somera descripción del Cuerpo de *avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, procede ahora analizar la forma en que este particular modelo de representación jurídica está evolucionando, al compás de las exigencias del principio de igualdad de armas (a) y de las reglas de la libre competencia (b).

2.1. Las exigencias de la igualdad de armas

En primer término, la existencia de un cuerpo de abogados de cupo restringido y con un régimen libre de honorarios puede, a pesar del generoso sistema de asistencia jurídica gratuita existente, suscitar suspicacias en cuanto al respeto del principio de igualdad de armas. Veremos, sin embargo, que ninguno de los reparos esgrimidos en contra de aquél ha sido lo suficientemente importante como para concluir que vulnera el principio de igualdad o el derecho de acceso a la justicia (a.1); y que, aunque las diferencias de trato, en la práctica, pueden existir (a.2), la solución al problema se ha buscado hasta ahora en la progresiva extensión del ámbito de intervención obligatoria de los *avocats aux Conseils* (a.3).

2.1.1. El sistema no vulnera el artículo 6.1 de la Convención de Roma, según el TEDH

Como ya se adelantó, la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, autoriza a los Estados miembros para, “*con vistas a garantizar el funcionamiento correcto de la administración de justicia, (...) establecer normas específicas para actuar ante los Tribunales Supremos, tales como el recurso a abogados especializados*” (artículo 5.3, párrafo segundo), sin que por el momento se haya planteado ante los órganos de la Unión contencioso alguno que ponga en cuestión el cumplimiento de aquel requisito por parte del sistema de representación especializada ante los altos tribunales franceses.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (en adelante, TEDH) sí ha tenido ocasión de pronunciarse expresamente sobre la compatibilidad

del modelo aquí analizado con las exigencias del derecho a la defensa, del derecho al acceso a un juez o tribunal, y del principio de igualdad de armas contenidas en el artículo 6.1 de la Convención de Roma. Partiendo de una asentada jurisprudencia según la cual la obligación de representación letrada para actuar ante una alta jurisdicción no vulnera en modo alguno el mencionado precepto⁴⁶, el Tribunal, en el asunto *Ratière c. Francia*, concluyó que, en la medida en que las personas sin peculio tienen la posibilidad de solicitar el beneficio de asistencia jurídica gratuita, ni la obligación de representación por un *avocat aux Conseils* ni la consiguiente inadmisión del recurso de casación interpuesto sin esa representación preceptiva plantean problema alguno en relación con los requerimientos del referido artículo 6.1⁴⁷.

Esta compatibilidad con el Convenio se extiende también al monopolio de intervención en la vista oral del que, como ya se ha visto, disfrutaban los *avocats aux Conseils*. En su Sentencia *Voisine c. Francia*, el Tribunal afirmó que la especificidad del procedimiento (tratándose, en aquel caso, de un asunto competencia de la Sala de lo Penal de la *Cour de Cassation*) permite justificar esa reserva a dicho cuerpo especializado⁴⁸, y en la Sentencia *Meftah y otros c. Francia* añadió que la misma no pone en cuestión la posibilidad razonable que tienen los recurrentes de presentar su causa en condiciones de igualdad⁴⁹. Con todo, en la Sentencia *Voisine c. Francia* se condenó a la República Francesa por no garantizar a la parte que asumía su propia defensa o que comparecía representada por un letrado no perteneciente al cuerpo de *avocats aux Conseils* el derecho a responder a las conclusiones del Abogado General, en la medida en que esa respuesta sólo podía ya hacerse en la fase de la vista oral⁵⁰.

⁴⁶ Entre otras, Sentencias TEDH *Gillow c. Reino Unido*, de 24 de noviembre de 1986; y *Pakelli c. Alemania*, de 25 de abril de 1983.

⁴⁷ Decisión parcial sobre admisibilidad, de la Sección segunda del TEDH, *Ratière c. Francia*, de fecha 12 de marzo de 2002.

⁴⁸ Sentencia TEDH, *Voisine c. Francia*, de 8 de febrero de 2000.

⁴⁹ Sentencia TEDH (Gran Sala), *Meftah y otros c. Francia*, de 26 de julio de 2002. Véase igualmente, con relación al procedimiento ante el *Conseil d'Etat*, la Decisión sobre admisibilidad de la Sección primera del TEDH, *G.L. & S.L. c. Francia*, de 6 de marzo de 2003.

⁵⁰ Como consecuencia de ello, en la actualidad el Abogado General informa a las partes del sentido de sus conclusiones antes del día de la vista, de modo que éstas puedan formular una réplica por escrito.

En fin, como ya se indicó, el TEDH ha declarado que las reglas de concesión de la asistencia jurídica gratuita en las altas jurisdicciones francesas, basadas en la apreciación de una “motivación seria” del recurso de casación, no vulneran el derecho de acceso a la Justicia consagrado en el artículo 6.1 del Convenio de Roma. En sus sentencias *Sol contra Francia* y *Essadi contra Francia*, antes citadas, el Tribunal manifiesta que “un sistema de asistencia jurídica no puede funcionar sin la implementación de un dispositivo que permita seleccionar los asuntos susceptibles de beneficiarse de aquél”, y considera que la denegación del beneficio fundada en la ausencia de un “motivo serio” de casación “se inspira sin duda en la legítima preocupación por asignar los recursos públicos dedicados a la asistencia jurisdiccional únicamente a los demandantes cuyas casaciones tengan una posibilidad razonable de éxito”. Finalmente, añade que “el sistema establecido por el legislador francés ofrece garantías sustanciales a los individuos, en orden a preservarles de la arbitrariedad”: en primer lugar, por la composición del órgano que estudia y decide las demandas de asistencia jurídica gratuita, del que forman parte, junto a magistrados, representantes del cuerpo de *avocats aux Conseils* y de los propios justiciables; y, en segundo lugar, por la posibilidad de impugnación de esas decisiones⁵¹.

2.1.2. Algunas diferencias de trato, en la práctica, pueden existir

De cuanto precede se deduce, no obstante, que las diferencias de trato entre quienes comparecen representados por un *avocat aux Conseils* y quienes, en ejercicio del derecho que el ordenamiento les confiere, eligen hacerlo sin representación letrada o acudiendo a un abogado que no pertenezca al Cuerpo aquí estudiado, pueden darse pese a todo en la práctica.

Esas desigualdades aparecen en varios planos:

- En un plano estrictamente procedimental, los *avocats au Conseil d’Etat et à la Cour de Cassation* tienen ante ambas jurisdicciones el monopolio de la intervención oral, incluso para el caso de que el Estado sea recurrente o recurrido. La antes mencionada jurisprudencia del TEDH ha llevado a admitir que quienes opten por no acudir a esa representación especializada puedan tener conocimiento anticipado de las conclusiones del Abogado General (en la *Cour de Cassation*) o del *rapporteur public* (en el *Conseil d’Etat*) y contestar a las mismas por escrito mediante una “nota en deliberación”, pero los *avocats aux Conseils* siguen siendo los únicos que pueden formular observaciones

⁵¹ Sentencia TEDH *Sol contra Francia*, apartados 23 a 27.

en la vista. Aunque estas intervenciones son, en la práctica, escasas, la posibilidad de hacer uso de esta facultad constituye una indudable ventaja procesal⁵².

- Por otra parte, la especialización y práctica de los *avocats aux Conseils* en el contencioso casacional aumenta estadísticamente las posibilidades de que el recurso de casación —que, como en España, responde a una técnica y a un formalismo particulares— esté bien formulado y, por tanto, supere al menos la fase previa del control de admisibilidad.

Todo ello explica que los recursos presentados por *avocats aux Conseils* tengan en la práctica una *ratio* de éxito más elevada. Así, en los recursos de casación en materia penal, ámbito donde la intervención del letrado especializado no es en ningún caso preceptiva, un análisis de las cifras correspondientes a los recursos formulados entre 2010 y 2015 arroja los siguientes resultados⁵³:

- 22% de los recursos de casación formulados mediante *avocat aux Conseils* fueron estimados, frente al 12% en el caso de los recursos presentados sin intervención de dichos abogados.
- La diferencia es aún más llamativa cuando se observa la *ratio* de admisibilidad de los recursos: sólo un 10% de los formulados mediante *avocat aux Conseils* fueron declarados inadmisibles, frente al 49% de los presentados directamente por el recurrente o con otro tipo de representación.

Tal y como concluye la Autoridad francesa de la Competencia en su informe de 10 de octubre de 2016, aunque estas cifras no permiten pronunciarse sobre la pertinencia de los motivos de casación respectivamente invocados en uno y otro caso, sí ponen de relieve la efectividad del “filtro”

⁵² En su intervención ante el TEDH en el asunto *Voisine c. Francia*, el Gobierno francés alegó que la especificidad y el carácter técnico del procedimiento de casación requiere la intervención de profesionales de alto nivel. La idea, en general, es que en esa fase casacional una eventual intervención oral del interesado tiene en teoría menos posibilidades de influir en el resultado —por el carácter técnico del procedimiento— que ante el juez de instancia, pues éste se pronuncia sobre los hechos.

⁵³ Fuente: informe de la Autoridad de la Competencia de 10 de octubre de 2016, §272. La intervención de un *avocat aux Conseils* en esta materia penal sigue siendo minoritaria: en el periodo estudiado, representa sólo un 29% del total de los recursos interpuestos.

ejercido por dicho Cuerpo especializado, y su capacidad de disuasión frente a recursos de casación poco justificados.

2.1.3. La solución hasta el momento explorada

Lejos de poner en cuestión la supervivencia del modelo, el remedio frente a estas desigualdades prácticas se viene buscando en una progresiva extensión del ámbito de la intervención preceptiva de los *avocats aux Conseils*.

En sus Memorias anuales de 2000 y 2003, entre otras ocasiones, la *Cour de Cassation* subrayó que la dispensa de la intervención de abogado especializado, tradicionalmente presentada como una medida instituida a favor del justiciable (para que pueda defender su posición sin necesidad de incurrir en excesivos gastos de asistencia jurídica), puede en la práctica volverse en contra de éste. Abogaba, por ello, el alto tribunal, por ser realista y, “*abandonando toda tentación demagógica*”, proceder a una uniformización del procedimiento de casación, extendiendo la obligación de la intervención de los *avocats aux Conseils* a la práctica totalidad de dichos procedimientos en el ámbito civil y penal, tal y como ya se hacía en lo contencioso-administrativo.

Esta llamada fue parcialmente atendida por el legislador, que suprimió la mayor parte de las dispensas antes existentes en el ámbito civil (arrendamientos rurales y urbanos, seguridad social, asistencia educativa, endeudamiento, expropiación y salud pública), quedando únicamente vigentes algunas excepciones en materia de recursos electorales, y exigiendo también la intervención de *avocats aux Conseils* para todos los recursos de casación presentados ante la Sala de lo Social de la *Cour de Cassation*, hasta entonces exentos de tal asistencia letrada⁵⁴. En el ámbito de lo penal, sin embargo, la situación ha permanecido inalterada: la interposición de recurso de casación no requiere ni tan siquiera la asistencia de abogado, y ello pese a que, por las diferencias de trato existentes en materia procedimental, la *Cour de Cassation* viene considerando que las razones para extender a este terreno la intervención preceptiva de los abogados especializados son aún más fuertes que en el terreno civil⁵⁵.

⁵⁴ Véase apartado I.b) de este informe.

⁵⁵ *Rapport annuel de la Cour de cassation, année 2000. Rapport annuel de la Cour de cassation, année 2003, Études et documents: Études sur le thème de l'égalité. L'égalité d'accès à la Cour de cassation (par M. Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation).*

2.2. Las exigencias de la libre competencia

Las principales críticas al modelo aquí analizado vienen haciéndose, sin embargo, desde el prisma de las exigencias del principio de libre competencia, que podrían impulsar el cambio más importante hasta el momento experimentado en este modelo de representación.

2.2.1. Un mercado de características atípicas

Ciertamente, el mercado de los *avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation* presenta unas características muy atípicas, al aunar la reserva monopolística de una serie de prestaciones y un sistema de *numerus clausus* a un régimen de libertad de precios y de gestión. A ello se añade que, además de disponer de un ámbito reservado de actividades, los *avocats aux Conseils* son libres de ejercer la profesión en régimen de libre competencia con los restantes abogados.

Esta fuerte concentración de la oferta sobre un número de oficios (y de profesionales) muy limitado, que disfrutan de una situación de monopolio y de una gran libertad en materia de tarificación y de gestión permite a aquéllos obtener niveles de beneficios muy superiores a los de otras profesiones comparables.

De acuerdo con los datos de la Autoridad de la Competencia, cada uno de los 60 oficios de *avocats aux Conseils* actualmente existentes generó en 2014 una cifra de negocios anual media de 2,2 millones de euros, lo que hace una media de 1,2 millones de euros por *avocat aux Conseils*, frente, por ejemplo, a los 760.000 euros al año que produce de media un notario francés. La rentabilidad es también, en líneas generales, bastante elevada: teniendo en cuenta la reducción debida al reembolso de los préstamos obtenidos para la adquisición del oficio (que suelen tener una duración media de 13 años, con 3,04 millones de euros al año de capital y 898.170 euros de intereses), el beneficio medio por oficio es de 943.000 euros, y de 543.000 por profesional asociado. Aunque existen oficios más y menos rentables, en más del 90% de ellos cada profesional tuvo, durante el periodo 2010-2014, un volumen anual de negocios de más de 400.000 euros, y un margen de resultados de más de 186.000 euros al año⁵⁶.

⁵⁶ Fuente: informe de la Autoridad de la Competencia de 10 de octubre de 2016, § 136-142.

La libertad de gestión y de tarificación de que disfrutaban los *avocats aux Conseils*, y que se aleja de lo habitual en otros sectores en régimen de monopolio, no son factores ajenos a esta alta rentabilidad. La primera permite atender la demanda existente con un número de titulares restringido, pues estos se apoyan en la práctica en colaboradores de elevado nivel jurídico que analizan los asuntos y redactan los escritos procesales, aunque sólo un *avocat aux Conseils* pueda firmarlos y presentarlos formalmente; estos colaboradores actúan y son retribuidos como profesionales liberales, lo que confiere flexibilidad a la gestión del oficio⁵⁷. La libertad de tarificación, por su parte, permitiría ajustar los honorarios en atención a las variaciones en el volumen de la actividad jurisdiccional, de modo que, si la demanda disminuye, la minuta podría eventualmente aumentarse para compensar una eventual disminución de ingresos.

Todo ello pone de manifiesto, tal y como ha indicado la Autoridad francesa de la Competencia, una verdadera contradicción interna en la estructura y el funcionamiento intrínseco de este mercado, pues el mismo presenta para los ofertantes ventajas propias de los monopolios (por disponer de un ámbito de prestaciones cuya oferta les está reservada) y de los mercados en libre competencia (libertad de precios), pero sin los respectivos inconvenientes (tarifas reglamentadas, en el primer caso, y fuerte intensidad competitiva, en el segundo).

Partiendo de este estado de cosas, en los últimos años se vienen escuchando reiteradamente opiniones a favor de suprimir o atenuar el *numerus clausus* (informes de la Comisión *Attali*, de 2008, y la Comisión *Darrois*, 2009; e informe *Untermaier et Houillon*, 2014).

La apertura, mediante Decreto de 15 de marzo de 1978, de la posibilidad de atribuir un oficio de *avocat aux Conseils* a sociedades profesionales con *avocats aux Conseils* asociados, permitió una primera ampliación del número de profesionales que desempeñan estas tareas. Otro paso en este sentido se dio con el más arriba citado Decreto n.º 2009-452, de 22 de abril de 2009, en cuyo artículo 15 se atribuye al Ministro de Justicia la facultad de crear nuevos oficios de *avocats aux Conseils*. En opinión del Cuerpo de *avocats aux Conseils*, si hasta la fecha no se ha procedido a esa ampliación ha sido, en primer lugar, por la propia oposición de las dos altas jurisdicciones

⁵⁷ Como media, en 2014, cada asociado se apoyaba en 3,5 colaboradores (profesores universitarios, abogados y otros juristas) a tiempo completo; en el 10% de los oficios, ese número era inferior a 3,5, y en otro 10%, superior a 7. Fuente: informe de la Autoridad de la Competencia de 10 de octubre de 2016, § 172.

afectadas, y, en segundo lugar, por el estancamiento o ralentización del volumen de contencioso ante ellas.

En su informe de 10 de octubre de 2016, la Autoridad de la Competencia constata la realidad de esa estabilización del contencioso casacional en los últimos años, así como las escasas perspectivas de aumento de la actividad en régimen de monopolio para los *avocats aux Conseils*⁵⁸. Partiendo de estos datos, no parecería ilógico razonar que la ampliación del actual *numerus clausus* de *avocats aux Conseils* haría en el futuro poco rentable y, por tanto, menos atractivo, el ejercicio de esta profesión y, en todo caso, acabaría con esa estabilización del volumen de trabajo del *Conseil d'Etat* y la *Cour de Cassation*, en la medida en que ese resultado puede en gran parte deberse a la capacidad de disuasión de los *avocats aux Conseils* frente a recursos de casación poco justificados. La Autoridad de la Competencia rebate, sin embargo, ambas premisas del silogismo:

- En cuanto a la rentabilidad futura de los oficios, la Autoridad considera que, aunque la creación de nuevas plazas, al aumentar la competencia, probablemente tendrá por efecto disminuir el nivel de los honorarios, tal disminución no pondrá en riesgo el actual equilibrio financiero de la profesión.
- Respecto a la labor de filtro de recursos de casación poco justificados, la Autoridad afirma que la incertidumbre financiera que en su caso pudiera generarse para estos profesionales como consecuencia de la apertura de nuevos despachos no debería influir en su obligación de aconsejar de forma objetiva al cliente, impuesta por las reglas deontológicas del Cuerpo y vigilada por su Consejo regulador.

A la vista de todos estos factores, la Autoridad de la Competencia alude en su informe a la posibilidad de instaurar una regulación de honorarios o de tarifas reglamentadas para las actividades reservadas a los *avocats*

⁵⁸ El número de asuntos tratados por el *Conseil d'Etat* viene disminuyendo de forma progresiva desde hace 10 años y, aunque el contencioso ante las jurisdicciones administrativas de primera instancia e apelación sigue creciendo, una parte muy escasa de esas decisiones de instancia dan lugar a casación (alrededor del 5% de las decisiones de los tribunales administrativos, y del 12% de las decisiones de las cortes administrativas de apelación). En cuanto a la *Cour de cassation* (civil, social y penal), desde 1989 se viene observando una estabilización del número de asuntos entrantes, y en la actualidad se analizan diversas medidas adicionales que podrían limitar más la admisibilidad de los recursos de casación. Fuente: informe de la Autoridad de la Competencia de 10 de octubre de 2016, § 231-292.

aux Conseils, posibilidad expresamente prevista en el artículo L. 410-2 del Código de Comercio francés, de acuerdo con el cual “... en los sectores (...) en los que la competencia en los precios está limitada por razón (...) de situaciones de monopolio (...), un decreto en Conseil d’Etat puede reglamentar los precios, previa consulta a la Autoridad de la Competencia”. En el informe reiteradamente aludido, sin embargo, la citada Autoridad se limita, en el marco del encargo efectuado por el artículo 57 de la llamada “Ley Macron”⁵⁹, a recomendar al Gobierno “un aumento prudente y progresivo del número de oficios”, con la creación de cuatro nuevos oficios de *avocats aux Conseils* en el plazo de dos años.

3. CONCLUSIONES

El control de la calidad de las decisiones judiciales es un problema común a todas las democracias occidentales contemporáneas. Cuando hablamos de las jurisdicciones supremas y, más particularmente, del contencioso casacional, ese control de calidad pasa, necesariamente, por una vigilancia o límite de la cantidad, dentro de las exigencias básicas de la administración de Justicia. Así, en la mayor parte de los países de nuestro entorno europeo se han articulado diferentes soluciones tendentes a limitar el número de asuntos de que conocen sus más altos tribunales, pues, de abandonarse a estos al albur de cuantos litigios puedan plantearseles, se resentiría la calidad de sus decisiones y, cuando se trata de una jurisdicción casacional, se desnaturalizaría su función de “jueces del juicio” (frente a la de “jueces

⁵⁹ Ley n° 2015-990, de 6 de agosto de 2015, antes citada. En su informe, la Autoridad de la Competencia apunta también otras vías “teóricamente” concebibles, como “poner en cuestión el carácter monopolístico de la actividad, suprimiendo el estatuto de oficiales ministeriales y optando por el desarrollo de una especialización en materia de casación para los *avocats à la Cour*” o “descompartimentar la oferta aumentando el número de *avocats aux Conseils* a un nivel tal que la estimulación por la competencia lleve rápidamente los honorarios practicados al nivel de los del mercado”, o “privilegiar un aumento más moderado del número de oficios, insusceptible de reestablecer un funcionamiento del mercado en régimen de competencia, pero que permita remediar la actual situación atípica (...) sustituyendo los actuales honorarios libres por un dispositivo de emolumentos reglamentados”; sin embargo, dice el informe, “el propio legislador ha zanjado este debate, optando por conservar el carácter monopolístico de la actividad de los *avocats aux Conseils*, sin poner en cuestión la remuneración de sus prestaciones mediante honorarios libres”.

del litigio”, función que corresponde a las jurisdicciones de instancia) y el carácter excepcional de este tipo de recurso⁶⁰.

El sistema de la asistencia letrada especializada ante los tribunales supremos franceses se encuadra dentro de esta lógica de control de la calidad y de la cantidad del contencioso casacional: el Cuerpo de *avocats aux Conseil d'Etat*, colectivo altamente especializado y de gran prestigio, encuentra hoy su legitimidad en su contribución al “*funcionamiento correcto de la administración de justicia*”, por emplear las palabras del legislador comunitario, en la medida en que colaboran a hacer más pertinente y eficaz la selección de los asuntos que deben tratar el *Conseil d'Etat* y la *Cour de cassation*⁶¹ y garantizan un cierto nivel en la discusión jurídica ante ambas jurisdicciones.

Así, pese a las intensas críticas vertidas por las deficiencias que presenta el sistema desde el punto de vista de los principios de la libre competencia, es significativo que ninguno de los numerosos informes que han tratado, directa o indirectamente, la cuestión, haya propuesto la eliminación del monopolio o de la especialización, abogando por la apertura de la profesión a una mayor competencia, pero reconociendo siempre su especificidad, que justifica la existencia de un cuerpo especializado⁶². En esta misma línea, los diferentes miembros de la magistratura francesa entrevistados para el presente informe han sido unánimes en la defensa, al menos, de la existencia de la especialización y el *numerus clausus* (más o menos abierto), al que atribuyen una triple virtualidad: en primer lugar, subrayan la ya mencionada función de filtro de recursos manifiestamente infundados que desempeñan en la práctica; en segundo lugar, manifiestan que su intervención garantiza una elevada calidad y precisión jurídicas de los escritos —lo que no sólo facilita la labor del juez, sino también la evolución de la jurisprudencia—; y, en fin, encomian la exquisita deontología de los

⁶⁰ En relación con esta cuestión, y desde una óptica comparada, puede consultarse la obra *L'accès au juge de cassation. Colloque du 15 juin 2015*, dirigida por G. Drago, G. Fauvarque-Cosson y M. Goré, *Société de Legislation Comparée, Collection Colloques* vol. 26, 2015.

⁶¹ Véase, en particular, Fauvarque-Cosson, B., “*L'accès au juge de cassation: perspective comparatiste*”, en *L'accès au juge de cassation, op. cit.* págs. 9-12; Broyelle, C., “*La sélection des pourvois devant le Conseil d'Etat*”, en *L'accès au juge de cassation, op. cit.* págs. 49-57; y Salve de Bruneton, J., “*Accès au juge de cassation et traitement des affaires, le point de vue d'un avocat aux Conseils*”, en *L'accès au juge de cassation, op. cit.* págs. 107-122.

⁶² Véanse, en particular, el *rapport de la commission Attali*, de 2008, y el *rapport de la commission Darrois*, de 2009.

abogados del Cuerpo, cuya dedicación casi exclusiva a la casación, unida a su limitado número, les permite mantener relaciones particularmente estrechas y fluidas con los miembros de las dos jurisdicciones, relaciones fundadas en la mutua confianza de quienes, en principio, están llamados a trabajar en el mismo círculo durante toda su carrera profesional^{63/64}.

A la vista de cuanto precede, reciente como está el debate sobre la introducción de nuevos filtros para la admisión de recursos de casación por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo español, y la propia reforma del sistema de acceso a la profesión de abogado en España, resulta pertinente preguntarse si la exigencia de algún tipo de especialización profesional o de limitación para la representación letrada ante nuestro Alto Tribunal podría contribuir a una “buena administración de la justicia” definida no sólo en los términos de celeridad y economía de medios tan en boga en los tiempos que corren, sino también en términos estrictos de calidad.

⁶³ Fuente: entrevista con M. Bernard Stirn, presidente de la sección del contencioso del *Conseil d'Etat*, 28 de noviembre de 2016.

⁶⁴ Sobre el asunto de los contactos entre los abogados y los miembros de la judicatura, véase el informe de esta Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española n° 1/2015, *El régimen jurídico de las reuniones entre los jueces y los abogados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

El estatus de los reservistas voluntarios de las Fuerzas Armadas en relación con la prestación de los servicios de Asistencia Jurídica Gratuita

(Informe 6/2017)

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ESTATUS DE LOS RESERVISTAS VOLUNTARIOS. 2.1. Los reservistas voluntarios y su contribución a la Defensa Nacional. 2.2. Reclutamiento y formación de los reservistas voluntarios. 2.3. El estatuto del reservista en período de activación. Trabajadores por cuenta ajena, funcionarios y trabajadores por cuenta propia activados como reservistas. 2.4. El régimen indemnizatorio y retributivo. 3. EL ESTATUS DE LOS ABOGADOS ADSCRITOS A LOS SERVICIOS DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. 3.1. La configuración de la asistencia jurídica gratuita como servicio público: el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. 3.2. Los Colegios de Abogados y la organización del servicio. 3.3. Los abogados: el ejercicio privado de funciones públicas y el desempeño del turno de oficio. 3.4. Las indemnizaciones que reciben los abogados adscritos al turno de oficio. 4. LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL TURNO DE OFICIO Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO RESERVISTA VOLUNTARIO. 5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Este informe, que se emite para el Consejo General de la Abogacía Española, pretende analizar el estatuto personal de los reservistas voluntarios adscritos a las Fuerzas Armadas en relación con la prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita y turno de oficio.

Si el estatus de los Abogados que se inscriben en los servicios de asistencia jurídica gratuita es poco conocido, el de los reservistas voluntarios de las Fuerzas Armadas lo es aún menos, de forma que la posibilidad de compatibilizar ambas situaciones exige algunas consideraciones previas. Se ha de advertir, en todo caso, que este informe no pretende ser un estudio completo sobre la reserva voluntaria y sus características, aunque el tema bien lo merece. Y tampoco sobre la estructura del sistema de asistencia jurídica gratuita, aun cuando serán precisas algunas consideraciones a los efectos de calificar el estatus de los abogados adscritos y la naturaleza de las percepciones que reciben. Se ha de limitar el informe a aquellos casos en que concurre la doble situación, es decir, aquellos en que se desempeñan tareas propias de dos actividades que pueden ser consideradas servicios públicos, y al modo en que pueden compatibilizarse unas y otras.

2. EL ESTATUS DE LOS RESERVISTAS VOLUNTARIOS

2.1. *Los reservistas voluntarios y su contribución a la Defensa Nacional*

La creación de un sistema de Reservistas Voluntarios tiene su amparo en el artículo 30 de la Constitución Española, que dispone:

“Artículo 30

- 1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España.*
- 2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.*
- 3. Podrá establecerse un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general.*
- 4. Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública”.*

El régimen vigente tiene su origen en el proceso de profesionalización¹ de las Fuerzas Armadas y trata de paliar la carencia de efectivos personales en los Ejércitos que fue consecuencia de la desaparición del servicio militar obligatorio². En efecto, como señalara el Dictamen del Consejo de Estado 2611/1998, de 9 de julio de 1999, sobre el anteproyecto de Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, la supresión del carácter obligatorio de la prestación del servicio militar³ es uno de los presupuestos del sistema e impone un nuevo modelo de Fuerzas Armadas, sustituyendo

¹ Cayetano y Garrido, Luis, *Los reservistas voluntarios: retos y consolidación del modelo*, Boletín Informativo del Centro Superior de Estudios para la Defensa (CESEDEN) número 321, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011. El autor estima que el documento clave para entender la realidad actual es el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso Senado de 28 de mayo de 1998 sobre “La profesionalización de las Fuerzas Armadas”.

² La Sentencia 60/1991, de 14 de marzo, del Tribunal Constitucional señala: “*El bien jurídico tutelado en el artículo 127 C.P.M. es el cumplimiento del servicio militar obligatorio (y no como se afirma en el Auto, las actividades administrativas previas a la entrada en el servicio militar), obligación que impone la ley en función del deber de todas las personas de ciudadanía española de defender a España (art. 30.1 C.E.), por una duración limitada, a cargo de ciudadanos declarados físicamente idóneos*”.

³ En el momento actual todos los españoles que hubieran realizado el servicio militar obligatorio en cualquiera de sus formas y que el día 1 de enero de 2008 hubieran superado los cuarenta años de edad, podrán solicitar la consideración de reservista voluntario honorífico, como prevé la disposición adicional única del Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas.

los militares de reemplazo por militares profesionales de tropa y marinería y de complemento⁴.

Esta decisión no solo afectó a las Fuerzas Armadas sino también a la Defensa Nacional en su conjunto, ya que si bien todos los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España, la Constitución no concreta en qué obligaciones concretas se traduce este deber, que habrá de ser definido por el legislador. El servicio militar obligatorio constituía en realidad una concreción del más amplio deber de defender a España, que tiene asiento o fundamento en la Constitución. Queda, por tanto, encomendada al legislador la decisión de los modos en que los españoles pueden cumplir con este deber, impuesto en los términos más amplios y generales a todos los ciudadanos⁵.

El régimen jurídico de los reservistas voluntarios tiene su amparo en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, que se expresa en estos términos:

“Artículo 29. Aportación de otros recursos

La aportación de otros recursos provenientes de la sociedad, se materializará de la siguiente forma:

a) De acuerdo con el derecho y el deber que los españoles tienen de defender a España, según lo establecido en el artículo 30 de la Constitución, la incorporación adicional de ciudadanos a la Defensa se apoyará en el principio de contribución gradual y proporcionada a la situación de amenaza que sea necesario afrontar, en la forma que establezca la ley, mediante la incorporación a las Fuerzas Armadas de los reservistas que se consideren necesarios.

b) La contribución de los recursos materiales a las diversas necesidades de la Defensa se efectuará a través del órgano interministerial competente. Su composición y funciones se establecerán reglamentariamente”.

⁴ En el año 1984 los efectivos de las Fuerzas Armadas suponían 66.505 cuadros de mando, 12.500 miembros de tropa profesional y 294.00 soldados de reemplazo. En el año 1999 el número de efectivos de tropa profesional era de 102.500 y se contaba con 48.000 mandos. Véase Cayetano y Garrido, Luis, *op. cit.*

⁵ La Ley 50/1969, de 26 de abril, Básica de Movilización Nacional, fue derogada por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar. Esta norma permitía la movilización de *“todos los recursos nacionales, cualquiera que sea su naturaleza”* si las necesidades de la defensa nacional y otras situaciones excepcionales lo exigieran, incluyendo la movilización de las Fuerzas Armadas, de los recursos humanos y económicos, de la sanidad, de los transportes y de las comunicaciones. Es decir, *“las personas y toda clase de bienes muebles, inmuebles, derechos, empresas, industrias, alojamientos, prestaciones personales y, en general, todos los elementos que puedan contribuir a las finalidades indicadas en el artículo primero”*.

Y se desarrolla por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, que concreta que el conjunto de reservistas susceptibles de incorporación a las Fuerzas Armadas en situaciones de crisis está definido⁶ por los reservistas voluntarios, los reservistas de especial disponibilidad⁷ y los reservistas obligatorios.

Son reservistas voluntarios los españoles que, en ejercicio de su derecho constitucional de defender a España, se vinculan temporal y voluntariamente con las Fuerzas Armadas por medio de un compromiso de disponibilidad para ser llamados a incorporarse a ellas, con el objeto de reforzar sus capacidades, cuando las circunstancias lo requieran, a fin de satisfacer las necesidades de la defensa nacional y hacer frente a los compromisos

⁶ Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar.

“Artículo 2. Definición y clasificación de reservistas.

1. Son reservistas los españoles que, en aplicación del derecho y deber constitucionales de defender a España, pueden ser llamados a incorporarse a las Fuerzas Armadas para participar en las misiones definidas en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.

2. Los reservistas se clasifican en:

a) Reservistas voluntarios: Los españoles que resulten seleccionados en la correspondiente convocatoria, superen los períodos de formación militar básica y específica que se regulan en este reglamento y se vinculen de forma temporal y voluntariamente con las Fuerzas Armadas, por medio de un compromiso de disponibilidad.

b) Reservistas de especial disponibilidad: Los militares de tropa y marinería y los militares de complemento de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, que adquieran dicha condición al finalizar sus compromisos de larga duración.

c) Reservistas obligatorios: Los españoles, con una edad comprendida entre los diecinueve y los veinticinco años, que sean declarados como tales por el Gobierno de acuerdo con la ley”.

⁷ Los reservistas de especial disponibilidad son militares de complemento que, habiendo cumplido con sus compromisos de larga duración, lo solicitan voluntariamente. Pueden ser activados por el Gobierno y perciben un complemento de disponibilidad de 600 euros mensuales, compatible con cualquier otra actividad, hasta los 65 años. La inclusión en dicha categoría requiere la solicitud del interesado, lo que implica una intervención positiva de la voluntad del sujeto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería. El régimen jurídico de los reservistas voluntarios y los de especial disponibilidad es bien diferente. Mientras que los voluntarios pueden ser activados por el Ministro de Defensa para prestar servicio en las unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa, la movilización de los voluntarios de especial disponibilidad requieren autorización del Consejo de Ministros, a petición del Ministro de Defensa, exclusivamente en situaciones de crisis. Otro asunto es si esta situación de disponibilidad merece esta retribución a costa de los causales públicos.

adquiridos por España⁸. Como se señala en el preámbulo del Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas: “*En situaciones de crisis en que las necesidades de la defensa nacional no puedan ser atendidas por los efectivos de militares profesionales, serán los reservistas voluntarios y los de especial disponibilidad los primeros en incorporarse a las Fuerzas Armadas, para lo que, con carácter excepcional, el Consejo de Ministros adoptará las medidas que considere oportuno*”.

A diferencia de lo que ocurre en otros países en el nuestro los reservistas no se encuadran en unidades específicas de reserva. En el llamado modelo sajón los reservistas componen unidades completas operativas⁹, con posibilidad de desplegarse en tareas de defensa o en misiones en el extranjero. Estas unidades de reserva tienen su encuadre propio en el sistema OTAN¹⁰ a través del Comité de Fuerzas Nacionales de Reserva, que depende del Comité Militar de la Alianza Atlántica. Por otra parte, la Confederación Interaliada de Oficiales de Reserva ha sido reconocida por la OTAN como agrupación idónea para proporcionar información sobre los efectivos y utilidad de los reservistas.

La posibilidad de servir a España de este modo es poco conocida. Puede que una de las razones sea la escasa percepción del peligro exterior que tienen o tenemos los españoles¹¹, relacionada, quizá, con el hecho de que nuestro país no participó en ninguna de las dos Guerras Mundiales¹². Este dato no deja de resultar curioso teniendo en cuenta nuestra situación

⁸ Jiménez de los Galanes Gutiérrez, Alfonso, *Utilización de los reservistas voluntarios. Misiones en las que pueden participar y destinos que pueden desempeñar*, Revista General de Marina, tomo 260, marzo de 2011. El autor destaca que los reservistas pueden cumplir misiones en España y en el extranjero, incorporándose incluso a la Unidad Militar de Emergencias. Los primeros reservistas activados para una misión en el extranjero lo fueron en el marco de la operación “Respuesta Solidaria” tras el maremoto en Indonesia.

⁹ Castellón Sánchez del Pino, Juan José Alberto, *La reserva voluntaria en el entorno internacional*, Revista General de Marina, tomo 267, octubre de 2014.

¹⁰ Informe MC 441/1, del Comité militar del Atlántico Norte o NATO FRAMEWORK POLICY ON RESERVES (MC 441/1). http://www.act.nato.int/images/stories/structure/reserve/mc_0441_2_eng.pdf

¹¹ Así lo destaca, con apoyo en datos estadísticos del Centro de Investigaciones Sociológicas, Quesada González, José Miguel, *¿Cómo es un reservista voluntario español?*, Revista General de Marina, tomo 256, julio de 2009. Más de la mitad de los españoles piensa que no existen amenazas militares contra España.

¹² Deudero Mayans, Antonio, *El alistamiento voluntario a tiempo parcial*, Revista General de Marina, tomo 256, julio de 2009.

geoestratégica y las necesidades de la defensa de nuestras plazas de soberanía en el norte de África¹³. En todo caso parece que de los dos conflictos mundiales surge la necesidad de tener plantillas en reserva, preparadas para colaborar eficaz y directamente en la defensa de la nación. En todo caso puede citarse como antecedente el sistema de “milicias universitarias” (IMEC, SEFOCUMA, MNU) para la formación de cuadros de mandos susceptibles de ser movilizados.

2.2. Reclutamiento y formación de los reservistas voluntarios

La regulación actual de su estatus se encuentra en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, y el Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas. En este cupo de reservistas voluntarios pueden encuadrarse los españoles mayores de edad, previa superación de los períodos de formación militar básica y específica, y acreditación de sus competencias académicas, como se expondrá. Ingresan entonces en uno de los tres Ejércitos o en los cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas, como el Cuerpo Jurídico Militar o el Cuerpo Militar de Sanidad con el empleo que corresponda a su titulación (capitán (RV), teniente (RV), alférez (RV), sargento (RV), soldado (RV), etc.

El Ministerio de Defensa convoca anualmente¹⁴ un proceso de selección para los tres Ejércitos y los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, al que pueden optar quienes posean la nacionalidad española, tengan cumplidos 18 años y no alcancen una edad máxima de 58 años para las categorías de oficial y suboficial, y de 55 años para la categoría de tropa y marinería. Los solicitantes deben, por otra parte, carecer de antecedentes penales, y no pueden con-

¹³ Resultan de aplicación la Ley 8/1975 de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, y el correspondiente Reglamento aprobado por Real Decreto 869/1978, de 10 de febrero. Las plazas de soberanía incluyen Ceuta y Melilla y una serie de islas e islotes, Alborán, Tabarca, el Peñón de Vélez de la Gomera, la isla de Alhucemas y el archipiélago de las islas Chafarinas.

¹⁴ Por Resolución 452/38150/2016, de 27 de septiembre, de la Subsecretaría de Defensa, se convoca proceso de selección para el acceso a la condición de reservista voluntario de las Fuerzas Armadas para el año 2016. Las plazas para las Fuerzas Armadas y la Escala Superior de Oficiales de la Guardia Civil para el año de 2016 son 150, 54 en el Ejército de Tierra, 20 en la Armada, 26 en el Ejército del Aire y 50 en los Cuerpos Comunes. La mayor parte de las plazas convocadas son para Oficiales, un total de 112, cifra que permite aventurar cual es el perfil que requieren los Ejércitos.

currir quienes estén procesados o imputados, los condenados por delito doloso y quienes estuvieran inhabilitados para el ingreso en la función pública¹⁵. Tampoco pueden concurrir a las convocatorias quienes ostenten la condición de Militar profesional, Guardia Civil, Policía Nacional¹⁶ o personal estatutario del Centro Nacional de Inteligencia, quienes hubieran finalizado su relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas por determinadas causas (insuficiencia de condiciones psicofísicas, incapacidad permanente para toda profesión u oficio, imposición de penas o sanciones que lleven aparejada la pérdida de empleo o inhabilitación o separación del servicio, entre otras) o quienes hubieran resuelto, por razones semejantes, su compromiso como militar de complemento o como militar de tropa y marinería.

Habrán de superar, por otra parte, unas pruebas de aptitud psicofísica¹⁷ (que incluyen, entre otras, un test de detección de tóxicos, una exploración física general y una prueba de evaluación psicológica) y una entrevista personal a los efectos de poder concurrir al concurso de méritos, que valorará y puntuará los méritos militares, académicos y generales.

Superado el concurso¹⁸ habrán de someterse, como se expuso, a un período de formación, que incluye una fase de formación militar básica de

¹⁵ La Resolución 452/38150/2016, de 27 de septiembre, de la Subsecretaría de Defensa establece entre las condiciones específicas la siguiente: “Carecer de tatuajes que contengan expresiones o imágenes contrarias a los valores constitucionales, Autoridades, virtudes militares, que supongan desdoro para el uniforme, que puedan atentar contra la disciplina o la imagen de las Fuerzas Armadas en cualquiera de sus formas, que reflejen motivos obscenos o inciten a discriminaciones de tipo sexual, racial, étnico o religioso. Tampoco son permitidos los tatuajes, argollas, espigas, inserciones, automutilaciones o similares que pudieran ser visibles vistiendo las diferentes modalidades de los uniformes de las Fuerzas Armadas, no especiales, cuya denominación, composición y utilización se recoge en la Orden Ministerial 6/1989, de 20 de enero, todo ello de conformidad con el artículo 15.5 del Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 378/2014, de 30 de mayo”. Esta previsión es la misma que rige para los alumnos en los centros docentes militares.

¹⁶ Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional. “Disposición adicional segunda Reservistas voluntarios. Los Policías Nacionales no podrán ostentar la condición de reservista voluntario regulada en el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas, aprobado por el Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo”.

¹⁷ Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas.

¹⁸ A pesar de lo escasamente conocida que es la reserva y la poca publicidad que se da a las convocatorias todos los años el número de candidatos supera al de plazas ofertadas. Destaca esta motivación Jiménez de los Galanes Gutiérrez, Alfonso, *op. cit.*

hasta 30 días naturales¹⁹ y una fase de formación militar específica. Interesa destacar que durante estos períodos iniciales de formación y durante los posteriores cursos de perfeccionamiento está previsto que los reservistas reciban una “*indemnización*” de dos veces (soldado o marinero) y tres veces (oficial) el salario mínimo interprofesional diario vigente. Así lo dispone el artículo 37 del Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas, que diferencia con precisión los conceptos de indemnización y retribución²⁰.

Procede, después, jurar o prometer bandera y, tras este proceso de selección, los reservistas se comprometen a aceptar las designaciones para el servicio en unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa (artículos 4 y 31 del Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas, sobre la situación de disponibilidad de los reservistas).

¹⁹ En función de la experiencia y preparación del candidato esta fase puede reducirse a un día, como en aquellos casos en que el reservista hubiera cumplido con el servicio militar obligatorio. Aun cuando en origen estaba previsto que la formación se prolongara, las dificultades presupuestarias, que inciden más en el Ministerio de Defensa que en otros, han determinado que este periodo se acorte sensiblemente en muchos casos. El proceso de capacitación resulta muy costoso.

²⁰ Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas:

“Artículo 37. Régimen económico.

1. Los aspirantes a la obtención de la condición de reservista voluntario, durante su estancia en los centros de formación, o en unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa, para la realización de la formación militar básica y específica, así como los reservistas voluntarios que sean activados para la realización de períodos de instrucción y adiestramiento o asistir a cursos de formación y perfeccionamiento, percibirán una indemnización calculada sobre el salario mínimo interprofesional diario cuantificada como sigue:

a) Para el personal aspirante para acceder al empleo de alférez (RV) o alférez de fragata (RV): tres veces dicho salario.

b) Para el personal aspirante para acceder al empleo de sargento (RV): dos veces y medio dicho salario.

c) Para el personal aspirante para acceder al empleo de soldado (RV)/marinero (RV): el doble de dicho salario.

2. El personal reservista voluntario, durante el período de activación para prestar servicio, percibirá las retribuciones fijadas para los militares profesionales con empleo equivalente. Para los de tropa y marinería, las retribuciones serán las correspondientes a los militares profesionales, de empleo equivalente, con una relación de servicios de carácter temporal y que no tengan suscrito un compromiso de larga duración”.

Es oportuno señalar que el régimen sancionador y disciplinario aplicable a los reservistas es idéntico al previsto para los militares profesionales. Así lo dispone la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que en su artículo 34 prevé que *“la competencia sancionadora en relación con los reservistas se ejercerá de acuerdo con las normas generales establecidas en esta ley, si bien la imposición a los reservistas voluntarios de la sanción de resolución de compromiso con las Fuerzas Armadas corresponderá al Subsecretario de Defensa”*.

Como se expondrá, durante estos períodos de formación los reservistas cuentan, por disposición del artículo 134 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, con un permiso retribuido en relación con su puesto de trabajo habitual. Su situación se asimila a la prevista por el artículo 37 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que regula el descanso semanal, las fiestas y los permisos.

2.3. El estatuto del reservista en período de activación

Cumplido el proceso de formación los reservistas, como se expuso, adquieren el compromiso de aceptar las designaciones para el servicio, que inicialmente suponían, por lo general, la prestación de un servicio de dos meses al año, ya fuera en España o en misiones en el extranjero²¹, prestaciones acordes con un concepto amplio y ambicioso del sistema. En el vigente Reglamento no se especifica el tiempo de activación, ya que depende de los planes anuales de activación²², y, como se señaló,

²¹ El Real Decreto 1691/2003, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de acceso y régimen de los reservistas voluntarios, ya derogado, lo expresaba con claridad:

“Artículo 17 Tiempo máximo de activación

Los reservistas voluntarios podrán permanecer, como máximo, en la situación de activado los períodos de tiempo, de susceptible cumplimiento de forma discontinua, que a continuación se expresan:

a) Para misiones en el extranjero o para prestar servicio en unidades, centros u organismos, el que a tal efecto se fije en la autorización del Gobierno para la incorporación de reservistas voluntarios, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 11.a).

b) Para ejercicios de instrucción y adiestramiento y realizar cursos de formación y perfeccionamiento: un mes al año.

c) Para actualización de conocimientos en relación con el puesto asignado: siete días al año”.

²² El último Plan, publicado por Orden Ministerial 59/2015, de 4 de diciembre, por la que se aprueba el plan de activación de Reservistas Voluntarios para prestar

la incorporación de efectivos está condicionada por las disponibilidades presupuestarias.

Durante este período, su estatus es el de un militar profesional²³ a efectos de régimen disciplinario, encuadramiento, honores y recompensas, retribución y honorarios, uniformidad, hoja de servicios y protección social. Como dispone el artículo 36 del Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo: “*En la situación de activado, los reservistas voluntarios tendrán la condición militar, deberán cumplir las reglas de comportamiento del militar y estarán sujetos a las leyes penales y disciplinarias militares (...)*”. Tienen también derecho al ascenso, usan el mismo uniforme que los militares profesionales y tienen su tarjeta de identificación militar (TIM). Incluso pueden participar en misiones en el extranjero. Y, como se ha hecho constar, reciben una retribución por sus servicios, cuya naturaleza jurídica se habrá de precisar después.

Los reservistas voluntarios están de alta en la Seguridad Social, como el resto de los funcionarios públicos, y adquieren un compromiso de permanencia que puede ser sancionado en caso de incumplimiento (artículos 21, 22 y concordantes del Real Decreto ya citado) de acuerdo con el régimen disciplinario de los militares, sanción que podría llegar a suponer, en su caso, la pérdida de la condición de reservista²⁴. Por la trascendencia de sus consecuencias es oportuno dejar constancia de que el artículo 125 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, excepciona a los reservistas del cumplimiento del régimen general en materia de incompatibilidades²⁵.

servicio en Unidades, Centros y Organismos del Ministerio de Defensa durante el año 2016, prevé la activación de un máximo de 315 efectivos en el Ejército de Tierra, 260 efectivos en la Armada y 150 en el Ejército del Aire. Son sustancialmente mayores las posibilidades de activación para las Unidades Ajenas a la Estructura de los Ejércitos, que llegan a 650 efectivos. En todos los casos, la suma de los períodos en los que un reservista voluntario permanecerá activado no podrá ser superior a cuatro meses.

²³ La Reserva Voluntaria tiene su propio himno titulado “El yunque y la espada”. <https://www.youtube.com/watch?v=h8LxkiCoVAE>

²⁴ Sobre este particular véanse las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) del 15 de marzo de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) de 11 de octubre de 2011 y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de mayo de 2016 sobre impugnaciones de resoluciones por las que se declara la pérdida de condición de reservista. Quienes fueron privados de la condición de reservista impugnaron las resoluciones, que fueron revocadas por falta de suficiente motivación.

²⁵ Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar
 “Artículo 125. Condiciones para el ingreso de los reservistas voluntarios.

En este momento la estructura de personal de los Ejércitos incluye al personal militar de carrera en servicio activo, es decir, 43.903 efectivos, de un total de 62.146 (sumando a quienes se encuentran en otras situaciones administrativas como reserva, excedencia, suspensión, etc.) mas 78.315 efectivos en activo en la Guardia Civil, de un total 88.323²⁶. Existen, por otra parte, 1.179 militares de complemento.

Y, en lo que a este informe afecta, hay 4.941 reservistas voluntarios según los datos estadísticos del Ministerio de Defensa, y de ellos son 30 los activados y 4.911 los que se encuentran en situación de disponibilidad según la última estadística publicada²⁷, que corresponde al año 2015. Como ha destacado la Memoria del Observatorio de la Vida Militar el porcentaje de mujeres era del 17,9%, superior al de las militares profesionales, que se sitúa alrededor del 12,5%²⁸.

Señala la Memoria del Observatorio de la Vida Militar²⁹: “*En cuanto a los reservistas voluntarios, de los datos aportados puede deducirse que, sobre el total de los que han sido admitidos, el porcentaje de los activados es muy escaso. En el mejor de los casos, el 1,63%. La causa de la baja incidencia sobre la activación probable-*

(...)

5. La condición de reservista voluntario se considerará actividad exceptuada del régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (...).”

²⁶ Estadística de Personal Militar de Carrera de las FAS de las categorías de Oficial General, Oficial y Suboficial y de Personal Militar de Carrera de la Guardia Civil, Ministerio de Defensa, 2015. Disponible en <http://www.defensa.gob.es/defensa/estadisticas/>

²⁷ Estadística de Personal Militar de Complemento, Militar de Tropa y Marinería y Reservista Voluntario, Ministerio de Defensa, 2015. Disponible en <http://www.defensa.gob.es/defensa/estadisticas/>

²⁸ Estos datos se refieren al año 2013 y proceden de la Memoria del Observatorio Militar de la Igualdad, publicada por la Secretaria Permanente de Igualdad del Ministerio de Defensa.

²⁹ Observatorio de la Vida Militar, Memoria 2014. El Observatorio se crea en cumplimiento de la Ley Orgánica 5/2005, de la Defensa Nacional, que en la disposición final tercera establece que “*El Gobierno, en el plazo de tres meses, deberá remitir al Congreso de los Diputados un proyecto de ley reguladora de los derechos fundamentales de los militares profesionales, que incluirá la creación del Observatorio de la vida militar*”. Igualmente la Ley 39/2007, de la Carrera Militar, en su exposición de motivos, también señala que “*La actualización del régimen del personal militar se completará por medio de una ley orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. En ella se incluirá, según las previsiones de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional, la creación del Observatorio de la vida militar*”. La documentación consta en: <http://www.observatoriodelavidamilitar.es/index.html>

mente sea de índole económica: la activación supone un coste, ya sea para formación o para desempeñar un trabajo específico, pues cualquiera de las dos opciones implica el abono de unos salarios de acuerdo con la categoría profesional que el interesado ostenta una vez es activado”.

Como se puede apreciar, las expectativas iniciales de crear un gran cuerpo de reserva, a semejanza del que existe en otros países de la Unión Europea, no se han cumplido. La crisis económica ha frenado la posibilidad de formar y activar reservistas: la preparación y equipamiento resulta cara en relación con los servicios que efectivamente pueden prestarse. Los Ejércitos activan a profesionales ya cualificados, singularmente médicos, ingenieros y abogados, y suelen ser sobre todo oficiales, cuyo desempeño profesional puede compensar el coste de la formación y la activación³⁰.

A este dato se ha sumado otro, las dificultades en el sistema para la caracterización jurídica de la reserva durante el período en que no existe activación, como se describirá ahora. Si bien es sencilla la definición del estatus del reservista en formación o el reservista activado en relación con los Ejércitos, no lo es tanto la definición del estatus del reservista en situación de disponibilidad o el reservista activado en relación con el puesto de trabajo o profesión que desempeña durante la mayor parte de su tiempo y del que proceden los ingresos de su forma de vida principal.

En el caso de los reservistas que son empleados por cuenta ajena la activación supone necesariamente la ausencia temporal del puesto de trabajo que el reservista desempeña en su vida civil, con los inconvenientes y dificultades que para su empleador³¹ supone esta ausencia³². Consciente de esta circunstancia y para facilitar a los españoles la prestación de estos servicios en las Fuerzas Armadas, la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, ha previsto en su artículo 135 que el Ministerio de De-

³⁰ En este sentido, Deudero Mayans, Antonio, *El alistamiento voluntario a tiempo parcial*, Revista General de Marina, tomo 256, julio de 2009.

³¹ Cuentan con reservistas en sus plantillas Iberia, Telefónica, Citibank, BBVA, JP Morgan, Goldman Sachs, AENA, Prosegur, Banco Santander y Sportec, entre otras.

³² Los datos estadísticos demuestran que para el 72 por ciento de los reservistas estar o permanecer en la reserva supone un sacrificio de tiempo o de dinero y el 90 por ciento de las activaciones se producen durante las vacaciones. El 96 de los reservistas cree que la sociedad ignora su labor. Véase Quesada González, José Miguel, *op. cit.* A pesar de todo, valoran la experiencia como positiva y querrían seguir en la reserva, según los datos que proceden de *El Observatorio de las Fuerzas de Reserva Militar*.

fensa colaborará con las Administraciones Públicas y las entidades empresariales para facilitar el desarrollo del modelo de reservistas voluntarios, su formación e incorporación, en su caso, a las Fuerzas Armadas. Y en el mismo sentido, el Reglamento de Reservistas habilita medidas de apoyo a los empleadores de reservistas, y dispone en el artículo 6 que el Ministerio de Defensa promoverá el establecimiento de convenios con empleadores privados y públicos y con agentes sociales y facilitara a todos ellos la información necesaria sobre el sistema.

Por otra parte, se prevé que cuenten con la totalidad de sus derechos de carácter laboral. En este sentido, el artículo 44 del Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, dispone:

“Artículo 44. Derechos de carácter laboral y de seguridad social.

1. Los reservistas voluntarios tendrán los derechos de carácter laboral y de seguridad social contemplados en el artículo 134 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, en los términos previstos en el artículo 20 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo³³ (...).”

De lo expuesto se desprende que si bien el reservista puede ser considerado a todos los efectos como un militar profesional durante el tiempo de su activación vuelve a su actividad ordinaria durante los periodos en que no está activado³⁴, es decir, mientras permanece en situación de disponibilidad.

³³ El artículo 20 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, disponía que quedarían incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social de los funcionarios públicos y el resto del personal de nuevo ingreso a partir del 1 de enero de 2011. Este artículo ha sido derogado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y su contenido consta ahora en la disposición adicional tercera de este texto refundido. Es decir, el personal de nuevo ingreso se incorpora a la Seguridad Social.

³⁴ Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo.

“Artículo 31. Situación de disponibilidad.

Los reservistas voluntarios permanecerán en la situación de disponibilidad conforme a lo establecido en el artículo 4. Las Subdelegaciones de Defensa contactarán periódicamente con los reservistas voluntarios para mantener actualizada la información sobre su disponibilidad. A tal efecto, los reservistas voluntarios deberán comunicar todos los cambios de domicilio, en el plazo de un mes a partir de la fecha de la realización del traslado, por escrito o medios electrónicos”.

En su momento, para facilitar a los españoles varones el cumplimiento del servicio militar obligatorio se había previsto que el cumplimiento de esta prestación personal pública constituía causa de suspensión en la prestación del contrato de trabajo y causa suficiente para la reserva del puesto de trabajo. En efecto, la Ley 55/1968, de 27 de julio, General del Servicio Militar³⁵, disponía en sus artículos primero y séptimo:

“Artículo primero.

El Servicio Militar es un honor y un deber inexcusable que alcanza a todos los españoles varones que reúnan condiciones de edad y aptitud psicofísica. Es, a su vez, un instrumento para la formación espiritual, física y cultural y para la promoción social de la juventud española.

No podrán concederse más exenciones o reducciones del Servicio Militar activo que las previstas en esta Ley, ni siquiera con ocasión de los indultos a que puedan acogerse los prófugos”.

“Artículo séptimo.

Durante todo el tiempo de permanencia en filas cumpliendo el servicio obligatorio se tendrá derecho a la reserva del puesto de trabajo que se desempeñaba, pasando a

³⁵ En semejantes términos, aunque con menos ardor, se expresaba la Ley 19/1984, de 8 de julio, del Servicio Militar, que disponía:

“Artículo primero.

1. Los españoles, de acuerdo con la Constitución, tienen el derecho y el deber de defender a España.

2. El Servicio Militar en las Fuerzas Armadas constituye una prestación personal fundamental de los españoles a la Defensa Nacional.

3. Su cumplimiento se ajustará a lo establecido en la presente Ley, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y demás disposiciones que se dicten en su desarrollo”.

“Artículo quinto.

1. Tanto en el período de Servicio en Filas, del servicio obligatorio, como en los supuestos de las medidas tercera y cuarta del artículo sexto, 2, se tendrá derecho a la reserva del puesto de trabajo que se desempeñaba, pasando a la situación que prevea la legislación laboral aplicable en cada momento.

La suspensión del contrato de trabajo por Servicio Militar será considerada, a efectos de la acción protectora derivada de la Seguridad Social y con el alcance y condiciones que reglamentariamente se establezcan, como situación asimilada a la de alta.

2. Asimismo, los Centros de Enseñanza estarán obligados a reservar las plazas de los estudiantes que fueran llamados a cumplir el Servicio en Filas o en los supuestos de las medidas 3 y 4 del apartado 2 del artículo 6.

3. Los mismos derechos alcanzarán también al voluntariado normal y al voluntariado especial durante el primer compromiso siempre que este último no supere los dieciocho meses, y a los comprendidos en el apartado d) del artículo 2 durante el tiempo que tengan que permanecer en filas para su formación y prácticas.

4. Los funcionarios públicos pasarán a la situación administrativa establecida en su régimen estatutario”.

la situación que prevea la reglamentación, ordenanza o convenio laboral correspondiente y con los derechos reconocidos en la legislación social.

Los funcionarios civiles del Estado y los de Entidades Locales o Autónomas pasarán a la situación que prevea su legislación específica.

Los derechos reconocidos en este artículo alcanzarán también al voluntariado normal durante el primer compromiso y a los comprendidos en el apartado c) del artículo cuarto durante el tiempo que tengan que permanecer en filas para su formación y prácticas”.

Y de forma coherente el Estatuto de los Trabajadores, en las versiones anteriores a la actualmente vigente, incluía expresamente en su artículo 45 estas situaciones derivadas del cumplimiento de un deber público, es decir, el cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria. Así lo expresaba el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 45³⁶.

A diferencia de lo que ocurría con esta forma de contribución a la defensa nacional, la prestación del servicio de reservista no está prevista expresamente en el Estatuto de los Trabajadores como causa de suspensión del contrato de trabajo. El vigente artículo 45 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores regula las causas y efectos de la suspensión del contrato de trabajo sin referencia específica a la prestación del servicio como reservista, ausencia que cubre en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, que dispone en su artículo 134:

“Artículo 134 Derechos de carácter laboral y de seguridad social de los reservistas voluntarios

1. Los reservistas voluntarios y los aspirantes a adquirir tal condición, en el supuesto de que fueran trabajadores por cuenta ajena, tendrán los siguientes derechos:

a) Los periodos de formación militar, básica y específica, y de formación continuada a que se refiere el artículo 127 tendrán la consideración de permisos retribuidos, previo acuerdo con la empresa.

³⁶ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

“Artículo 45. Causas y efectos de la suspensión.

1. El contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas:

a) Mutuo acuerdo de las partes.

b) Las consignadas válidamente en el contrato.

(...)

e) Cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria.

f) Ejercicio de cargo público representativo.

(...)

2. La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo”.

b) La activación de los reservistas para prestar servicios en unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa, previstos en el artículo 123, se considerará, también previo acuerdo con la empresa, causa de suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y cómputo de antigüedad (...)”.

Como se aprecia la redacción del precepto no resulta muy clara y ha sido criticada por la doctrina³⁷. Se ha propugnado una interpretación a tenor de la cual tanto los permisos retribuidos como la suspensión del contrato resultan de obligatoria aceptación para la empresa, de manera que el acuerdo se limitaría a la determinación del momento concreto en que el reservista puede acogerse a este régimen, pactado en relación con las necesidades del empleador. Ese acuerdo podría proceder bien de la negociación colectiva o bien de un pacto individual (artículo 45.1 apartados a) y b) del Estatuto de los Trabajadores) Se sostiene que si dependiera de la libre voluntad del empleador este preferiría siempre no otorgar el permiso retribuido, ignorar la reserva de plaza o no conceder la suspensión del contrato, de manera que la voluntad de la Ley quedaría frustrada³⁸.

A estas razones cabe sumar un argumento: la interpretación basada en criterios analógicos e históricos, ya que la suspensión del contrato de trabajo en razón de la prestación del servicio militar se consideró como un deber para el empresario y un derecho para el trabajador, en relación con el deber constitucional de defender a España. Y en el mismo sentido el argumento analógico apoya la posibilidad de que al reservista convocado para su período de formación le sea conferido un permiso retribuido, del mismo modo que a los ciudadanos convocados para formar parte de un Jurado o seleccionados para una mesa electoral, es decir, dos casos de ejercicio privado de funciones públicas. En este caso, la prestación del servicio como reservista militar parece suponer, a tenor de las circunstancias descritas, el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal³⁹.

³⁷ Moreno González Aller, Ignacio, *El Derecho del Trabajo en tiempos de guerra*, Tribuna El Derecho, agosto de 2016, critica esta redacción y sus consecuencias.

³⁸ Apuntes Formativos para un Reservista Voluntario: La nueva protección laboral del reservista voluntario.

<http://cior.blogspot.com.es/2008/04/la-nueva-proteccion-laboral-del.html>

³⁹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores:

“Artículo 37. Descanso semanal, fiestas y permisos.

(...)

Es cierto que esta interpretación resulta algo forzada, al menos en lo que pudiera suponer una exigencia o derecho por parte del trabajador, pero lo cierto es que los términos literales del artículo 44.4 del Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, deberían ser interpretados de este modo ya que en caso contrario no podría ser activado ninguno de los reservistas. El precepto dispone que *“cuando el reservista voluntario deba ausentarse de su puesto de trabajo por haber sido citado para su activación, la Subdelegación de Defensa de la que depende, con su consentimiento, comunicará tal circunstancia a su empleador. La referida comunicación la realizará, al menos, con quince días de antelación y hará saber los derechos laborales que asisten al reservista voluntario y al propio empleador”*, de modo que a esta comunicación habrá de seguir una suspensión del contrato de trabajo.

No obstante, en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 26 de mayo de 2009, se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina presentado por Alternativa Sindical de Trabajadores y otros sindicatos contra la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2008. Los sindicatos solicitaron de la empresa, Telefónica de España, S.A.U. que los permisos relacionados con los aspirantes a reservistas y los ya nombrados fueran considerados permisos retribuidos⁴⁰. La solicitud se enmarcaba en un conflicto colectivo ya que estos permisos suponen la posibilidad de cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal. Se justificaba la pretensión en

3. El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:

a) Quince días naturales en caso de matrimonio.

(...)

d) Por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Cuando conste en una norma legal o convencional un periodo determinado, se estará a lo que esta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica”

Cuando el cumplimiento del deber antes referido suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del veinte por ciento de las horas laborables en un periodo de tres meses, podrá la empresa pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia regulada en el artículo 46.1.

En el supuesto de que el trabajador, por cumplimiento del deber o desempeño del cargo, perciba una indemnización, se descontará el importe de la misma del salario a que tuviera derecho en la empresa.

(...).”

⁴⁰ No queda claro, en modo alguno, si se referían a los periodos de formación o de activación. O quizá a los dos casos. Puede que esta indeterminación fuera una de las causas por las que la tesis no prosperó.

el artículo 134 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre y se alegaba, entre otras razones, que los permisos conferidos a quienes obtuvieran, mediante elecciones a las que se presentan voluntariamente, el carácter de representantes sindicales, son permisos retribuidos. El Tribunal Supremo estimó que el carácter retribuido o no del permiso se condiciona por la Ley al previo acuerdo con la empresa. La Sala coincide en el acierto de los argumentos, particularmente en lo que afecta al desempeño de funciones sindicales, pero no llega a suscitarse una duda razonable que justifique el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, como se había solicitado. El derecho es un derecho de configuración legal, añade el Tribunal Supremo, y el legislador ha optado por regularlo en estos términos.

Podría decirse que el Tribunal Supremo no ha valorado correctamente los parámetros de la cuestión: si resulta de interés general que los representantes de los sindicatos desempeñen su labor debería ser, con más razón, considerado de interés general el servicio a la defensa de España.

Como era de prever la situación de los funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas ofrece más posibilidades para el cumplimiento del deber de defender a España. Así lo dispone el artículo 134.2 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, que determina que su situación será la de permiso en el caso de los aspirantes (por remisión al artículo 48 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público) y servicios especiales en el caso de los reservistas activados.

El artículo 48 del texto citado regula los permisos por fallecimiento, accidentes, traslados y otros varios supuestos incluyendo el permiso “*por tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral*” (apartado j), pero no todos ellos son permisos retribuidos. Las mismas razones que avalaron la argumentación anterior habrán de servir en este caso, en cuanto estamos ante el cumplimiento de un inexcusable deber de carácter público.

Y por lo que se refiere a los funcionarios públicos en activo la norma dispone, como se ha expresado, que el funcionario pase a la situación de servicios especiales, regulada expresamente en el apartado 1) del artículo 87 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que concede el derecho a esta situación a los servidores públicos “*cuando sean activados como reservistas voluntarios para prestar servicios en las Fuerzas Armadas*”.

Finalmente, procede una referencia a los trabajadores por cuenta propia activados como reservistas. Aun cuando las asociaciones de reservistas instaron una regulación del estatuto del trabajador por cuenta propia en el marco de la reserva lo cierto es que no existe previsión en la materia. El Consejo de Estado se refirió a este extremo en su Dictamen 2237/2010, de 16 de diciembre de 2010⁴¹, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas, que luego fue el Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, señalando que entre las observaciones y sugerencias que finalmente no se habían incluido en el proyecto se encontraba: “*la propuesta relativa a la mención, no solo de los empleadores de los reservistas, sino también del reservista autónomo, en la disposición adicional única del real decreto y en el artículo 44.7 del reglamento*”.

En el mismo sentido se expresan algunos autores⁴² reivindicando para los reservistas que trabajan como autónomos un estatuto semejante a aquel del que disfrutaban los funcionarios públicos y que les permite compatibilizar su actividad y el servicio a España. Como ya se ha señalado son muchos los casos en los que profesionales liberales, bien cualificados, acceden a la reserva, de modo que parece oportuna una previsión normativa sobre el caso⁴³.

2.4. El régimen indemnizatorio y retributivo

Ya se han citado los preceptos aplicables a este régimen y su descripción general se encuentra en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, que dispone que en los períodos de formación militar, básica y específica, y de formación continuada, los aspirantes y los reservistas seguirán adscritos al régimen de seguridad social al que pertenecieran, compensando el Ministerio de Defensa de las cotizaciones correspondientes al empleador. Los que al incorporarse no estuvieren adscritos a ningún Régimen de la Seguridad

⁴¹ Dictamen 2237/2010, de 16 de diciembre de 2010, Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas. Disponible en www.consejo-estado.es y en www.boe.es

⁴² Deudero Mayans, Antonio, *El alistamiento voluntario a tiempo parcial*, Revista General de Marina, tomo 256, julio de 2009.

⁴³ Los reservistas voluntarios incorporados gozan, según el artículo 44 del Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, del derecho a reserva de plaza en el centro donde cursaran sus estudios.

Social, se adscribirán al Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas⁴⁴.

Y añade el artículo 134 que en el supuesto de que estuvieren percibiendo la prestación o el subsidio por desempleo en el momento de su incorporación para recibir la formación, seguirán percibiendo dicha prestación o subsidio, salvo que, por aplicación de los artículos 215.3 y 219.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio⁴⁵, proceda la suspensión del subsidio o de la prestación, afirmación compatible con la que en el mismo artículo dispone que la activación de los reservistas para prestar servicios en las Fuerzas Armadas se considerará causa de suspensión o extinción de la prestación o del subsidio por desempleo, conforme a lo establecido, respectivamente, en los artículos 212.1.d) y 213.1.d) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, es decir, la activación se considera a estos efectos como prestación de un trabajo por cuenta ajena.

De ello se desprende que la indemnización que corresponde durante los periodos de formación es considerada indemnización por razón de servicio y compatible con el subsidio de desempleo⁴⁶. Como ya se expresó, durante los períodos de formación los reservistas perciben una indemnización o compensación económica y durante los períodos de activación para el servicio compensaciones o retribuciones semejantes a las que reciben los militares profesionales⁴⁷, de modo que la prestación de servicios durante la activación determina la suspensión del subsidio por desempleo.

⁴⁴ Aunque debe tenerse en cuenta que el artículo 20 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, disponía que quedarían incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social de los funcionarios públicos y el resto del personal de nuevo ingreso a partir del 1 de enero de 2011.

⁴⁵ Los preceptos se refieren a los beneficiarios de los subsidios asistenciales por desempleo, previstos *para mayores de 55 años sin ingresos ni derecho a prestación*.

⁴⁶ *El artículo 7 del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, regula las comisiones derivadas de la asistencia a cursos convocados por la Administración.*

⁴⁷ Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar.

“Artículo 132 Régimen de personal de los reservistas voluntarios

1. Los reservistas voluntarios tendrán condición militar siempre que se les active para incorporarse a las Fuerzas Armadas, debiendo cumplir las reglas de comportamiento del militar y estando sujetos a las leyes penales y disciplinarias militares. Su régimen, incluido el retributivo, se determinará reglamentariamente.

3. EL ESTATUS DE LOS ABOGADOS ADSCRITOS A LOS SERVICIOS DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

3.1. *La configuración de la Asistencia Jurídica Gratuita como servicio público: el derecho a la tutela judicial efectiva*

En otros informes emitidos por la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española se ha estudiado el régimen jurídico propio del sistema de asistencia jurídica gratuita y su relación con la configuración constitucional del derecho de defensa⁴⁸. Como en el caso de la reserva voluntaria no pretende este informe un estudio completo del asunto, de modo que bastará con unos trazos para centrar el tema de la posible compatibilidad entre la prestación de servicios de asistencia jurídica gratuita y el desempeño de las tareas propias del servicio a los Ejércitos.

La asistencia jurídica gratuita se configura hoy en España como un servicio público o, con mayor precisión, un servicio de interés público. Para comprender la configuración del derecho es preciso partir de la Constitución, que en el artículo 119 dispone:

“Artículo 119. La justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”.

2. Cuando la activación sea para llevar a cabo alguno de los programas de formación continuada establecidos en el artículo 127.2, recibirán las compensaciones económicas que reglamentariamente se determinen”.

⁴⁸ El Consejo General de la Abogacía Española publica los informes de la Comisión Jurídica desde el año 2011 y muchos de ellos se refieren a aspectos relacionados con el derecho de defensa, el turno de oficio y la asistencia jurídica gratuita. Véanse, por poner algunos ejemplos, el Informe 4/2013, “*La memoria del análisis de impacto normativo de la Ley Tasas*”, y el Informe 7/2013, “*La organización territorial de la Abogacía Española ante la nueva Ley de Servicios y Colegios Profesionales*”, en Informes de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española, 2013, Abogacía Española y Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014. También el Informe 6/2015, “*Regulación de la ley de habeas corpus y preceptividad de intervención letrada*”, en Informes de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española, 2015, pág. 51 y ss., Abogacía Española y Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, y el Informe 10/2014, “*Funciones que se atribuyen a los Colegios Profesionales y Consejos de Colegios en el anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales*”, en Informes de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española, 2014, pág. 81 y ss., Abogacía Española y Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015. Todos ellos pueden consultarse en www.abogacia.es

Esta previsión se encuentra en directa relación y resulta coherente con los derechos otorgados a los ciudadanos por los artículos 24 y 25, pilares básicos del Estado Social y Democrático de Derecho, y ha sido objeto de desarrollo por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁴⁹ y la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, que desjudicializa el sistema, antes procesal, y encomienda el ejercicio de la actividad administrativa a los Colegios profesionales.

En principio, lo cierto es que la asistencia jurídica gratuita no aparece en nuestra Constitución como un derecho fundamental reconocido a los ciudadanos. Parecería, por tanto, que su protección no se sujeta a lo previsto en el artículo 53 de la Constitución y que su reconocimiento no es objeto de especial atención por los poderes públicos. Sin embargo, los términos en que las Leyes y la jurisprudencia se expresan asemejan su configuración a la de estos derechos fundamentales y, en particular, el Tribunal Constitucional ha aceptado la vía del recurso de amparo como oportuna para proteger las vulneraciones de este derecho en cuanto pudieran causar indefensión. Quizá la causa de este olvido del constituyente, exhaustivo en lo que se refiere a los derechos fundamentales, pudo ser la trabajosa tarea de configuración del derecho y del servicio que le proporciona efectividad⁵⁰.

⁴⁹ En su artículo 20 la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone:

“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”.

Por otra parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial dedica el Título II del libro VII a los abogados y procuradores, define sus funciones y competencias, y establece:

“Artículo 545.

1. Salvo que la ley disponga otra cosa, las partes podrán designar libremente a sus representantes y defensores entre los procuradores y abogados que reúnan los requisitos exigidos por las leyes.

2. Se designarán de oficio, con arreglo a lo que en aquellas se establezca, a quien lo solicite o se niegue a nombrarlos, siendo preceptiva su intervención. La defensa de oficio tendrá carácter gratuito para quien acredite insuficiencia de recursos para litigar en los términos que establezca la ley.

3. (...).”

“Artículo 546.

1. Es obligación de los poderes públicos garantizar la defensa y la asistencia de abogado, en los términos establecidos en la Constitución y en las leyes (...).”

⁵⁰ Collado Martínez, Rosa María, *La asistencia jurídica gratuita en el Estado social*, Abogados, Revista del Consejo General de la Abogacía, número 83, diciembre de 2013, págs. 9 y 10, Madrid 2013.

En todo caso, lo esencial es que el derecho a la asistencia jurídica gratuita, que inicialmente carece del estatuto propio de los derechos fundamentales, lo alcanza en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵¹ a través de su conexión con el artículo 24 de la Constitución. Así lo ha entendido también el Consejo de Estado en su Dictamen 1059/2013, de 19 de diciembre de 2013, del Consejo de Estado en Pleno, sobre el expediente relativo al anteproyecto⁵² de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita⁵³. Y en el mismo sentido se ha expresado⁵⁴ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁵.

De este modo la declaración constitucional sobre la justicia gratuita del artículo 119 de la Constitución se transforma en “*un sistema de justicia gratuita que de efectividad al derecho*”, sistema que supone un marco constitucional relacionado con los derechos reconocidos en el artículo 24 y que incluye determinadas prestaciones por parte del Estado, de manera que

⁵¹ Excede de los márgenes de este informe un estudio completo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Baste la referencia a las tres Sentencias capitales, la Sentencia 16/1994, de 17 de febrero de 1994, la Sentencia 95/2003, de 10 de junio de 2003, y la Sentencia 12/1998, de 15 de enero de 1998. Tampoco cabe un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con las tasas judiciales en cuanto puedan vincularse con la financiación del servicio público de la justicia o el servicio público de la asistencia jurídica gratuita. La línea general se encuentra en la Sentencia 141/1988, de 12 de julio.

⁵² El 11 de julio de 2012 el Ministerio de Justicia presentó un borrador inicial de la nueva Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. El Dictamen del Consejo Económico y Social se formuló el 20 de marzo de 2013 y el del Consejo General del Poder Judicial el 21 de marzo de 2013. Tras un último trámite en el Consejo de Estado, que aprobó en Pleno el Dictamen 1059/2013, de 19 de diciembre de 2013, el anteproyecto fue aprobado en Consejo de Ministros el 11 de enero de 2013. El proyecto caducó en noviembre de 2015.

⁵³ Puede consultarse en www.consejo-estado.es

⁵⁴ Arangüena Fanego, Carlos, *Exigencias en relación con el derecho de defensa: el derecho a la autodefensa, a la defensa técnica y a la asistencia jurídica gratuita*, en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coor.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed, Madrid, 2009.

⁵⁵ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conectado el derecho a la asistencia jurídica gratuita con el menoscabo real y efectivo del derecho de defensa, en doctrina consagrada en las Sentencias de 9 de octubre de 1979 (caso Airey) 25 de abril de 1983 (caso Pakelli) y 13 de mayo de 1980 (caso Artico). La garantía de esta asistencia jurídica gratuita no se cubre con un simple nombramiento o designación de un defensor, es precisa una actividad positiva del estado que garantice efectivamente esta asistencia, de modo que esta “*efectividad del derecho*” guarda directa relación con la igualdad de las partes en el proceso.

queda deferida al legislador ordinario la configuración de este derecho, de carácter prestacional

3.2. *Los Colegios de Abogados y la organización del servicio*

Como dispone la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, los Consejos Generales de la Abogacía Española y de Procuradores de los Tribunales de España regularán y organizarán los servicios de asistencia letrada y de defensa y representación gratuitas, garantizando, en todo caso, su prestación continuada y atendiendo a criterios de funcionalidad y de eficiencia en la aplicación de los fondos públicos puestos a su disposición. Resulta de ello que la organización de los servicios de asistencia jurídica gratuita por parte de los Colegios de Abogados es una obligación establecida por una norma con rango de Ley.

Los términos en los que se expresa esta obligatoriedad son más tajantes en el texto de la proposición de Ley⁵⁶ que en estos momentos se tramita en el Congreso de los Diputados para la modificación de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, que dispone lo siguiente:

“Artículo 1. Objeto de la Ley.

La presente Ley tiene por objeto determinar el contenido y alcance del derecho a la asistencia jurídica gratuita al que se refiere el artículo 119 de la Constitución y regular el procedimiento para su reconocimiento y efectividad.

El servicio de asistencia jurídica gratuita será obligatorio en los términos previstos en esta Ley. Los colegios profesionales podrán organizar el servicio y dispensar al colegiado cuando existan razones que lo justifiquen (...).”

La forma de prestación de los servicios por parte de los abogados inscritos en el turno ha de ser fijada por los Colegios sin que los órganos colegiales puedan alterar las previsiones legales: solo queda aplicar la Ley. Y se atribuye al Consejo General de la Abogacía Española⁵⁷ la aprobación de las directrices generales sobre organización y funcionamiento de los servicios de asistencia letrada de oficio, de modo que le compete, por otra parte, establecer los requisitos generales mínimos de formación y especialización

⁵⁶ La proposición, que puede consultarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie B, Núm. 111-1, de 31 de marzo de 2017, ha sido presentada por el Grupo Parlamentario Popular, el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario Ciudadanos.

⁵⁷ Así se desprende con claridad del artículo 22 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, que impone un mandato de gestión colegial de los servicios de asistencia letrada a los Consejos Generales y los Colegios. en estos términos.

que se exigen a los abogados para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, con objeto de asegurar un nivel de calidad y de competencia profesional que garantice el derecho constitucional a la defensa⁵⁸.

Ya se ha hecho constar que la obligación asumida por el Estado no supone necesariamente la organización de un servicio público en el sentido más clásico del término, es decir, prestado a través de un organismo o ente público servido por funcionarios. Pero de los datos normativos se desprende que la organización del sistema puede calificarse como un auténtico servicio público cuya organización se encomienda a las Corporaciones citadas, en el sentido en que lo expresan tanto el Consejo de Estado⁵⁹ como el Tribunal Constitucional⁶⁰. Para una mayor precisión en la calificación de este servicio público sería preciso remitirlo a la categoría doctrinal de servicio de interés público, en cuanto la actividad está sometida a un régimen jurídico administrativo especial y forma parte de un régimen de acción concertada con la Administración Corporativa⁶¹.

De estos datos se han de extraer varias consecuencias. En primer lugar es preciso destacar que la decisión del legislador estatal sobre la forma de gestión del servicio excluye cualquier otra forma posible de gestión del sistema y aleja el servicio de los objetos típicos de las figuras contractuales⁶². Por otra parte, la forma de prestación del servicio público ha de ser defi-

⁵⁸ En todo caso han de reunir para su adscripción al servicio, como mínimo, los requisitos previstos en la Orden Ministerial de 3 de junio de 1997, por la que se establecen los requisitos generales mínimos de formación y especialización para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, que se suman a los previstos en la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.

⁵⁹ Dictamen del Consejo de Estado 2888/1996, de 30 de julio de 1996, y Dictamen 2939/2001, de 11 de noviembre de 2001, sobre el proyecto de Real Decreto que modifica Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2001, de 5 de abril.

⁶¹ Villar Palasí, José Luis, y Villar Ezcurra, José Luis, *Servicio público y técnicas de conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, y Garrido Falla, Fernando, *El modelo económico de la Constitución Española y la revisión del concepto de servicio público*, REDA 29, Madrid, 1981.

⁶² El servicio ha de ser prestado necesariamente por abogados y procuradores encuadrados en sus Colegios, de modo que no pueden ser objeto típico de alguno de los contratos regulados por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. La directa relación entre la tutela judicial efectiva y la asistencia jurídica gratuita como derecho de configuración legal determina que la decisión legislativa se ampare en los títulos competenciales de Administración de Justicia y

nida por el legislador y los poderes públicos competentes y no por los Colegios de Abogados, que responden de la continuidad y regularidad en la prestación del servicio⁶³. Precisamente por esta razón los Colegios han de establecer sistemas de distribución objetiva y equitativa, por turnos, para la designación de los profesionales y corresponde también a los Colegios una función esencial en el análisis de la sostenibilidad de la pretensión. Si bien la organización del servicio se impone como obligación legal a los Colegios, la inscripción en el turno de oficio es y debe ser voluntaria. Este dato, de enorme relevancia, determina que las obligaciones de la Corporación no se traducen de forma automática en la imposición a cada uno de los letrados de una prestación de trabajo personal de carácter forzoso, aun cuando sea posible en algunos casos y bajo circunstancias excepcionales recabar la ayuda de los abogados inscritos para prestar el servicio a los justiciables.

El servicio público así definido tiene como ámbito propio los servicios de asistencia letrada. Y, en razón de la gestión de caudales públicos los Colegios profesionales están sujetos a las obligaciones impuestas por la Ley General de Subvenciones⁶⁴, incluida la obligación de verificar que la asistencia jurídica se desempeña con las garantías y con la profesionalidad prevista por la Ley.

3.3. Los abogados: el ejercicio privado de funciones públicas y el desempeño del Turno de Oficio

En este informe se sostiene la tesis de que la asistencia jurídica gratuita puede ser considerada un servicio público. Los Colegios de Abogados y Procuradores son, por mandato legal, las Corporaciones que han de orga-

Legislación Procesal, de modo que las Comunidades Autónomas no tienen competencia para optar por otra forma de organización del servicio.

⁶³ De forma coherente, los Colegios de Abogados responden de la prestación del servicio. Por una parte, existe un sistema de responsabilidad patrimonial que se remite al general de las Administraciones por el mal funcionamiento de los servicios públicos. Así se expresa el Dictamen del Consejo de Estado 814/2002, de 27 de junio de 2002, en expediente de responsabilidad patrimonial promovido contra el Colegio abogados de Valladolid.

⁶⁴ Así se prevé en el artículo 39 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, que establece que: “*Los Consejos Generales y los Colegios, en cuanto entidades colaboradoras para la gestión de la subvención, estarán sometidos a las obligaciones establecidas para dichos sujetos por la Ley General Presupuestaria*”. Se habrá de tener en cuenta, sin embargo, que como tal subvención presenta algunas características peculiares, entre ellas que la cuantía no está inicialmente cerrada.

nizar el sistema de asistencia jurídica gratuita, como dispone la Ley. Resulta claro que la prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita es una de esas tareas de carácter eminentemente público que justifican la existencia de los Colegios de Abogados.

Analizada hasta ahora la cuestión en los términos expuestos, parece igualmente posible concluir que el desempeño de sus tareas profesionales en el turno de oficio por parte de todos y cada uno de los abogados adscritos a él puede ser calificado como una forma de ejercicio privado de funciones públicas⁶⁵, a diferencia de la calificación que merece el trabajo profesional habitual de los abogados como profesionales liberales, durante el desempeño de las tareas propias de asesoramiento y representación de sus clientes. Así lo entiende también Santamaría Pastor que estima que a su principal actividad privada, va aneja una función pública en el caso de la intervención de los abogados como defensores en el turno de oficio⁶⁶.

Con carácter general, la actividad en qué consiste el desempeño de la profesión de abogado puede ser considerada como prestación de servicios⁶⁷ profesionales⁶⁸. Sin embargo, esta consideración no puede ser trasladada de forma automática al desempeño de las tareas que supone el ejercicio del turno de oficio. Parece oportuno, por tanto, examinar las normas aplicables a una y otra actividad a los efectos de marcar las diferencias entre ellas.

En el primer caso se habrán de tener en cuenta la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la Ley 17/2009, de 23 de no-

⁶⁵ Sainz Moreno, Fernando, *El ejercicio privado de funciones públicas*, RAP 100-102, Madrid, 1983.

⁶⁶ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, I, 2ª ed. IUSTEL, Madrid, 2009.

⁶⁷ El concepto lo fija la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio:

“Artículo 3. Definiciones.

A los efectos de esta Ley se entenderá por:

1. *Servicio: cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado de la Comunidad Europea.*

(...)

13. *Profesión regulada: la actividad o conjunto de actividades profesionales, cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio estén subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales”.*

⁶⁸ Ciarreta Antuñano, Aitor, y otros, *El estado de la competencia en las profesiones de abogado y procurador*, Civitas, 2010, Madrid.

viembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, en la redacción que resulta de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

Con estos datos normativos, la prestación de servicios profesionales por parte de los abogados tiene una serie de características:

- Se exige su colegiación en alguno de los Colegios de Abogados, previo cumplimiento de los requisitos legales, tanto académicos como de acceso a la profesión. La sujeción de las profesiones colegiadas a las normas en materia de defensa de la competencia está establecida por Ley, de modo que no existen restricciones en el acceso al mercado por razón del ámbito territorial de los colegios. Por decirlo de otro modo, la existencia de varios Colegios profesionales con distintas circunscripciones no determina la “territorialización” del mercado de servicios. Así lo reconoce la propia Comisión Nacional de la Competencia⁶⁹ en su informe de 2012 relativo los Colegios Profesionales.
- Los abogados operan en un mercado libre, de modo que pueden, con entera libertad, aceptar o no un encargo profesional y desligarse de sus clientes, en razón de lo dispuesto en los artículos 26.1 y 42 del Estatuto General de la Abogacía Española⁷⁰.
- En cuanto al precio, los abogados perciben de sus clientes la retribución que corresponda, libremente pactada. Se ha de recordar que

⁶⁹ La Comisión Nacional de la Competencia así lo señaló en su Informe sobre Informe sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva de Servicios. Este informe se hizo público en 2012. Puede consultarse en www.cnc.es

⁷⁰ El Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, describe de este modo la profesión:

“Artículo 1.

1. La abogacía es una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de derechos e intereses públicos o privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la Justicia (...).”

el artículo 14 de la Ley de Colegios Profesionales prohíbe de forma tajante establecer baremos o recomendaciones sobre esta materia.

- Finalmente, en cuanto a su responsabilidad el régimen aplicable se centra en su responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia.

En el segundo caso, en el turno, las normas aplicables a la prestación de servicios son de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Estatuto General de la Abogacía Española y la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, que obliga a los Colegios a distribuir los asuntos por turno (artículo 24) y a garantizar la formación de los abogados adscritos al servicio (artículo 25). Se establece, además, la obligación de los abogados de asumir el encargo profesional (artículo 31), sin que sea relevante en este caso su libre voluntad.

De este modo, y a diferencia de lo expuesto, las actividades que incluye el desempeño profesional de la Abogacía en el marco del turno de oficio se caracterizan por estas notas:

- Para el desempeño de las tareas del turno de oficio no basta con la colegiación, es preciso cumplir requisitos adicionales de capacitación y superar los cursos de especialización en la materia para ser adscrito al turno de oficio o a los turnos especializados.
- En cuanto a la obligación de prestar el servicio se ha de destacar que los Abogados tienen la obligación de atender a los solicitantes que reúnan los requisitos fijados por las normas en materia de justicia gratuita. Como se ha expuesto, no se trata de un libre pacto entre el cliente y el abogado sino de una designación que procede, bien de una organización administrativa, bien del propio Juez del proceso que puede considerar necesaria la presencia de un abogado de oficio.
- Por lo que se refiere a la retribución, no se corresponde con un precio fijado libremente por el abogado y su cliente. Antes al contrario, la compensación se produce mediante la percepción de una indemnización, pagada a costa del presupuesto del Estado o de la Comunidad Autónoma competente, que tiene desde el punto de vista presupuestario carácter de subvención. Estas indemnizaciones,

que no tienen carácter retributivo⁷¹, se determinan por baremos en cuya fijación no intervienen los abogados ni los Colegios⁷².

- Y, finalmente, el sistema de responsabilidad por la prestación de los servicios tiene, con respecto a los Colegios, los caracteres propios de un sistema de responsabilidad patrimonial que se remite al general de las Administraciones públicas por el funcionamiento de los servicios.

Como se aprecia por la comparación de estos aspectos, poco tiene que ver la prestación de servicios profesionales de los abogados en un mercado libre con el desempeño de las tareas públicas que se insertan en el sistema de la asistencia jurídica gratuita. El único vínculo en común se encuentra en la actividad intelectual de “*asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados*” y se justifica porque la decisión del legislador estatal de encomendar la gestión del servicio a los Colegios de Abogados tiene su fundamento en la necesidad de adscribir al servicio a los abogados que se encuadran en los Colegios, ya que resultan ser los profesionales idóneos y cualificados para el desempeño de esta específica función pública. La prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita por los abogados adscritos al turno puede ser calificada como un supuesto de ejercicio privado de funciones públicas y el abogado se adscribe así a un régimen jurídico administrativo especial que incluye, entre otros extremos, la fijación de límites a las posibilidades de cesar en el desempeño de la función.

En este sentido ha de entenderse que la designación para el turno de oficio supone el acto mediante el cual se apodera al abogado para el ejercicio de esta función pública. La más reciente jurisprudencia, que distingue con claridad representación y designación, así lo avala.

Y de lo expuesto se desprende que la vinculación del abogado en particular al sistema supone, mediante su adscripción voluntaria, una serie de obligaciones y deberes. Ya que la forma de prestación del servicio público ha sido definida por los poderes públicos y encomendada a los Colegios,

⁷¹ El concepto de indemnización es la base de la reforma de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita en tramitación. El problema concreto que ha determinado la necesidad de la reforma es un asunto tributario.

⁷² Buena prueba de ello son los conflictos a que da pie la rebaja de los baremos o la falta de pago puntual de las percepciones. Es una reivindicación constante de la Abogacía que entiende que los servicios prestados no se compensan suficientemente.

el abogado inserto en el servicio ha de someterse al sistema de formación previsto para el acceso, a las normas para la designación de turnos y a la potestad disciplinaria de Colegio en la materia. No le está permitido al Abogado cesar en el desempeño, pero no en razón de los límites de un derecho de huelga del que no es titular, ya que ni es asalariado ni trabaja por cuenta ajena. La razón se encuentra en el régimen jurídico administrativo propio de la actividad de interés público que presta. Así se ha expresado la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/81, de 25 de abril de 1981⁷³.

3.4. Las indemnizaciones que reciben los abogados adscritos al Turno de Oficio

Solo recientemente se ha estudiado el régimen jurídico administrativo del turno de oficio y aún hay muchos aspectos del sistema que no han sido claramente definidos. Entre ellos destaca singularmente la naturaleza de las compensaciones económicas que reciben los abogados adscritos al turno, asunto que merece alguna consideración. En efecto, si estas percepciones fueran consideradas retribuciones por la prestación de servicios quien compatibiliza la reserva voluntaria con la prestación de servicios en el turno de oficio podría, acaso, estar percibiendo dos retribuciones públicas.

La asignación presupuestaria destinada a los profesionales que desempeñan las tareas de asistencia jurídica gratuita aparece por primera vez en la Ley 49/1974, de 19 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1975. En el Real Decreto 118/1986, de 24 de enero, por el que se regula la transferencia de la aportación del Estado para indemnizar las actuaciones de los abogados en el turno de oficio y en materia de asistencia letrada al detenido o preso, se califica la cuantía global como una subvención y el monto que corresponde a cada uno de los abogados en particular como

⁷³ Expone la citada Sentencia: “Aquí radica una muy importante diferencia que separa la huelga constitucionalmente protegida por el art. 28 y lo que en algún momento se ha podido llamar huelga de trabajadores independientes, de autopatrones o de profesionales, que, aunque en un sentido amplio sean trabajadores, no son trabajadores por cuenta ajena ligados por un contrato de trabajo retribuido. La cesación en la actividad de este tipo de personas, si la actividad empresarial o profesional es libre, se podrá realizar sin necesidad de que ninguna norma les conceda ningún derecho, aunque sin perjuicio de las consecuencias que haya que arrostrar por las perturbaciones que se produzcan. Es claro que si se hubiera obtenido de manera expresa una concesión para el desarrollo de un servicio público o si se tratara de actividades de interés público sometidas a un régimen jurídico-administrativo especial, la actividad de cesación puede determinar que se estén violando las exigencias de la concesión o del régimen jurídico-administrativo de que se trate”.

una suerte de indemnización por razón de la prestación del servicio⁷⁴, calificación en modo alguno desvirtúa su naturaleza de subvención, sujeta por tanto a los principios y procedimientos de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. El esquema diseñado por la norma se mantiene en la Ley 1/1996, de 10 de enero, Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, que califica la asignación de subvención por la implantación y prestación de los servicios⁷⁵.

En lo que se refiere a la cantidad que perciben los propios abogados es preciso aclarar que la conclusión más razonable es que tiene carácter meramente indemnizatorio. No puede configurarse como una retribución, en cuanto no pretende abarcar o cubrir todos los aspectos de la prestación, ni puede considerarse un honorario en el sentido jurídico legal. Es un resarcimiento que se recibe tras el desempeño del trabajo y tras la supervisión y tramitación de la certificación aportada⁷⁶ y su régimen jurídico se asemeja a las indemnizaciones por razón de servicios que perciben los empleados públicos, tanto en lo que se refiere a la cuantía (se paga por baremo y en cantidad fija) como por lo que se refiere a la necesidad de justificación documental para poder cobrar el importe.

Es bien cierto que los abogados no son funcionarios públicos pero este sistema de indemnización por baremo se aplica en otros casos en los que tampoco concurre esta condición. Un buen ejemplo lo constituye el Real Decreto 385/1996, de 1 de marzo, por el que se establece el régimen retri-

⁷⁴ *Real Decreto 118/1986, de 24 de enero.*
 “Artículo 8.

1. Los abogados actuantes percibirán la indemnización que corresponda bien por la prestación de servicio, tal y como se define en el artículo anterior, bien por la realización efectiva de cada turno de guardia, en aquellos colegios que lo tuvieran establecido. 2. El importe de la indemnización correspondiente a cada instancia o turno de guardia se fijara por el Consejo General de la Abogacía Española, dividiendo la parte de la subvención global a que se refiere el artículo 7, entre el número total que de aquellos hayan tenido lugar”.

⁷⁵ “Artículo 37. Subvención.

El Ministerio de Justicia e Interior subvencionará, con cargo a sus dotaciones presupuestarias, la implantación y prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita por los Colegios de Abogados y de Procuradores.

El importe de la subvención se aplicará fundamentalmente a retribuir las actuaciones profesionales previstas en los apartados 1 a 3 del artículo 6 de esta Ley, cuando tengan por destinatarios a quienes hayan obtenido el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita”.

⁷⁶ En el Informe anual del Defensor del Pueblo correspondiente al año 1990 se razona en este sentido. Accesible en www.defensordelpueblo.es

butivo e indemnizatorio del desempeño de las funciones del jurado, que desarrolla el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado⁷⁷. Este precepto dispone: “*Retribución y efectos laborales y funcionariales del desempeño de la función de jurado. 1. El desempeño de las funciones de jurado será retribuido e indemnizado en la forma y cuantía que reglamentariamente se determine. 2. El desempeño de la función de jurado tendrá, a los efectos del ordenamiento laboral y funcionarial, la consideración de cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal*”. Y también cabe la cita de la Orden Ministerial de 3 de abril de 1991, por la que se establece el importe de las dietas de los miembros de las Mesas Electorales⁷⁸. En este caso concreto, el importe de las dietas⁷⁹ de los miembros de las Mesas Electorales se ha vinculado en la cuantía a las que percibiera, como manutención, el personal al servicio de la Administración del Estado encuadrado en el Grupo I del anexo I del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio.

Hay algún dato adicional que puede avalar esta interpretación. El primero afecta a la cada vez más cercana colaboración de los abogados del turno de oficio con el servicio público de la Administración de Justicia en general, que llega a parecerse a un modo de reclutamiento de servidores públicos, dicho sea con todos los matices. Para evitar el retraso y las demoras los procesos penales se modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, tras la reforma operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, supone la necesidad cons-

⁷⁷ La retribución diaria de los jurados es de 67 € y la de los candidatos no seleccionados como jurados de 33,50 €.

⁷⁸ La Orden INT/3782/2007, de 13 de diciembre, de regulación de la dieta de los miembros de las mesas electorales fija la dieta en 60 euros para los cargos de Presidente y Vocal de las Mesas electorales, de conformidad con lo establecido en los artículos 25 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

⁷⁹ Por cierto, es oportuno destacar que el régimen fiscal de estas indemnizaciones por razón de servicio, regulado en el artículo 9 del Reglamento del Impuesto de la Renta sobre las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, es el de rentas exceptuadas de gravamen, al igual que lo son las dietas y asignaciones para gastos de locomoción y gastos normales de manutención y estancia con determinados límites. En particular, la regla especial número 3 exceptúa de gravamen las cantidades percibidas por los candidatos a jurado, los jurados titulares y suplentes y los miembros de las Mesas Electorales.

tante de abogados para celebrar juicios rápidos. En estos casos, el sistema resulta alterado en sus fundamentos: ya no se trata de que el Juez solicite del Colegio de Abogados una designación de un abogado para un preso o imputado, es preciso que el propio Juez pueda, para celebrar el juicio rápido, designar a uno de ellos para la defensa urgente de un detenido. El requerimiento, que surte efectos de forma inmediata, sujeta a los abogados a la orden del juez y permite, tras la posterior justificación, la percepción de la indemnización correspondiente. El mandato del Juez resulta ineludible para los abogados⁸⁰ y los Colegios de Abogados.

El segundo dato que se ha de tener en cuenta resulta del conflicto recientemente suscitado por el tratamiento fiscal de las percepciones. En efecto, tras la consulta V0179/17, de 25 de enero de 2017, la Dirección General de Tributos alteró la tradicional doctrina en la materia en relación con la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. Desde el Informe de 18 de junio de 1986 del Ministerio de Justicia se había entendido que los servicios prestados en el turno de oficio y la asistencia letrada al detenido eran servicios obligatorios para los profesionales y, consecuentemente “*las cantidades que con cargo a los presupuestos del Estado se asignan a los citados profesionales por la prestación de dichos servicios no tienen el carácter de retribución ni compensación por la prestación de los mismos*”. Resultaba de lo expuesto que no estaban sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido.

Sin embargo, en la consulta citada la Dirección General de Tributos estima, con base en el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con los casos francés y belga, que los servicios prestados por los abogados en el turno de oficio están sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido⁸¹.

⁸⁰ En algún caso la desatención a los mandatos de los órganos judiciales ha supuesto requerimientos enviados a los Colegios de Abogados y sus decanos en términos como el que sigue: “*La presente, que es firmada en prueba de su recepción, constituye requerimiento judicial fehaciente advirtiendo expresamente que en caso de no proveerse dicha solicitud se incoará procedimiento penal por un delito de desobediencia y contra la administración de justicia tanto contra el letrado en concreto así como el decano encargado de su designación*”.

⁸¹ En la Sentencia de 17 de junio de 2010, asunto C-492/08, el Tribunal concluye que la República Francesa había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 96 y 98, apartado 2, de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, al aplicar un tipo reducido del impuesto sobre el valor añadido a los servicios prestados por los abogados, los abogados ante el Conseil d'État y la Cour de cassation y los procuradores, por los que éstos perciben una compensación total o

Los servicios jurídicos del Consejo General de la Abogacía elaboraron⁸², con respecto a este asunto, un informe en el que se sostiene que: “*Los Colegios regulan y organizan el servicio, con garantía de su prestación continuada. Como es sabido, esa garantía de la prestación solo es posible a través de los abogados. Podría considerarse que la responsabilidad de la continuidad del servicio solo corresponde a los abogados a él adscritos —o a aquellos a los que se imponga por decisión colegial precisamente en atención a la insuficiencia de adscritos para garantizar la continuidad en la prestación— pero lo que prevé la Ley 1/1996 es que los Colegios están obligados a regular y a organizar el servicio, lo que implica que los abogados, el sustrato personal de cada uno de los Colegios de Abogados, son los obligados a garantizar la continuidad del servicio. Es, a la postre, una más de las posibles vertientes de la relación de sujeción especial en que los abogados se encuentran por el hecho de su obligada colegiación. Aun cuando la adscripción de los abogados al sistema sea un acto en su caso voluntario, sobre el colectivo pesa la obligación de garantizar la suficiencia del servicio y, en definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva de quienes carecen de recursos para litigar (artículos 24 y 119 de la Constitución)*”, de lo que se desprende que la prestación de los servicios sigue rigiéndose por las notas de gratuidad y obligatoriedad”.

Finalmente, mediante nota de prensa de 1 de marzo de 2017 el Ministerio de Justicia zanjó la polémica señalando; “*En España, los colegios profesionales asumen la obligación de prestar un servicio público que se fundamenta en el artículo 119 de la Constitución. Por otro lado, la compensación satisfecha por esta asistencia tiene naturaleza análoga a una indemnización, es decir, no se entiende como una retribución puesto que se aleja de los precios de mercado, se impone sin que el profesional tenga capacidad para modificarla, está sujeta a baremo y con ella se pretende indemnizar a los letrados y procuradores por la prestación del servicio sin retribución conforme a los criterios del mercado*”. La asistencia jurídica gratuita no se sujetará al Impuesto sobre el Valor Añadido⁸³.

parcial del Estado en el marco de la asistencia jurídica gratuita. Y en la Sentencia de 28 de julio de 2016, asunto C-534/16, entendió que el artículo 132, apartado 1, letra g), de la Directiva 2006/112 debe interpretarse en el sentido de que los servicios prestados por los abogados a los justiciables que disfrutaban de asistencia jurídica gratuita en el marco de un régimen nacional de asistencia jurídica gratuita no están exentos del IVA. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha analizado las peculiaridades propias de los sistemas nacionales de asistencia jurídica gratuita.

⁸² El informe elaborado por los Servicios Jurídicos del Consejo General de la Abogacía Española tiene fecha de 2 de febrero de 2017 y puede consultarse en este vínculo <http://www.abogacia.es/2017/02/03/informe-juridico-de-la-abogacia-la-prestacion-de-justicia-gratuita-por-su-propia-naturaleza-no-esta-sujeta-a-iva/>

⁸³ Por otra parte los Grupos Parlamentarios del Partido Popular, Partido Socialista y Ciudadanos han formalizado una proposición de Ley, a la que se ha hecho re-

4. LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL TURNO DE OFICIO Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO RESERVISTA VOLUNTARIO

El problema que en estos casos se plantea es la compatibilidad entre la prestación de servicios en el sistema del turno de oficio y la asistencia jurídica gratuita y la prestación de servicios como reservista voluntario. Vaya por delante que no existen problemas en relación con la actividad habitual de los abogados, es decir, en cuanto profesionales autónomos tienen la posibilidad de organizar su trabajo de forma que sea posible programar su ausencia del Despacho durante el mes o los meses que dura su activación⁸⁴.

En este informe se pretende argumentar que es posible compatibilizar ambas funciones. Si prestar servicios en el sistema de asistencia jurídica gratuita constituye una forma de ejercicio privado de funciones públicas y prestar servicios para los Ejércitos constituye una forma de cumplimiento del deber de defender a España debería ser perfectamente posible compaginar ambas actividades. Se plantean, pues, en hipótesis, tres cuestiones.

La primera es si existe en este caso algún tipo de incompatibilidad que impida a un reservista voluntario ejercer su actividad profesional como abogado colegiado y, además, estar adscrito al turno de oficio. Esta cuestión se habrá de analizar en este estricto ámbito, ya que no es objeto propio de este informe el sistema de acceso al turno de oficio y las incompatibilidades en los casos generales.

La segunda es si las percepciones que se reciben pueden ser entendidas como remuneraciones a los efectos de lo previsto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que prescribe en su artículo 2.1 que: *“Además, no se podrá percibir, salvo en los supuestos previstos en esta Ley, más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes o con cargo a los de los órganos constitucionales, o que resulte de la aplicación de arancel ni ejercer opción por percepciones correspondiente a puestos incompatibles. A los efectos del párrafo anterior,*

ferencia, que pretende modificar la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita e insertar una previsión expresa sobre el carácter indemnizatorio de la compensación que reciben los profesionales adscritos al turno.

⁸⁴ No se han podido localizar los datos completos pero, al parecer, hay más de un centenar de reservistas voluntarios en el Cuerpo Jurídico Militar y la mayor parte de ellos son, como es lógico, abogados.

se entenderá por remuneración cualquier derecho de contenido económico derivado, directa o indirectamente, de una prestación o servicio personal, sea su cuantía fija o variable y su devengo periódico u ocasional”.

Y la tercera, mucho más pragmática, cómo permitir en la práctica que puedan desempeñarse ambas funciones, es decir, como podrían facilitar los Colegios de Abogados la compatibilidad entre ambas tareas, en el entendimiento de que contribuirían a los objetivos previstos para la defensa nacional, cuya finalidad es, según el artículo 2 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en ésta se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía de la independencia e integridad territorial de España.

En lo que se refiere a la primera cuestión y por lo que afecta al Ministerio de Defensa la respuesta queda clara a la vista de lo previsto en el artículo 125 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, que excepciona a los reservistas del cumplimiento del régimen general en materia de incompatibilidades. Así se expresa:

“Artículo 125. Condiciones para el ingreso de los reservistas voluntarios.

(...)

5. La condición de reservista voluntario se considerará actividad exceptuada del régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

(...)”.

Si en norma con rango de ley se fija este principio no parece posible que un Colegio de Abogados fije una incompatibilidad para estos supuestos impidiendo la colegiación de los abogados en los que concurra la condición de reservistas, ya que el ejercicio de la abogacía se remite, en cuanto a las incompatibilidades para cargos, funciones y empleos públicos⁸⁵ a la nor-

⁸⁵ Según una línea jurisprudencial consolidada no es causa de incompatibilidad para el acceso a la Abogacía, por sí misma, la condición de funcionario. Cabe, por ejemplo, la cita de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso, Sección Sexta, de 14 de febrero de 2006. Cercana en el tiempo, la Sentencia de 28 de octubre de 2014 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, reconoce el derecho a compatibilizar la actividad privada como abogado con el desempeño de un puesto como funcionario en la Guardia Civil, con las limitaciones de respetar el horario de trabajo y de no trabajar en asuntos relacionados con la Guardia Civil. La Sentencia dictada señala que solo es incompatible el ejercicio de la abogacía “*si concurren dos circunstancias: a) que puede impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario y b) que pueda comprometer su impar-*

mativa propia de las Administraciones Públicas. A estos efectos se habrá de tener en cuenta que el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, establece:

“Artículo 21

Los abogados tienen las siguientes prohibiciones, cuya infracción se sancionará disciplinariamente:

a) Ejercer la abogacía estando incurso en causa de incompatibilidad, así como prestar su firma a quienes, por cualquier causa, no puedan ejercer como abogados (...).“

“Artículo 22

1. El ejercicio de la abogacía es incompatible con cualquier actividad que pueda suponer menosprecio de la libertad, la independencia o la dignidad que le son inherentes.

Asimismo, el abogado que realice al mismo tiempo cualquier otra actividad deberá abstenerse de realizar aquella que resulte incompatible con el correcto ejercicio de la abogacía, por suponer un conflicto de intereses que impida respetar los principios del correcto ejercicio contenidos en este Estatuto.

2. Asimismo, el ejercicio de la abogacía será absolutamente incompatible con:

a) El desempeño, en cualquier concepto, de cargos, funciones o empleos públicos en el Estado y en cualquiera de las Administraciones públicas, sean estatales, autonómicas, locales o institucionales, cuya propia normativa reguladora así lo especifique (...).“

Por lo que se refiere a las normas específicas para el acceso al turno de oficio, cada Colegio de Abogados ha fijado las suyas dentro del grupo normativo aplicable al sistema, normas que se refieren, en general, a requisitos de experiencia y capacitación y a la necesidad de tener despacho abierto o residencia habitual en la circunscripción territorial. No puede suponer un obstáculo para el acceso al turno de oficio la condición de reservista voluntario, en cuanto no incide en las condiciones de capacitación. Quizá podría ser un obstáculo la falta de disponibilidad del abogado durante los períodos de activación, pero para solventar este inconveniente bastaría con aplicar las previsiones sobre sustitución o suspensión en el régimen de guardias al que se refieren los artículos 28 y 29 del Reglamento de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, aprobado por Real Decreto 996/2003, de 25 de julio. Por decirlo de otro modo, la indisponibilidad temporal de un reservista no es distinta que aquella causada por una enfermedad, por la maternidad o la paternidad o cualquier otra causa.

En lo que afecta a la segunda cuestión se ha expresado a lo largo de este informe que las percepciones recibidas por los abogados tras la prestación

cialidad o independencia“. Esta Sentencia ha sido después aplicada, por extensión de efectos (artículo 110 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa) a otros muchos casos semejantes.

de sus servicios en el turno de oficio tienen naturaleza indemnizatoria. No constituyen, por tanto, remuneración o retribución pública a los efectos previstos en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Se ha concluido, por otra parte, que durante los períodos de formación los reservistas perciben una indemnización y durante los períodos de activación en el servicio retribuciones semejantes a las que reciben los militares profesionales⁸⁶.

El reservista activado, por tanto, recibe las retribuciones que corresponden a un militar profesional y no percibe ninguna en razón del desempeño del turno de oficio, sencillamente porque no está prestando servicios de asistencia jurídica gratuita. No existe, pues, una doble retribución a cargo de los presupuestos de las Administraciones Públicas⁸⁷.

⁸⁶ Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar.

“Artículo 132 Régimen de personal de los reservistas voluntarios

1. Los reservistas voluntarios tendrán condición militar siempre que se les active para incorporarse a las Fuerzas Armadas, debiendo cumplir las reglas de comportamiento del militar y estando sujetos a las leyes penales y disciplinarias militares. Su régimen, incluido el retributivo, se determinará reglamentariamente.

2. Cuando la activación sea para llevar a cabo alguno de los programas de formación continuada establecidos en el artículo 127.2, recibirán las compensaciones económicas que reglamentariamente se determinen”.

⁸⁷ El caso es semejante al del Teniente Ferrer, un asunto al que la prensa prestó cierto interés. Véase, por ejemplo <http://www.europapress.es/illes-balears/noticia-congreso-concedera-manana-nuevas-autorizaciones-diputados-compatibilizar-escano-actividades-privadas-20140625194731.html>

Don Vicente Ferrer Roselló, diputado y portavoz del Partido Popular en la Comisión de Defensa del Congreso, es Teniente de Infantería de Marina. El asunto fue objeto de atención por parte de los medios en el año 2014, cuando el Diputado solicitó incorporarse al Cuartel General Terrestre de Alta Disponibilidad de Bétera (Valencia) para prestar servicios. Su período de un mes de activación coincidía con la máxima actividad en las Cortes, asunto que en ocasiones anteriores había solventado recurriendo a sus vacaciones parlamentarias. En este caso se encontraba obligado a solicitar autorización a la Comisión del Estatuto del Diputado, so pena de faltar al cumplimiento de sus deberes militares. La Comisión del Estatuto de los Diputados presentó su dictamen en relación con las actividades de los Diputados el 17 de noviembre de 2009 y en el caso de don Vicente Ferrer Roselló (núm. expte. 004/000275/2) se expone: *“Activación como Teniente de la reserva voluntaria de Infantería de Marina, temporalmente limitada al periodo de un mes (21 de abril al 20 de mayo de 2014), desempeñando funciones asesoras (Political Advisor), de naturaleza civil, sin percibir ningún tipo de remuneración. La Comisión entiende que la naturaleza de las tareas y el desempeño temporalmente limitado, y no retribuido de las mismas, resultan compatibles con su condición de Diputado, siempre que no se produzca menoscabo*

En lo que se refiere a la tercera cuestión el asunto reside en la posibilidad de que los Colegios de Abogados en los que se encuentran colegiados los reservistas entiendan que concurre excusa suficiente para la no prestación de sus servicios en el sistema de asistencia jurídica gratuita y turno de oficio durante el periodo de su tiempo de su activación. Se ha de recordar que los reservistas voluntarios adquieren un compromiso de permanencia que puede ser sancionado en caso de incumplimiento, a tenor de los artículos 21, 22 y concordantes del Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas, de acuerdo con el régimen disciplinario de los militares, sanción que podría llegar a suponer, en su caso, la pérdida de la condición de reservista⁸⁸.

A estos efectos se habrá de tener en cuenta que la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, dispone en cuanto a las obligaciones de los profesionales lo siguiente:

“Artículo 31 Obligaciones profesionales

Los abogados y procuradores designados desempeñarán sus funciones de asistencia y representación de forma real y efectiva hasta la terminación del proceso en la instancia judicial de que se trate y, en su caso, la ejecución de las sentencias, si las actuaciones procesales en ésta se produjeran dentro de los dos años siguientes a la resolución judicial dictada en la instancia, sin perjuicio del efecto de las causas de renuncia o excusa que estén previstas en la Ley.

Sólo en el orden penal podrán los abogados designados excusarse de la defensa. Para ello deberá concurrir un motivo personal y justo, que será apreciado por los Decanos de los Colegios.

La excusa deberá formularse en el plazo de tres días desde la notificación de la designación y resolverse en el plazo de cinco días desde su presentación”.

Ni la Ley 1/1996, de 10 de enero, ni su Reglamento, aprobado por Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, regulan otras causas de excusa o de renuncia que las citadas, de manera que habrán de ser las normas de los Colegios

del régimen de dedicación a las tareas parlamentarias en los términos del artículo 157.1 de la LOREG”. El dictamen de la Comisión, publicado en el Boletín General de las Cortes Generales de 3 de julio de 2014 fue ratificado por el Pleno del Congreso. En un caso parecido se encontraba, en este llamamiento de 2014, el alférez Luis Gestoso de Miguel, director general de Seguridad Ciudadana y Emergencias de la Comunidad de Murcia.

⁸⁸ El artículo 21 del Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas, regula la finalización y resolución del compromiso por haber suspendido la incorporación en dos ocasiones consecutivas y tres alternas o por no incorporarse en la fecha y lugar designado, entre otras causas.

Profesionales las que desarrollen estas previsiones y establezcan un régimen completo para las sustituciones. Entre estas causas que determinan la necesidad de arbitrar una sustitución han de encontrarse necesariamente la muerte, la enfermedad grave, la maternidad o paternidad, el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público⁸⁹ y el resto de las previstas tanto para los trabajadores en general como para los funcionarios en particular.

Cabría, por consiguiente, decretar la exclusión temporal del turno en relación a los Abogados que acrediten estar incursos en alguna de estas causas, como la enfermedad o la maternidad, mientras persistiera esta circunstancia, y también en aquellos casos en que la incomparecencia se encuentre debidamente justificada. Tal es el caso del que se trata, ya que la prestación de los servicios como reservista voluntario supone, como dispone la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, causa justificada para la suspensión del contrato de trabajo o para la situación de servicios especiales.

Sin entrar en este momento en el análisis acerca de quién debe ser considerado empleador de los abogados adscritos al turno de oficio, lo cierto es que si existen estos derechos en relación con los empleadores de reservistas o en relación con las Administraciones Públicas deben existir también para quienes prestan servicios en el turno de oficio. De este modo, la prestación de servicios para los Ejércitos durante el tiempo de activación supone una interrupción temporal en la actividad profesional habitual del abogado y justifica que, exclusivamente durante el tiempo de su activación, deba ser habilitada una sustitución en aquellos supuestos en los que con carácter excepcional no pudiera ocuparse de alguna incidencia procesal en los asuntos que le hubieran sido turnados.

La designación de un sustituto o la aceptación de una sustitución ya convenida entre dos Abogados se acomoda a las normas generales vigentes en el sistema del turno de oficio y no vulneraría las internas de los Colegios de Abogados en los casos en que existe, y se acredita, la concurrencia de causa justificativa, interpretación que correspondería al Decano. Es más, facilitar

⁸⁹ A efectos analógicos valgan las citas del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que en su artículo 37 regula los descansos, fiestas y permisos, y de los artículos 48 y 49 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que se refiere a los permisos por razones familiares o por cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público.

en la medida de lo posible el desempeño de las tareas públicas relacionadas con la Asistencia Jurídica Gratuita se corresponde con el espíritu del sistema.

5. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto se concluye que no existe incompatibilidad inicial entre el desempeño de las dos funciones públicas, es decir, la prestación de servicios a los Ejércitos y el ejercicio de las funciones públicas que supone la asistencia jurídica gratuita. Para evitar los problemas que pudiera suponer una situación de inasistencia temporal bastará con poner en práctica las posibilidades de suspensión o sustitución de los abogados en el turno de oficio y las guardias, cuya justificación queda encomendada a las normas internas de los Colegios y a la apreciación de sus Decanos.

Se ha de recordar que el Ministerio de Defensa está obligado, de acuerdo con lo previsto en el 44.3 del Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas, a notificar a los empleadores de reservistas la activación de estos. Sería oportuno que esta notificación se practicara también a los Colegios de Abogados, especificando los derechos y deberes que asisten a las partes en este asunto.

Ya se hizo constar que para facilitar a los españoles la prestación de estos servicios en las Fuerzas Armadas, la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, dispone en su artículo 135:

“Artículo 135. Colaboración con las Administraciones Públicas y con el sector privado.
1. El Ministerio de Defensa promoverá la colaboración con las Administraciones Públicas así como con empresas del sector privado para facilitar el desarrollo del modelo de reservistas voluntarios, su formación e incorporación, en su caso, a las Fuerzas Armadas.
2. El Gobierno promoverá acuerdos con entidades empresariales para que faciliten la incorporación de sus empleados como reservistas voluntarios y colaboren en la contratación de militares de complemento y militares de tropa y marinería una vez que hayan finalizado su compromiso con las Fuerzas Armadas. En dichos acuerdos se establecerán los beneficios derivados de dichas colaboraciones”.

Y en el mismo sentido, el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas habilita medidas de apoyo a los empleadores de reservistas y se refiere a la posibilidad de establecer, en acuerdos o convenios medidas que permitan la compatibilidad de sus servicios con su profesión habitual⁹⁰.

⁹⁰ A estos efectos, prevé el artículo 2 del Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas:

Sería, por tanto, oportuno que el Consejo General de la Abogacía Española suscribiera un acuerdo de concertación con el Ministerio de Defensa a los efectos de clarificar la situación de los abogados reservistas voluntarios. Pocas profesiones se acomodan mejor a la situación deseada por las normas, es decir, permitir que profesionales del ámbito jurídico puedan temporalmente servir a España, sin abandonar su desempeño profesional habitual, en las mismas tareas de asesoramiento.

“Artículo 2. Acuerdos y convenios de colaboración

El Ministerio de Defensa podrá establecer acuerdos de concertación con representantes de los empleadores, agentes sociales y demás órganos competentes de las Administraciones públicas, en los que se determinen las condiciones generales que afectan a la activación de reservistas voluntarios, incluyendo, entre otras, el porcentaje máximo de reservistas que se pueden activar a la vez de una misma empresa y período anual más propicio de activación de reservistas para la realización de ejercicios y cursos.

Podrán suscribirse convenios de colaboración entre el Ministerio de Defensa y las entidades que tengan contratados a reservistas voluntarios, a fin de coordinar los programas de formación e instrucción militar en armonía con las actividades laborales que aquéllos desarrollen”.

Y añada el artículo 6:

“Artículo 6. Apoyo a los empleadores de reservistas.

1. El Ministerio de Defensa promoverá el establecimiento de convenios de colaboración con representantes de los empleadores de reservistas, privados y públicos, agentes sociales y demás organismos competentes de las Administraciones públicas. A tal efecto, con la colaboración del Ministerio de Defensa, se podrá promover la participación de representantes de los empleadores de los reservistas, de los propios reservistas, del Ministerio de Defensa y de los organismos oficiales y particulares que se consideren oportunos para establecer los apoyos necesarios.

2. Se difundirá por el Ministerio de Defensa la información necesaria para que tanto los reservistas voluntarios como sus empleadores conozcan sus derechos y obligaciones en las situaciones de disponibilidad y activado”.

Derecho de la UE y las situaciones puramente internas o sobre cuándo, en un litigio nacional, pueden invocarse las libertades de circulación y otras normas del Derecho de la Unión

(Informe 7/2017)

Sumario: 1. EL CONCEPTO DE SITUACIONES PURAMENTE INTERNAS. 1.1. Funcionalidad. 1.2. Definición. 2. LAS EXCEPCIONES. 2.1. El problema de las “discriminaciones a la inversa”. 2.2. Una primera solución: la interpretación restrictiva del concepto de “situación puramente interna”. 2.3. Las excepciones creadas por la jurisprudencia para casos en los que todos los elementos se circunscriben al interior de un Estado miembro. 3. CONCLUSIONES: EL PAPEL DEL JUEZ NACIONAL Y LA CONTRIBUCIÓN DEL ABOGADO.

La aplicación de los principios de la libre circulación de personas (artículo 21 TFUE) y de trabajadores (artículo 45 TFUE), de la libre prestación de servicios (artículo 56 TFUE), de la libertad de establecimiento (artículo 49 TFUE) y de la libre circulación de mercancías (artículo 28 TFUE) exige, como condición previa, la existencia de un “movimiento” de la persona, trabajador, servicio o mercancía en cuestión de un Estado miembro de la Unión Europea a otro. Ese movimiento es el elemento transfronterizo que liga el caso concreto con el Derecho de la Unión, y puede revestir formas diversas: la residencia del ciudadano europeo en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad o la obtención en otro Estado de su capacitación profesional; una mercancía o un servicio que ha atravesado una frontera intracomunitaria; una empresa con sede en otro Estado miembro distinto de aquél donde se plantea el litigio...

Como contrapartida de esta exigencia, el concepto de “situación puramente interna” nace para designar aquellos casos que no presentan ningún vínculo transfronterizo, por tener todos sus elementos fácticos circunscritos al interior de un único Estado miembro. Se trata de una noción con una doble función de exclusión, pues aparta tanto la aplicabilidad del Derecho de la Unión como la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Pese a su evidente dimensión constitucional, el de situación puramente interna es un concepto estrictamente pretoriano, casuístico y evolutivo, que ha sido objeto de progresivas restricciones al ir creando el Tribunal de Justicia excepciones sucesivas a la noción inicial, con la consiguiente ampliación de su espacio de competencia prejudicial y del propio ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

Esta jurisprudencia definitoria de los contornos de la figura no se ha caracterizado, sin embargo, por su claridad. Quizás con la intención de poner algo de orden en una enrevesada maraña de decisiones, en su Sentencia de 15 de noviembre de 2016, *Ullens de Schooten* (C-268/15), el Tribunal de Justicia ha catalogado cuatro excepciones a la regla de la inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas en relación con “situaciones puramente internas”, en casos que sólo tienen ese carácter puramente interno en apariencia o que, por diversas razones, presentan un cierto interés para el Derecho de la Unión. Junto a esos cuatro casos principales, existen otros, como los relativos a la ciudadanía europea, o los derivados de una apreciación flexible del elemento transfronterizo.

Pero, lo que es más importante, en esa misma Sentencia *Ullens de Schooten*, el Tribunal pone de manifiesto que corresponde al órgano jurisdiccional nacional que plantea la cuestión prejudicial indicar en su auto de remisión “*en qué medida, a pesar de su carácter meramente interno, el litigio del que conoce presenta un elemento de conexión con las disposiciones del Derecho de la Unión relativas a las libertades fundamentales que hace necesaria una interpretación con carácter prejudicial para resolver dicho litigio*”. Esta obligación del juez nacional remitente constituye, en último término, una llamada al abogado de la parte interesada para presentar al juez del litigio principal los argumentos que permitan incluir el caso en uno de los supuestos excepcionales contemplados por la jurisprudencia de Luxemburgo, para así abrir una puerta a que aquélla se beneficie de las disposiciones del Derecho de la Unión Europea.

Parece por ello de interés para el profesional de la abogacía tratar de clarificar los contornos entre esas situaciones puramente internas que excluyen la aplicabilidad del Derecho europeo y el acceso al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, por una parte, y las que, presentando un elemento transfronterizo o no, entran por el contrario en el ámbito de aplicación de las reglas de libre circulación consagradas en el Tratado o de otras normas del Derecho europeo, pudiendo suscitarse cuestiones en relación con las mismas ante el órgano judicial europeo.

1. EL CONCEPTO DE SITUACIONES PURAMENTE INTERNAS

1.1. Funcionalidad

El concepto de “situación puramente interna” nace en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con la doble función de delimitar negativamente la competencia prejudicial de dicho órgano jurisdiccional y, en último término, el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, en particular, de las libertades de circulación consagradas en los Tratados.

De acuerdo con el artículo 267 TFUE, el Tribunal es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dice el citado precepto, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, “*si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo*”.

Esta última precisión atribuye al juez nacional un importante margen de decisión en la apreciación de la procedencia de la cuestión prejudicial, pero también introduce una notable limitación a la admisibilidad de ésta¹: la respuesta del Tribunal de Justicia debe ser indispensable para que el órgano jurisdiccional remitente resuelva el fondo del litigio ante él planteado, lo que en definitiva implica, como se deduce de una consolidada jurisprudencia, que exista un verdadero litigio abierto ante el juez nacional remitente y que la disposición de Derecho de la Unión cuya interpretación

¹ A este respecto, la jurisprudencia viene recordando que el juez nacional es el único que tiene un conocimiento directo de los hechos del asunto, y por ello es quien está en mejores condiciones para apreciar, teniendo en cuenta las particularidades de éste, la necesidad de una decisión prejudicial para dictar su sentencia (SSTJCE de 16 de julio de 1992, *Meilicke*, C-83/91, apartado 23; y de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*, C-167/01, apartado 43, entre otras). Por consiguiente, cuando la cuestión planteada por el juez nacional se refiere a la interpretación de una disposición del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (STJCE de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93, apartado 59). Sin embargo, según jurisprudencia igualmente abundante, el Tribunal de Justicia considera que, en caso de necesidad, le corresponde examinar las circunstancias en las que el juez nacional se dirige a él, con objeto de verificar su propia competencia (por todas, véase STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*, antes citada, apartados 44 y 45).

se interesa o sobre cuya validez se cuestiona a Luxemburgo sea aplicable a dicho litigio y necesaria para resolverlo.

Ello obliga a considerar inadmisibles las cuestiones que presenten un carácter ficticio o artificial² y las hipotéticas³, pero también las que carezcan de relación con el pleito planteado a nivel nacional o de toda incidencia sobre la solución del mismo. Así ocurre, en particular, cuando la disposición europea sobre la cual trata la prejudicial no resulta aplicable al asunto por no presentar éste ningún punto de conexión con el Derecho de la Unión: se dice en estos casos que el litigio versa sobre una “situación puramente interna”, en la que la ausencia de todo elemento transfronterizo impide la aplicabilidad de la correspondiente norma de Derecho europeo y, por consiguiente, el planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

El concepto aquí analizado cumple así la referida doble función de delimitación competencial:

- por una parte, define el ámbito propio de aplicación del Derecho de la Unión, excluyendo del mismo aquellas situaciones que carecen de todo vínculo de conexión con tal Derecho, en atención al principio de atribución que rige las competencias propias de la Unión⁴; y,
- por otra parte, acota la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia dentro de los límites marcados por el artículo 267 TFUE, salvaguardando el difícil equilibrio entre el respeto a las atribuciones de las jurisdicciones nacionales y la necesaria colaboración con las mismas, función esencial del procedimiento prejudicial. De hecho, como luego se verá, la delimitación de esa competencia prejudicial se efectúa no sólo por referencia a los ámbitos de aplicación respectivos del Derecho de la Unión y de los Derechos de los Estados miembros, sino también teniendo en cuenta las relaciones competenciales entre el juez europeo y los jueces nacionales, hartos más complejas que aquéllas.

² STJCE de 11 de marzo de 1980, *Foglia/Novello*, apartados 10-11.

³ El espíritu de colaboración que debe presidir el funcionamiento de la remisión prejudicial supone que juez nacional tenga en cuenta la función confiada al Tribunal de Justicia, que es la de contribuir a la administración de justicia en los Estados miembros y no la de formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas (SSTJCE de 3 de febrero de 1983, *Robards*, 149/92, apartado 19; y de 21 de marzo de 2002, *Cura Anlagen*, C-451/99, apartado 26).

⁴ Artículo 5 TUE.

A la vista de esta doble funcionalidad, cabe afirmar que el concepto de “situación puramente interna” tiene una clara dimensión constitucional⁵, que excede el ámbito del puro proceso prejudicial, aunque sea en éste donde más frecuentemente se emplee. Se trata, además, de una consecuencia del principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 TUE, en virtud del cual, “*en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros*”.

1.2. Definición

Son, por tanto, “situaciones puramente internas” aquéllas que, al no presentar ningún vínculo transfronterizo que permita conectarlas con el Derecho de la Unión, se rigen únicamente por el Derecho nacional correspondiente, excluyendo además la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia⁶.

El concepto nace en la jurisprudencia relativa a las libertades de circulación, de modo congruente con el objetivo último del mercado interior. Tal y como afirma el Abogado General Wahl en sus conclusiones al asunto *Venturini*, “*la exigencia de un elemento transfronterizo para la aplicabilidad de las disposiciones del Tratado relativas a las libertades fundamentales es coherente con el propio objetivo de dichas disposiciones*”. Citando al Abogado General Tesauro en el asunto *Hünernund*, concluye Wahl que “*ese objetivo consiste en la liberalización de los intercambios [dentro de la Unión]’ y no en ‘promover el libre*

⁵ Como muestra de esa dimensión constitucional cabe citar el asunto C-62/14, *Peter Gauweiler, e.a.* (STJUE de 16 de junio de 2015), relativo a la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional alemán, que interrogaba al TJUE sobre la validez de la decisión del Banco Central Europeo de 6 de septiembre de 2012 en materia de operaciones de compra de títulos de deuda pública en el mercado secundario (“*Outright Monetary Transactions*”). En sus conclusiones al referido asunto, el Abogado General Pedro Cruz Villalón realiza un extenso análisis crítico del papel que la cuestión prejudicial está llamada a desempeñar en relación con la salvaguarda del “pacto constitucional” europeo subyacente al proceso de integración (puntos 30 y siguientes de las conclusiones, publicadas el 14 de enero de 2015).

⁶ En la medida en que las normas del Tratado no sean aplicables al litigio nacional de que conozca el órgano jurisdiccional remitente, la respuesta del Tribunal de Justicia carecerá de relevancia para la resolución de aquél, lo que hace inadmisibles la cuestión prejudicial.

ejercicio de la actividad comercial en los distintos Estados miembros”; e invocando las conclusiones del Abogado General Tizzano en el asunto *CaixaBank France*, dice que *“una interpretación de las disposiciones del Tratado que extendiese su aplicabilidad más allá de sus propios límites ‘equivaldría a utilizar el Tratado para alcanzar un fin que no le es propio: no ya el de instaurar un mercado interior en el que las condiciones sean similares a las de un mercado único y en el que los operadores puedan circular libremente, sino el de instaurar un mercado sin normas. O mejor: un mercado en el que las normas están, en principio, prohibidas, salvo que sean necesarias y proporcionadas para cumplir con exigencias imperativas de interés general”*⁷.

De acuerdo con una reiterada jurisprudencia, por tanto, las libertades de circulación *“no son aplicables a una situación en la que todos los elementos están circunscritos al interior de un único Estado miembro”*. Son así *“situaciones puramente internas”*, por ejemplo, la circulación, dentro de las fronteras de un Estado miembro, de mercancías fabricadas en ese mismo Estado⁸, o la prestación de servicios en el interior de un Estado miembro por nacionales del mismo⁹, casos en los que en principio no cabría invocar, frente a ese Estado y las normas de su ordenamiento aplicables al caso, las disposiciones de los Tratados¹⁰.

⁷ Conclusiones del Abogado General Wahl en el asunto *Venturini* (asuntos acumulados C-159/12, C-160/12 y C-161/12, STJUE de 5 de diciembre de 2013), presentadas el 5 de septiembre de 2013; conclusiones del Abogado General Tesauro en el asunto *Hünernmund* (STJCE de 15 de diciembre de 1993, C-292/92), presentadas el 27 de octubre de 1993; y conclusiones del Abogado General Tizzano en el asunto *CaixaBank France* (STJCE de 5 de octubre de 2004, C-442/02), presentadas el 25 de marzo de 2004.

⁸ STJCE de 15 de diciembre de 1982, *Oosthoek*, C-286/81, apartado 9: *“la aplicación de la legislación neerlandesa a la venta en los Países Bajos de enciclopedias producidas en los Países Bajos no guarda, en efecto, ninguna relación con la importación o exportación de las mercancías y no está comprendida, por tanto, en el ámbito de los artículos 30 y 34. No obstante, en el caso de la venta en los Países Bajos de enciclopedias producidas en Bélgica y de la venta en otros Estados miembros de enciclopedias producidas en los Países Bajos, se trata de operaciones de comercio intracomunitario”*.

⁹ STJCE de 16 de enero de 1997, *USSL n° 47 di Biella*, C-134/95, apartados 19 a 23; de 9 de septiembre de 1999, *RI.SAN.*, C-108/98, apartado 23; de 21 de octubre de 1999, *Jägerskiöld*, C-97/98, apartados 42 a 44; y de 22 de diciembre de 2010, *Omalet*, C-245/09, apartado 13.

¹⁰ Por lo curioso del caso, cabe mencionar aquí, de nuevo a título ejemplificativo, la STJUE de 13 de junio de 2017, *Gibraltar Betting and Gaming Association*, C-591/15, en la que se planteaba si las nuevas exacciones fiscales exigidas por las autoridades británicas a las empresas gibraltareñas que prestan servicios de juegos de azar por

Por el contrario, las reglas de la libre circulación de mercancías sí serían invocables en un litigio relativo a una empresa española que vende mercancías españolas dentro de España, si esa misma empresa —que cuestiona la validez de la regulación española—, vendiese también bienes importados de otros Estados miembros a los que igualmente fuesen de aplicación las normas cuestionadas¹¹; las reglas de la libre prestación de servicios pueden ser invocadas por una empresa española establecida y que presta sus servicios en España, si para ello emplea bienes adquiridos en otro Estado miembro¹²; y el nacional de un Estado miembro podría invocar frente a éste los derechos derivados de la libre prestación de servicios o de la libre circulación de trabajadores, por ejemplo, si estuviera en cuestión la titulación obtenida en otro Estado, si el litigio versara sobre los servicios prestados en otro Estado miembro, o si residiera o hubiera residido en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad. En todos estos casos, la situación contiene un elemento relevante de carácter transfronterizo que permitiría aplicar el Derecho de la Unión y afirmar la competencia del Tribunal de Justicia en el caso de que se plantease una cuestión prejudicial.

Al margen de las libertades fundamentales del Tratado, el concepto de “situaciones puramente internas” inspira también la jurisprudencia sobre el ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyas disposiciones se dirigen a los Estados miembros “únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión” (artículo 51.1 de la Carta)¹³, y la delimitación por el Tribunal de Justicia de su competencia en asuntos prejudiciales relativos al Derecho europeo de la competencia,

Internet a residentes en territorio británico podían considerarse un obstáculo a la libre prestación de servicios prohibido por los Tratados; como era de esperar, y pese al particular estatuto de Gibraltar, el Tribunal juzgó que el litigio principal planteaba una “situación puramente interna” al que no eran aplicables las reglas del Derecho de la Unión (al respecto, SANTAMARÍA DACAL, ANA I., “Le statut de Gibraltar dans l’Union européenne au seuil du Brexit”, *Revue des affaires européennes-Law & european affairs* 2017/2.

¹¹ STJCE de 12 de octubre de 2000, *Cidrerie Ruwet*, C-3/99, apartado 26. En la misma línea, STJCE de 15 de diciembre de 1982, *Oosthoek*, 286/81, apartado 9.

¹² Véase, por ejemplo, el asunto *Omega*, STJCE de 14 de octubre de 2004, C-36/02.

¹³ Ello que implica, en esencia, que “los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, pero no fuera de ellas”; por este motivo, el Tribunal de Justicia “no puede apreciar a la luz de la Carta una normativa nacional que no se inscriba en el marco del Derecho de la Unión” (STJUE de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, apartado 19).

cuyo criterio de aplicación es la existencia de incidencia sobre el comercio intracomunitario¹⁴.

2. LAS EXCEPCIONES

Sin embargo, la profusión de supuestos de hecho constantemente sometidos al Tribunal de Justicia puso pronto de manifiesto las limitaciones del concepto inicial. Ello llevó a la jurisprudencia, por una parte, a adoptar una interpretación restrictiva de esta noción; y, por otra parte, a introducir verdaderas excepciones a la regla de la inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas en relación con “situaciones puramente internas”, en casos que sólo tienen ese carácter puramente interno en apariencia o que, por diversas razones, presentan un cierto interés para el Derecho de la Unión.

Las razones de esta evolución jurisprudencial deben buscarse en la extensión progresiva de los contornos del principio general de no discriminación por razón de la nacionalidad¹⁵, una de cuyas manifestaciones principales son, precisamente, las libertades de circulación.

2.1. *El problema de las “discriminaciones a la inversa”*

En particular, los límites del concepto se hicieron patentes al hacerse frente a las llamadas “discriminaciones a la inversa”, fenómeno que se produce cuando un Estado miembro impone a sus propios bienes o a sus propios nacionales reglas más estrictas de las que puede imponer a bienes o nacionales de otros Estados miembros, al no poder beneficiarse los primeros, en el marco de una situación puramente interna, de las disposiciones del Derecho de la Unión (en particular, de las libertades de circulación), y aplicarse a los segundos tales normas, en particular, el principio de reconocimiento mutuo¹⁶. Lo anterior puede ilustrarse con un algunos ejemplos tomados de conocidas sentencias:

¹⁴ STJUE de 4 de diciembre de 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media*, C-413/13.

¹⁵ Sobre esta relación, véase Potvin-Solís, L., “Principe général de non-discrimination et ‘situations purement internes’”, *Cahiers de droit européen, 50^e anniversaire, Les principes généraux du droit de l’Union européenne-Colloque 10 septembre 2015*.

¹⁶ En relación con este fenómeno, véase PICKUP, D., “Reverse discrimination and freedom of movement for workers”, *Common Market Law Review* 1986, 23.

En el caso llamado *Cassis de Dijon*¹⁷, el Tribunal de Justicia señaló que la determinación, por la legislación de un Estado miembro —en el caso citado, Alemania—, de un grado alcohólico mínimo para las bebidas espirituosas destinadas al consumo humano constituye una “medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación” contraria a la libre circulación de mercancías cuando se exige para la importación de bebidas alcohólicas legalmente producidas y comercializadas en otro Estado miembro¹⁸. Del tenor literal de este fallo se deduce que Alemania no podía imponer esta condición de grado alcohólico mínimo a las bebidas alcohólicas provenientes de otros Estados miembros (en particular, al *cassis* de origen francés), pero nada le impedía exigir su cumplimiento a los productores alemanes de bebidas alcohólicas, por tratarse de situaciones puramente internas a las que no alcanza la aplicación de las libertades de circulación; en tal caso, esos productos nacionales podrían sufrir una suerte de “discriminación a la inversa”¹⁹.

Otro caso paradigmático es el que fue objeto de la Sentencia de 2008 *Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon*²⁰. La cuestión prejudicial planteada por la *Cour d'arbitrage* belga versaba sobre una norma aprobada por el Parlamento flamenco en virtud de la cual se excluía del régimen del seguro de asistencia para personas con autonomía reducida a aquellas personas que, trabajando en la Región belga de lengua neerlandesa o en la Región bilingüe de Bruselas-Capital, residiesen dentro del territorio nacional, pero fuera del territorio de esas

¹⁷ STJCE de 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral*, C-120/78.

¹⁸ El Tribunal consideró que la medida no podía justificarse, en particular, por motivos de protección de la salud pública (con el argumento de que las bebidas con un grado alcohólico bajo son más propensas a generar adicción), como pretendían las autoridades alemanas.

¹⁹ Los ejemplos de este tipo de efecto indirecto de las reglas de reconocimiento mutuo son innumerables. Puede citarse también el asunto *Aubertin*: el Tribunal juzgó que el Derecho comunitario no se oponía a la normativa francesa que, para la explotación de un salón de peluquería, exigía a los nacionales de ese Estado miembro la posesión de un título, pero permitía a los peluqueros nacionales de los demás Estados miembros explotar un salón de peluquería sin hallarse en posesión de dicho título y sin estar obligados a confiar su explotación a un directivo técnico que posea dicho título. El litigio planteado con invocación de las libertades de circulación por peluqueros franceses carecía de fundamento, por tratarse de una “situación puramente interna” a la que no alcanzaba el Derecho comunitario (STJCE de 16 de febrero de 1995, *Aubertin*, C-29/94).

²⁰ STJCE de 1 de abril de 2008, asunto C-212/06.

dos regiones (esto es, en las Regiones de lengua francesa o alemana). Planteada la compatibilidad de tal disposición con la libre circulación de personas, el Tribunal de Justicia hubo de distinguir dos tipos de situaciones:

- por una parte, la de los nacionales belgas que ejercían una actividad profesional en la Región de lengua neerlandesa o en la Región bilingüe de Bruselas-Capital, pero residían en las Regiones de lengua francesa o alemana y no habían ejercido nunca su libertad de circulación dentro de la Comunidad Europea: a la luz de su jurisprudencia sobre las situaciones puramente internas, el Tribunal de Justicia concluyó que el Derecho comunitario no podía aplicarse en tales situaciones, por lo que la exclusión de tales sujetos no podía considerarse contraria a la libre circulación de personas;
- por el contrario, el Tribunal de Justicia apreció la incompatibilidad de la medida con la libre circulación de personas en el caso de que los trabajadores excluidos del seguro de asistencia por residir fuera de la Región de lengua neerlandesa o de la Región bilingüe de Bruselas, aun trabajando en ellas, fuesen nacionales de otros Estados miembros o nacionales belgas que hubiesen hecho uso de su derecho a la libre circulación (habiendo residido o trabajado con anterioridad en otro Estado miembro).

De esta forma, como señaló la Abogado General Sharpston en sus conclusiones al asunto²¹, la combinación de la aplicación del Derecho nacional y del Derecho comunitario generaba una situación en que la única categoría de personas residentes en la Región francófona o en la Región germanófona de Bélgica que no tenían acceso a la prestación de asistencia flamenca eran los belgas que no hubiesen ejercido el derecho a la libre circulación en Europa pero que hubiesen ejercido su derecho a residir en un lugar determinado de Bélgica. Además, la diferencia de trato entre estas personas, por un lado, y los nacionales de otros Estados miembros y los belgas que sí hubiesen ejercido el derecho a la libre circulación, por otro lado, se origina precisamente porque el Derecho comunitario interviene para evitar el trato perjudicial de este último grupo.

²¹ Presentadas el 28 de junio de 2007.

2.2. Una primera solución: la interpretación restrictiva del concepto de “situación puramente interna”

Para mitigar los efectos de este tipo de fenómenos de discriminación a la inversa, el Tribunal de Justicia pronto adoptó una interpretación restrictiva del concepto de “situación puramente interna”, ampliando de forma correlativa los elementos que pueden considerarse constitutivos de un movimiento transfronterizo.

a) En algunos casos, en primer lugar, aunque la “foto fija” de la situación objeto del litigio no presente, en el momento en que éste se plantee, ningún vínculo transfronterizo aparente, el hecho de que en el pasado se hayan ejercido las libertades de circulación puede abrir la puerta a una aplicación ulterior de éstas. La residencia previa en otro Estado miembro es un buen indicador de ese ejercicio previo de las libertades, como se observa en la propia Sentencia *Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon*, donde, en línea con una consolidada jurisprudencia anterior, el Tribunal de Justicia considera que todo nacional comunitario que haya hecho uso del derecho a la libre circulación y que haya ejercido una actividad profesional en otro Estado miembro está comprendido, independientemente de su lugar de residencia y de su nacionalidad, dentro del ámbito de aplicación de las libertades de circulación²². Otro ejemplo de este criterio hermenéutico lo ofrece la Sentencia *Singh*, que consagra el derecho de residencia, con arreglo al Derecho europeo, del cónyuge (nacional de un tercer Estado) de un nacional comunitario que regresa para establecerse en su país de origen, tras haber residido (y trabajado) cierto tiempo en otro Estado miembro de la Unión, siendo esa residencia previa el elemento que permite aplicar las normas europeas²³.

²² STJCE *Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon*, apartado 34. En el mismo sentido, SSTJCE de 23 de febrero de 1994, *Scholz*, C-419/92, apartado 9; y de 18 de julio de 2007, *Hartmann*, C-212/05, apartado 17.

²³ STJCE de 7 de julio de 1982, C-370/90. En la Sentencia *Moser*, por el contrario, el Tribunal de Justicia concluyó que estaba ante una “situación puramente interna” al no haberse producido ese ejercicio previo de la libertad de circulación. El Sr. Moser, un ciudadano alemán residente en Alemania, fue excluido de las pruebas de acceso a la función de maestro de primaria por estimar las autoridades alemanas que, como consecuencia de su pertenencia al partido comunista alemán, no ofrecía garantías suficientes de fidelidad a la Ley Fundamental de la República Federal Alemana. A juicio del interesado, la aplicación en su caso de la normativa alemana de la que se derivaba esa exigencia vulneraba la libre circulación de trabajadores, pues, al impedirle completar su formación de maestro, le impe-

b) En otros casos, la jurisprudencia aprecia la existencia de un elemento de extranjería, dando entrada a la aplicación del Derecho de la Unión —con los beneficios que ello puede llevar consigo— con fundamento en factores circunstanciales como pueden ser la presencia de una empresa establecida en otro Estado miembro entre las numerosas empresas (nacionales) recurrentes en un determinado litigio²⁴, o el hecho de que un deportista nacional del Estado miembro en el que reside, aun cuando pretenda contestar normas internas del primer Estado para la selección de los participantes en competiciones internacionales, participe en una competición en un Estado miembro distinto²⁵. En esta misma línea puede citarse la Sentencia dictada en el asunto *Carpenter*, en la que se declaró que el Reino Unido tenía la obligación de reconocer el derecho de residencia de la esposa filipina de un ciudadano británico al amparo del derecho de este último a la libre prestación de servicios en el seno de la Unión Europea: en la medida en que el Sr. Carpenter se dedicaba a vender espacios publicitarios a diversos anunciantes establecidos en varios Estados miembros, para lo que debía desplazarse con frecuencia a estos últimos, la Sentencia consideró que la expulsión de la Sra. Carpenter habría restringido el derecho de su esposo a la libre prestación de tales servicios, pues ella se ocupaba, mientras duraban esos desplazamientos, de cuidar a los hijos de aquél nacidos en una primera unión; de esta forma, el Tribunal intervino en una situación que, en principio, aparecía como puramente interna²⁶.

2.3. Las excepciones creadas por la jurisprudencia para casos en los que todos los elementos se circunscriben al interior de un Estado miembro

Sin perjuicio de este importante esfuerzo interpretativo, la necesidad de salvaguardar el respeto al principio de no discriminación ha ido llevando al juez comunitario a juzgar, en supuestos muy diversos y cada vez más nu-

día desempeñar puestos de enseñanza en colegios de otros Estados miembros. El Tribunal entendió, sin embargo, que no resultaban de aplicación las reglas de Tratado, subrayando que el Sr. Moser nunca había residido o trabajado en otro Estado miembro; en particular, la Sentencia consideró que “*una perspectiva profesional puramente hipotética en otro Estado miembro no constituye un vínculo suficiente con el Derecho comunitario*” para justificar la aplicación de éste (STJCE de 28 de junio de 1984, 180/83).

²⁴ STJUE de 30 de abril de 2014, *Pfleger*, C-390/12, apartado 23.

²⁵ STJCE de 11 de abril de 2000, *Deliège*, asuntos acumulados C-51/96 y C-191/97, apartado 58.

²⁶ STJCE de 11 de julio de 2002, *Carpenter*, C-60/00.

merosos, que la aplicación de las libertades fundamentales y la respuesta a una cuestión prejudicial sobre las mismas no podía excluirse por el mero hecho de que, en el caso concreto sometido al órgano jurisdiccional nacional, todos los elementos se circunscribiesen al interior de un mismo Estado miembro. La jurisprudencia que a continuación se analiza suaviza los requisitos necesarios para la apreciación del vínculo o punto de conexión con el Derecho europeo, y lo hace en atención a un interés confluyente de la Unión y del Estado miembro por garantizar las exigencias del principio de igualdad.

El carácter casuístico y algo desordenado de esta abundante jurisprudencia de excepciones al criterio de las “situaciones puramente internas” ha obligado al Tribunal de Justicia a llevar a cabo una mínima sistematización de las mismas. En su reciente sentencia *Ullens de Schooten* se distinguen cuatro supuestos bien definidos, identificados en otras tantas líneas jurisprudenciales, que aquí se reseñarán con el nombre de sus sentencias más conocidas: se trata, en primer lugar, del supuesto *Blanco Pérez y Chao Gómez*; en segundo lugar, el caso *Libert*, que es en realidad una precisión del anterior; en tercer lugar, el supuesto *Guimont*; y, por último, el supuesto *Dzodzi*²⁷.

Los cuatro supuestos apuntados en la sentencia *Ullens* pueden agruparse, a efectos, expositivos, en dos grandes grupos:

1) Situaciones nacionales aparentemente internas: las excepciones *Blanco Pérez* y *Libert*

Los dos primeros supuestos (*Blanco Pérez* y *Libert*) se refieren a casos en los que, aunque todos los elementos de los litigios principales están circunscritos al interior de un único Estado miembro, encierran un elemento transfronterizo implícito que justifica la aplicabilidad a los mismos del Derecho de la Unión y la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia; por ello, pueden calificarse como situaciones nacionales que sólo son “aparentemente internas”.

1.1) El supuesto *Blanco Pérez*

En la jurisprudencia *Blanco Pérez* y *Chao Gómez*, el Tribunal considera admisibles solicitudes de decisión prejudicial relativas a la interpretación

²⁷ En sus conclusiones al asunto *Venturini*, antes citadas, el Abogado General Wahl efectuó ya un primer intento de sistematizar estos supuestos (puntos 33 y siguientes).

de las libertades fundamentales cuando, aunque todos los elementos del litigio estén circunscritos al interior de un solo Estado miembro, no quepa excluir que nacionales establecidos en otros Estados hayan estado o estén interesados en hacer uso de las libertades de circulación para ejercer actividades en el territorio de aquél que aprobó la normativa nacional aplicable al caso en cuestión, de modo que esa normativa, aplicable indistintamente a los nacionales de ese Estado y a los nacionales de otros Estados miembros, pueda producir un efecto transfronterizo, que exceda del territorio del primer Estado²⁸.

En el asunto de referencia, el juez nacional remitente interrogó al Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de la legislación de la Comunidad Autónoma de Asturias en materia de instalación de oficinas de farmacia (en particular, sobre los límites basados en la densidad demográfica y criterios como la distancia mínima entre oficinas) con la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 TFUE, en el contexto de dos litigios planteados por nacionales españoles, circunscribiéndose todos los elementos de los mismos al interior del territorio español. Pese a ello, la sentencia entendió que *“no se puede excluir de ningún modo que nacionales establecidos en Estados miembros distintos del Reino de España estén o hayan estado interesados en explotar farmacias en la Comunidad Autónoma de Asturias”*, del mismo modo que, unos meses antes, en un caso también estrictamente nacional, los jueces de Luxemburgo se pronunciaron sobre la compatibilidad con el Tratado de la legislación italiana sobre distancias mínimas obligatorias entre las estaciones de servicio de distribución de carburantes, con el argumento de que no cabía excluir de ningún modo *“que empresas establecidas en Estados miembros distintos de la República Italiana estén o hayan estado interesadas en comercializar carburantes en este Estado miembro”*²⁹.

Igualmente, en el asunto *Berlington Hungary*, el Tribunal de Justicia entró a valorar la compatibilidad con la libre prestación de servicios de una

²⁸ STJUE de 1 de junio de 2010, *Blanco Pérez y Chao Gómez*, C-570/07 y C-571/07, apartado 40. En el mismo sentido, STJUE *Venturini*, antes citada, apartados 25 y 26.

²⁹ STJCE de 11 de marzo de 2010, *Attanasio Group*, C-384/08, apartado 24. *A sensu contrario*, véase la STJUE de 1 de julio de 2010, *Sbarigia*, C-393/08, en el que se planteaba una supuesta vulneración de las libertades de circulación en un litigio en el que no se cuestionaba el sistema general regulador de los horarios de apertura y de los descansos de las farmacias instaurado a nivel nacional en Italia, sino que se la parte interesada pretendía que se le autorizase, como excepción a este sistema general, a renunciar a cualquier período de cierre (apartado 24).

normativa húngara que prohibía la explotación de máquinas tragaperras en los casinos, aunque la empresa interesada en el litigio principal era húngara y también lo eran las máquinas, con el mismo argumento de que “no se puede excluir en absoluto que operadores establecidos en Estados miembros distintos de Hungría estén o hayan estado interesados en abrir salas de juego en el territorio húngaro”³⁰.

A finales de los años 90, esta excepción había sido ya enunciada por el Tribunal de Justicia, en el ámbito de la libre circulación de mercancías, en su Sentencia *Pistre*, dictada en relación con una cuestión prejudicial planteada en el contexto del proceso penal seguido contra dos nacionales franceses acusados de comercializar productos de charcutería con un etiquetado que hacía referencia a la denominación “*montagne*” sin haber obtenido la correspondiente autorización para utilizarla. Los interesados alegaban que la regulación francesa que exigía tal autorización constituía una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa prohibida por los Tratados; el Gobierno francés aducía, como cuestión previa, que los Tratados no eran aplicables, dado que los procesos penales se incoaron contra nacionales franceses y se referían a productos franceses comercializados en territorio francés. Frente a ello, el Tribunal consideró que, en la medida en que se podía concebir la hipótesis de que productos importados con menciones que hiciesen referencia a la montaña sin haber obtenido la aludida autorización se considerasen comercializados en contra de la normativa de que se trata, la regulación nacional en cuestión podría tener efectos sobre la libre circulación de mercancías entre Estados miembros, especialmente cuando la medida de que se trate favorezca la comercialización de mercancías de origen nacional en perjuicio de las mercancías importadas. Ello le permitió concluir que la libre circulación de mercancías se opone a la aplicación de una normativa nacional que reserva la utilización de la denominación “*montagne*” únicamente a los productos fabricados en el territorio nacional y elaborados con materias primas nacionales³¹.

En esa misma línea, años antes, el Tribunal había señalado, en el marco de un litigio igualmente nacional (estaba en cuestión la prohibición de la publicidad de bebidas alcohólicas en las calles y carreteras españolas), que una normativa que limite o prohíba determinadas formas de publi-

³⁰ STJUE de 11 de junio de 2015, *Berlington Hungary*, C-98/14. En el mismo sentido, STJUE de 18 de julio de 2013, *Citroën Belux*, C-265/12, apartado 33.

³¹ STJCE de 7 de mayo de 1997, *Pistre*, asuntos acumulados C-321/94, C-322/94, C-323/94 y C-324/94.

cidad, aunque no condicione directamente las importaciones, puede, no obstante, restringir el volumen de éstas al afectar a las posibilidades de comercialización de los productos importados, legitimando así al Tribunal para valorar la compatibilidad de esa regulación nacional con las reglas del Tratado³². Y, por citar un último ejemplo de este tipo de asuntos, el Tribunal igualmente ha señalado que, en el marco de la adjudicación de un contrato público llevada a cabo sin publicidad y sin apertura a la competencia, puede producirse “*una discriminación, al menos potencial, en perjuicio de las empresas de otros Estados miembros a las que se ha impedido ejercer la libertad de prestación de servicios y la libertad de establecimiento recogidas en el Tratado*”³³.

La jurisprudencia ha precisado, no obstante, que, en estos casos, para poder presumir que existe un vínculo con los intercambios intracomunitarios que permite aplicar la excepción, es necesario que “*el mercado de que se trata presente un interés transfronterizo cierto (...) lo cual corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente*”³⁴.

1.2) El supuesto *Libert*

Un paso más allá se dio con la jurisprudencia *Libert*, en la que se declara que, aunque todos los elementos del litigio principal queden circunscritos al interior de un único Estado miembro, el Tribunal de Justicia debe responder a cuestiones prejudiciales que le sean planteadas en relación con las libertades fundamentales cuando tales cuestiones se planteen en el marco de un procedimiento de anulación de disposiciones nacionales aplicables no sólo a los nacionales de un Estado miembro, sino también a los nacionales de los demás Estados miembros, dado que, en tal caso, la

³² STJCE de 25 de julio de 1991, *Aragonesa de Publicidad Exterior*, C-1/90 y C-176/90.

³³ STJCE de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, apartado 55. Véase también STJCE de 21 de julio de 2005, *Coname*, C-231/03, apartado 17.

³⁴ SSTJCE de 13 de noviembre de 2007, *Comisión/Irlanda*, C-507/03, apartado 29; y de 31 de enero de 2008, *Centro Europa 7*, C-380/05, apartado 66. En el caso de los contratos no sometidos a las reglas del Derecho de la Unión (por no alcanzar la cuantía mínima, por ejemplo), puede apreciarse en los mismos un interés transfronterizo cierto que haga aplicables los principios de igualdad de trato y no discriminación del Derecho europeo si en consideración a su importe de cierta trascendencia, combinado con sus características específicas, el lugar de ejecución de las obras, o el interés de operadores situados en otros Estados miembros en participar en el procedimiento de adjudicación de dicho contrato, siempre que ese interés sea real y no ficticio (en este sentido, STJUE de 16 de abril de 2015, *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, apartado 20; y de 5 de abril de 2017, *Borta*, C-298/15, apartados 43 y 45).

resolución que el juez nacional adopte a raíz de la respuesta del Tribunal de Justicia producirá también efectos en relación con esos últimos nacionales³⁵.

2) Situaciones puramente internas que presentan un interés para el Derecho de la Unión: las excepciones *Dzodzi* y *Guimont*

El segundo grupo de excepciones corresponde a supuestos en los que, aunque todos los elementos del caso están circunscritos al interior de un único Estado miembro —y son, por tanto, “situaciones puramente internas”—, el Derecho de la Unión se aplica por decisión del Derecho nacional. En estos casos, es el propio interés de la Unión el que impone la intervención del Tribunal de Justicia en vía prejudicial. Así se contempla en dos líneas jurisprudenciales distintas: la primera —jurisprudencia *Dzodzi*— interviene en el caso de una remisión expresa del Derecho nacional al Derecho de la Unión; la segunda —jurisprudencia *Guimont*— se caracteriza por la intervención de un órgano judicial nacional dirigida a impedir una diferencia de trato entre situaciones internas y las que se beneficien de la aplicación del Derecho de la Unión —una “discriminación a la inversa”—, en atención al principio de igualdad regulado en el Derecho nacional. Ambos supuestos permiten la aplicación, fuera de su ámbito inicial, no sólo de las reglas de los Tratados sino, en general, de cualesquiera normas de Derecho de la Unión.

2.1) *El supuesto Dzodzi*

En su jurisprudencia *Dzodzi*, en primer lugar, el Tribunal de Justicia se declara competente para responder a cuestiones prejudiciales relativas a disposiciones del Derecho de la Unión en supuestos en los que, aunque ningún elemento del litigio principal se sitúa en el ámbito de aplicación directa de ese Derecho, esas disposiciones europeas han sido declaradas aplicables por el Derecho nacional al atenerse, para resolver una situación puramente interna, a las soluciones adoptadas por el Derecho de la Unión³⁶.

³⁵ STJUE de 8 de mayo de 2013, *Libert y otros*, C-197/11 y C-203/11, apartado 35.

³⁶ STJCE de 18 de octubre de 1990, *Dzodzi*, asuntos acumulados C-297/88 y C-197/89, apartados 36, 37 y 41. Véanse también SSTJCE de 11 de enero de 2001, *Kofisa Italia*, C-1/99, apartado 32; de 14 de diciembre de 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, apartado 19; de 11 de diciembre de 2007, *ETI y otros*, C-280/06, apartado 21; SSTJUE de 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg*, C-352/08, apartado 33, de 18 de octubre de 2012, *Pelati*, C-603/10, apartado 18; y de 14 de marzo de 2013, *Allianz Hungária Biztosító y otros*, C-32/11, apartado 20.

En tales supuestos, la jurisprudencia entiende que existe un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho europeo reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse. Se trata, en definitiva, de evitar que la norma comunitaria, una vez incorporada al Derecho interno, pueda cobrar vida propia. Al declararse competente para interpretar ese “Derecho nacional de la Unión”, el Tribunal de Justicia preserva su monopolio de interpretación de los Tratados.

Esta decisión del legislador nacional de reenviar la regulación de una situación interna al Derecho de la Unión puede responder a motivos muy diversos, entre ellos evitar eventuales discriminaciones a la inversa o distorsiones de la competencia, pero también simplemente la búsqueda de cierta unidad o coherencia en la regulación de una determinada materia³⁷.

El Tribunal de Justicia se ha declarado así competente, por ejemplo, para interpretar los artículos 101 y 102 TFUE, en el contexto de situaciones puramente internas, cuando las normas nacionales en materia de competencia aplicables al caso tomaban claramente como modelo la regulación de los citados preceptos del Tratado³⁸; y en asuntos regidos por normas fiscales nacionales que extendían el ámbito de aplicación de una Directiva a situaciones similares puramente internas³⁹ o por normas tributarias que reproducían literalmente el Código aduanero comunitario para asegurar un tratamiento único en situaciones similares⁴⁰. Incluso, el Tribunal reconoce su competencia para interpretar una Directiva no aplicable *ratione temporis* al litigio en cuestión, en la medida en que el legislador nacional procedió a su transposición sin limitar en el tiempo la aplicabilidad de sus

³⁷ En la STJCE *Dzodzi* prima la primera de estas dos motivaciones: estaba en cuestión una ley belga que extendía a los nacionales de un tercer Estado casados con ciudadanos belgas los beneficios que la libre circulación de trabajadores permitía aplicar a los nacionales de un tercer Estado casados con nacionales de otros Estados miembros (no belgas) que trabajasen en Bélgica, para evitar un trato más perjudicial para los nacionales belgas. Como ejemplo de legislación que persigue evitar distorsiones de la competencia, véanse STJCE de 17 de julio de 1997, *Lew-Bloem*, C-28/95, apartado 32; y STJUE de 26 de noviembre de 2015, *Maxima Latvija*, C-345/14. Respecto a la búsqueda de unidad y coherencia, puede citarse la normativa nacional en cuestión en la STJCE de 16 de marzo de 2006, *Poseidon Chartering*, C-3/04.

³⁸ STJCE *Allianz Hungaria*, antes citada.

³⁹ STJCE *Lew-Bloem*, antes citada.

⁴⁰ STJCE *Kofisa Italia*, antes citada.

disposiciones, de modo que éstas serían aplicables a hechos anteriores a la entrada en vigor de la Directiva⁴¹.

La remisión al Derecho de la Unión puede efectuarse, como se ha visto, en una norma nacional (es habitual, por ejemplo, la extensión del ámbito de aplicación de las Directivas en las normas de transposición de las mismas, o incluso de los Reglamentos en sus normas nacionales de complemento), pero también cabe hacerla en un contrato. En el asunto *Federconsorzi*, el Tribunal interpretó un Reglamento comunitario que únicamente resultaba aplicable al caso por remisión expresa de una cláusula contractual acordada por las partes del procedimiento principal, para determinar el límite de la responsabilidad económica de una de ellas⁴².

Una reproducción fiel o literal del contenido de la norma comunitaria suele abrir la puerta a la interpretación por el Tribunal de Justicia, especialmente cuando va unida a indicaciones en la parte expositiva de la norma nacional en las que se deje constancia de esa “inspiración” comunitaria⁴³. Lo mismo ocurre cuando la remisión es de carácter expreso⁴⁴, haciendo “*directa e incondicionalmente aplicables*” las disposiciones del Derecho de la Unión⁴⁵.

En ocasiones, la existencia de esa remisión puede ser incierta. En el asunto *Kleinwort Benson*, por ejemplo, la Ley nacional aplicable al litigio principal no efectuaba una remisión expresa a la norma comunitaria cuya interpretación se solicitaba, limitándose a tomarla como modelo y a reproducir sólo parcialmente sus términos; además, en general, de su tenor literal cabía deducir que los tribunales nacionales no estaban obligados a resolver los litigios de los que conociesen aplicando, de modo absoluto e incondicional, la interpretación de dicha norma que el Tribunal de Justicia les proporcionase. En tales condiciones, éste consideró que carecía de competencia para pronunciarse sobre la cuestión prejudicial planteada, aduciendo que “*es imposible admitir que las respuestas que este Tribunal de Justicia dé a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tengan un efecto puramente consultivo y carezcan de efecto vinculante. Tal situación desvirtuaría la*

⁴¹ STJUE de 2 de marzo de 2010, *Salahadin Abdulla y otros*, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, apartado 49.

⁴² STJCE de 25 de junio de 1992, C-88/91, apartados 6-9.

⁴³ STJCE *Allianz Hungría*, antes citada, apartado 21.

⁴⁴ STJCE *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, antes citada.

⁴⁵ STJCE de 21 de diciembre de 2011, *Teresa Cicala*, C-482/10, apartado 19.

*función del Tribunal de Justicia, (...) es decir, la de un órgano jurisdiccional cuyas sentencias son de obligado cumplimiento*⁴⁶.

En estos casos dudosos, sin embargo, el Tribunal se toma la molestia de precisar que “*corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar el alcance exacto de esa remisión al Derecho comunitario, puesto que la competencia del Tribunal de Justicia se limita únicamente al examen de las disposiciones del Derecho comunitario (...). En efecto, corresponde al Derecho interno y, por consiguiente, a la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro, tener en cuenta los límites que el legislador nacional haya podido poner a la aplicación del Derecho comunitario a situaciones puramente internas*”⁴⁷.

2.2) *El supuesto Guimont*

Tras *Dzodzi*, de nuevo, el Tribunal dio un paso más con jurisprudencia *Guimont*, en la que se establece que la interpretación por el Tribunal de Justicia del Derecho de la Unión puede resultar pertinente en el marco de un litigio que verse sobre una situación puramente interna cuando el Derecho nacional obligue al órgano jurisdiccional que deba resolver aquél a conceder a los nacionales de dicho Estado los mismos derechos que el Derecho de la Unión reconoce a los nacionales de otro Estado miembro que se halle en la misma situación⁴⁸.

Se trata, en definitiva, de situaciones puramente internas a las que es aplicable una norma nacional que ni remite al Derecho de la Unión ni reproduce su contenido, y cuya aplicación lleva a un resultado menos beneficioso para las personas o bienes nacionales implicados que si se aplicase el Derecho europeo. Pues bien, si se da la circunstancia de que el ordenamiento jurídico de ese Estado —en particular, por la interpretación que en

⁴⁶ STJCE de 28 de marzo de 1995, *Kleinwort Benson*, C-346/93.

⁴⁷ STJCE *Leur Bloem*, ya referida, apartado 33, y jurisprudencia allí citada. Una reproducción fiel o literal del contenido de la norma comunitaria suele abrir la puerta a la interpretación por el Tribunal de Justicia, especialmente cuando va unida a indicaciones en la parte dispositiva de la norma nacional en la que se deje constancia de esa “inspiración” comunitaria (por ejemplo, STJCE *Allianz Hungría*, antes citada, apartado 21). Lo mismo ocurre cuando la remisión es de carácter expreso (STJCE *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, antes citada).

⁴⁸ STJCE de 5 de diciembre de 2000, *Guimont*, C-448/98, apartado 23. En el mismo sentido, SSTJUE de 21 de junio de 2012, *Susisalo y otros*, C-84/11, apartado 20; y de 21 de febrero de 2013, *Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia y otros*, C-111/12, apartado 35.

el mismo se hace del principio de igualdad, lo que no siempre ocurrirá—prohíbe las llamadas “discriminaciones a la inversa”, aceptando que sus nacionales deben tener en esos casos los mismos derechos que los nacionales de otros Estados miembros en aplicación del Derecho de la Unión, las reglas de este último podrían desplazar a las nacionales, lo que a su vez justifica que el juez comunitario deba interpretarlas en ese caso concreto.

El Tribunal de Justicia ha sido extraordinariamente flexible en la aplicación de esta excepción, entrando a conocer asuntos partiendo de la simple hipótesis o suposición de que el Derecho nacional podría exigir que se concediesen a un nacional los mismos derechos que el Derecho comunitario reconoce a un nacional de otro Estado miembro en la misma situación (“*tal respuesta podría serle útil en el supuesto de que su Derecho nacional exigiera que se concediese a un nacional portugués los mismos derechos que el Derecho comunitario reconoce a un nacional de otro Estado miembro en la misma situación*”)⁴⁹, descartando esa intervención únicamente cuando el ordenamiento nacional excluya expresamente la posibilidad de ese alineamiento de la situación interna con el régimen aplicable a las situaciones sujetas al Derecho de la Unión⁵⁰ o simplemente cuando se constate que las normas comunitarias invocadas son manifiestamente inaplicables a esa situación⁵¹.

Debe insistirse en que esa extensión de la aplicabilidad del Derecho de la Unión en atención al principio de igualdad, *ex jurisprudentia Guimont*, debe venir determinada por la interpretación y alcance que a dicho princi-

⁴⁹ Entre otras, STJCE de 11 de septiembre de 2003, *Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) y otros*, C-6/01, apartados 40-41.

⁵⁰ Véase, por ejemplo, la STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Omalet*, C-245/09, apartado 16: el Tribunal de Justicia declaró inadmisibles una cuestión prejudicial planteada en el contexto de una situación puramente interna a la vista de un pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional belga en el que se afirmaba que la diferencia de trato establecida en una Ley belga entre, por un lado, los comitentes y los promotores establecidos en Bélgica que recurren a un subcontratista extranjero no registrado en Bélgica, que pueden invocar los artículos 49 CE y 50 CE, y, por otro lado, los que recurren a un prestador de servicios establecido en Bélgica, que no pueden invocar dichos artículos, no vulneraba el principio de igualdad consagrado en la Constitución belga, dado que no procede comparar las situaciones comprendidas exclusivamente en el ámbito de aplicación del Derecho interno con las reguladas por el Derecho de la Unión. Ello excluía toda posibilidad de aplicación del Tratado en la situación allí contemplada y, con ello, toda intervención del Tribunal de Justicia en vía prejudicial.

⁵¹ STJUE de 1 de julio de 2010, *Sbarigia*, C-393/08, apartados 30-38.

pio se dé en el correspondiente Derecho nacional⁵². El propio Derecho de la Unión no puede extender su ámbito de aplicación más allá de lo previsto, invadiendo terrenos propios de los Estados miembros.

Tal extensión no puede fundarse, en particular, en una invocación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por una parte, ésta carece de una disposición equivalente al artículo 14 del Convenio de Roma, que prohíba con carácter general la discriminación en el goce de los derechos en ella consagrados. Por otra parte, los derechos reconocidos en la Carta únicamente se aplican en las “*situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, pero no fuera de ellas*” y no, en particular, en “*situaciones puramente internas*”. A este respecto, procede recordar que de acuerdo con el artículo 51.1 de la Carta, sus disposiciones se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. En consecuencia, puesto que los derechos fundamentales garantizados por la Carta deben ser respetados cuando una normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, “*la aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta*”; pero cuando, “*por el contrario, una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia no tiene competencia para conocer de ella y las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas no pueden fundar por sí solas tal competencia*”⁵³.

3) La excepción fundada en la ciudadanía europea: el caso Ruiz Zambrano

Frente a lo anterior, sin embargo, el Tribunal de Justicia ha abierto la puerta a una tercera excepción a la regla de las situaciones puramente internas, a través del concepto de la ciudadanía europea. Es el caso contemplado en la jurisprudencia *Ruiz Zambrano*, que merece igualmente ser analizado aquí, si bien quizás por su excepcionalidad o su diferente naturaleza el Tribunal no lo incluyó en el catálogo de la Sentencia *Ullens de Schooten*.

De acuerdo con la tradicional definición de la Sentencia *Grzelczyk*, “*la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico*”⁵⁴. De acuerdo con una consolidada jurisprudencia,

⁵² A *sensu contrario*, véase STJUE *Omalet*, antes citada.

⁵³ STJUE de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, apartados 19 a 22.

⁵⁴ STJCE de 20 de septiembre de 2001, C-184/99, apartado 31.

sin embargo, “la ciudadanía de la Unión no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado a situaciones internas que no tienen ninguna conexión con el Derecho comunitario”. En ausencia de vínculo transfronterizo, por tanto, el Derecho de la Unión (en particular, las libertades de circulación) no puede aplicarse, y el litigio ha de resolverse en el marco del sistema jurídico de dicho Estado⁵⁵.

En ese contexto se planteó el caso *Ruiz Zambrano*⁵⁶. Recordemos brevemente los hechos. Los Sres. Ruiz Zambrano, de nacionalidad colombiana, residían en Bélgica, donde habían solicitado el estatuto de refugiado y habían formulado otras peticiones de regularización fundadas en el riesgo que para ellos implicaba volver a Colombia, peticiones todas ellas desestimadas. El matrimonio tuvo dos hijos en Bélgica, que adquirieron la nacionalidad belga; el Sr. y la Sra. Ruiz Zambrano presentaron entonces una nueva solicitud de residencia permanente, fundada en el hecho de ser ascendientes de un nacional belga, solicitud que también fue desestimada. En vía judicial, el Sr. Ruiz Zambrano alegó que tenía un derecho de residencia basado directamente en el Tratado CE, invocando la STJCE *Zhu y Chen*⁵⁷, que reconocía el derecho de residencia por tiempo indefinido a los ascendientes de un menor de corta edad que fuese nacional de un Estado miembro.

El caso *Zhu y Chen* presentaba, sin embargo, una importante diferencia con el de los Sres. Ruiz Zambrano, pues el menor en cuestión era la hija de un matrimonio de nacionalidad china que solicitaba el permiso de residencia en el Reino Unido, pero la niña, nacida en Belfast, no tenía la nacionalidad británica, sino la irlandesa, que adquiere toda persona nacida en la isla de Irlanda si no tiene derecho a adquirir la nacionalidad de otro país. El asunto presentaba, por tanto, un indudable vínculo transfronterizo, pues, aunque la ciudadana de la Unión en cuestión (la hija del matrimonio Chen) nunca había “ejercitado su derecho a la libertad de circulación” (pues nació en el Reino Unido —en Belfast— y seguía viviendo allí —en Cardiff—), no era nacional británica, sino irlandesa, y el caso se planteaba ante las autoridades británicas⁵⁸. Los niños Ruiz Zambrano, por

⁵⁵ SSTJCE de 5 de junio de 1997, *Uecker y Jacquet*, C-64/96 y C-65/96, apartado 23; de 2 de octubre de 2003, *García Avello*, C-148/02, apartado 26; y de 12 de julio de 2005, *Schempp*, C-403/03, Rec. p. I-6421, apartado 20.

⁵⁶ STJUE de 8 de marzo de 2011, C-34/09.

⁵⁷ STJCE de 19 de octubre de 2004, C-200/02.

⁵⁸ La situación de un nacional de un Estado miembro que ha nacido en el Estado miembro de acogida y que no ha ejercitado su derecho a la libre circulación no

el contrario, eran belgas y residían desde su nacimiento en Bélgica, sin haber ejercitado en ningún momento su derecho a la libre circulación en el territorio de la Unión. Ello convertía al litigio principal en una “situación puramente interna” no regida por las libertades de circulación y residencia garantizadas por el Derecho de la Unión, y susceptible por ello de producir una “discriminación a la inversa” en perjuicio de la familia afectada⁵⁹.

En este contexto, el Sr. Ruiz Zambrano invocó las disposiciones relativas a la ciudadanía de la Unión, manifestando que el estatuto de ciudadano europeo, que incluye el derecho a residir en el territorio de la Unión, no implica un desplazamiento fuera del Estado miembro en cuestión y que él mismo, como miembro de la familia, debía tener un derecho de residencia y estar exento del permiso de trabajo en dicho Estado miembro.

Pues bien, el Tribunal de Justicia optó por atribuir al Sr. Ruiz Zambrano la protección derivada de la ciudadanía de la Unión de que disfrutaban sus hijos, con base en la siguiente argumentación:

- 1º) El artículo 20 TFUE “*se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión*”.
- 2º) La negativa a conceder un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo, tienen tal efecto de privación, pues “*los mencionados menores, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de la*

puede considerarse, sólo por esta razón, una situación puramente interna que impide al citado nacional alegar en el Estado miembro de acogida las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación y de residencia de las personas (STJCE *Zhu y Chen*, apartado 19). Una situación semejante se daba, aunque la cuestión planteada fuese otra, en el caso *García Avello* (STJCE de 2 de octubre de 2003, C-148/02).

⁵⁹ La situación hubiera presentado un claro vínculo transfronterizo si, por ejemplo, la familia hubiese estado primero instalada en España, los niños tuviesen la nacionalidad española y, después, pretendiesen el derecho de residencia en Bélgica. En este tipo de casos, el vínculo transfronterizo permitiría sin duda invocar las libertades de circulación; es más, el derecho de residencia del ascendiente puede venir determinado directamente por la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

Unión para acompañar a sus progenitores. (...) En tales circunstancias, estos ciudadanos de la Unión se verán, de hecho, en la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la Unión”.

Se crea así un nuevo supuesto excepcional de aplicación del Derecho de la Unión en situaciones que en principio habría que calificar como puramente internas.

Muy pronto, sin embargo, el Tribunal de Justicia aclaró el carácter restrictivo de esta excepción fundada en el artículo 20 TFUE, precisando que sólo cabe aplicarla en “situaciones muy específicas”: en esencia, cuando se trate de ciudadanos de la Unión menores de edad que residen en el Estado miembro de su nacionalidad con sus padres, nacionales de un tercer Estado, en la medida en que la expulsión de estos últimos obligaría al ciudadano de la Unión —por su dependencia material respecto a los anteriores— a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también el de la Unión en su conjunto. Por ejemplo, en la Sentencia *Mc Carthy*⁶⁰, dictada apenas dos meses después, el Tribunal precisó que la excepción no alcanzaba al cónyuge de un ciudadano de la Unión, pues la denegación del derecho de residencia a aquél no hacía inevitable, como en el caso de un menor, la salida del ciudadano europeo del territorio de la Unión⁶¹.

Ahora bien, pese a los estrictos límites de la excepción, la jurisprudencia también ha confirmado el elevado grado de protección que se garantiza a los ciudadanos de la Unión que pueden hacer uso de la misma: así se constata con la lectura de las Sentencias *CS* y *Rendón Marín*, ambas dictadas el 13 de septiembre de 2016, en las que el Tribunal se pronunció sobre sendos casos en los que los progenitores que solicitaban la nacionalidad tenían algún tipo de antecedentes penales, concluyendo que el artículo 20 TFUE se opone a una normativa nacional que deniegue automáticamente la autorización de residencia por esa circunstancia, cuando tal denegación

⁶⁰ STJUE de 5 de mayo de 2011, C-434/09.

⁶¹ En el mismo sentido, en la Sentencia *Dereci*, el Tribunal precisó que “*el solo hecho de que a un nacional de un Estado miembro le pueda parecer deseable, por razones de orden económico o para mantener la unidad familiar en el territorio de la Unión, que miembros de su familia, que no tienen la nacionalidad de un Estado miembro, puedan residir con él en el territorio de la Unión no basta por sí mismo para considerar que el ciudadano de la Unión se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión si ese derecho no fuera concedido*” (STJUE de 15 de noviembre de 2011, C-256/11, apartado 68). Véase también STJUE de 8 de mayo de 2013, *Ymeraga*, C-87/12, apartado 38.

tenga como consecuencia obligar a los hijos del interesado, ciudadanos de la Unión, a abandonar el territorio de la Unión Europea⁶².

3. CONCLUSIONES: EL PAPEL DEL JUEZ NACIONAL Y LA CONTRIBUCIÓN DEL ABOGADO

Sirva cuanto precede para tratar de esclarecer si un litigio que, en principio, no presenta ningún vínculo transfronterizo aparente que permita atraerlo al ámbito del Derecho de la Unión, puede no obstante resolverse con la aplicación de este último por encajar dentro de una de las excepciones a la regla de las “situaciones puramente internas” que ha trazado la jurisprudencia.

La Sentencia *Ullens de Schooten*, ya citada, facilita esta delicada tarea de calificación al efectuar una suerte de catálogo de las mencionadas excepciones, hasta entonces dispersas en una abundante jurisprudencia; pero esa clarificación permite asimismo al Tribunal, en un segundo tiempo de la motivación, hacer recaer formalmente sobre el juez nacional la obligación de justificar la concurrencia de estos supuestos de aplicación excepcional del Derecho de la Unión. Así, con invocación del artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia⁶³, la Sentencia recuerda que, “*en el contexto de una situación como la del litigio principal, en la que todos sus elementos están circunscritos al interior de un único Estado miembro, incumbe al órgano jurisdiccional remitente indicar al Tribunal de Justicia (...) en qué medida, a pesar de su carácter meramente interno, el litigio del que conoce presenta un elemento de conexión con las disposiciones del Derecho de la Unión relativas a las libertades fundamentales que hace necesaria una interpretación con carácter prejudicial para resolver dicho litigio*”⁶⁴.

⁶² STJUE *Rendón Marín*, C-165/14 y CS, C-304/14.

⁶³ Que precisa el contenido que debe tener una cuestión prejudicial remitida al Tribunal de Justicia, haciendo referencia, en particular, a “*c) la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, así como de la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal*” (Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de septiembre de 2012, en su versión modificada el 18 de junio de 2013 y el 19 de julio de 2016.

⁶⁴ STJUE *Ullens de Schooten*, ya citada, apartado 55.

No es ésta una obligación nueva; se desprende, como se ha indicado, del artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, y también de una jurisprudencia constante en la que éste viene manteniendo, por una parte, que la cuestión de si los elementos de un litigio se circunscriben o no al interior de un único Estado miembro depende de las constataciones de hecho que corresponde establecer a la jurisdicción nacional, de modo que una transmisión insuficiente de tales elementos por parte del juez nacional lleva al juez comunitario a la imposibilidad de pronunciarse sobre la existencia o no de una situación puramente interna del litigio en cuestión, obligándole a declarar la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial⁶⁵. Por otra parte, la jurisprudencia insiste en que, para que pueda darse una interpretación útil del Derecho comunitario, es indispensable que el órgano jurisdiccional nacional explique las razones por las cuales considera que una respuesta a sus cuestiones resulta necesaria para la solución del litigio. Una vez en posesión de esta información, el Tribunal de Justicia estará en condiciones de verificar si la interpretación del Derecho comunitario que se le pide guarda relación con la realidad y el objeto del litigio principal y, si resulta que la cuestión planteada manifiestamente no es pertinente para resolver dicho litigio, aquél deberá acordar el sobreseimiento⁶⁶.

En la práctica, sin embargo, el Tribunal se ha mostrado bastante indulgente en relación con estas exigencias, manteniendo que las cuestiones prejudiciales gozan de una presunción de pertinencia, respondiendo a cuestiones en las que cabía dudar del carácter real del litigio o de la utilidad de la respuesta para su resolución⁶⁷, considerando suficientes, pese a una cuestión prejudicial insuficientemente motivada en este punto, las explicaciones efectuadas al respecto por las partes en la vista⁶⁸; y hasta declarándose competente para conocer de determinados aspectos de un asunto que el juez nacional ha considerado como puramente internos, re-

⁶⁵ Por ejemplo, STJCE de 18 de marzo de 1980, *Procureur du Roi/Debauwe*, C-52/79, apartado 9; AATJUE de 30 de enero de 2014, *Paola C.*, C-122/13; de 3 de julio de 2014, *Tudoran*, C-92/14; y de 12 de julio de 2016, *Salyouni y Manisch*, C-281/15 y, de la misma fecha, *Security Service y otros*, C-692/15 a C-694/15.

⁶⁶ STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*, C-167/01, apartados 46 y 47. Asimismo, véanse SSTJCE de 16 de diciembre de 1981, *Foglia*, 244/80, apartado 17; y de 16 de julio de 1992, *Lourenço Dias*, C-343/90, apartado 20.

⁶⁷ Véanse, por ejemplo, STJCE de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, C-144/04; y de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio*, C-210/06.

⁶⁸ Véase, por ejemplo, STJUE de 21 de junio de 2012, *Suisalo*, C-84/11.

formulando la cuestión prejudicial o suscitando, de oficio, la aplicación una norma europea no invocada por el juez nacional⁶⁹.

Con su declaración formal en *Ullens de Schooten*, sin embargo, el Tribunal de Luxemburgo parece querer indicar su voluntad de exigir al juez nacional un mayor rigor en el cumplimiento de esa obligación de motivación de las cuestiones prejudiciales, pues, como indicaba el Abogado General Wahl en sus conclusiones presentadas en el asunto *Venturini*, antes citadas, “*el ‘espíritu de colaboración’ que rige en el marco del procedimiento prejudicial funciona de forma recíproca*”, de modo que “*el Tribunal de Justicia debe procurar hacer todo lo posible para ayudar a los órganos jurisdiccionales remitentes a interpretar y aplicar correctamente el Derecho de la Unión, pero éstos también deben procurar ayudar al Tribunal de Justicia, aportando toda la información y elementos de prueba necesarios para garantizar que pueda llevar a cabo su función interpretativa*” y “*esto es especialmente importante cuando la información y los elementos de prueba que debe proporcionar el órgano jurisdiccional son necesarios para que el Tribunal de Justicia pueda establecer si efectivamente es competente*”. Así, “*cuando existe un elemento transfronterizo concreto en el litigio principal, la relevancia que tiene la interpretación de las disposiciones del Tratado por el Tribunal de Justicia para el órgano jurisdiccional remitente es evidente de forma inmediata. Sin embargo, cuando los hechos se circunscriben al interior de un solo Estado miembro no pueden presumirse los efectos transfronterizos. Por consiguiente, salvo que este extremo resulte obvio de los autos del caso, el órgano jurisdiccional remitente estará obligado a explicar al Tribunal de Justicia por qué la aplicación de la medida controvertida podría obstaculizar el ejercicio de una libertad fundamental por los operadores económicos extranjeros. En ausencia de una explicación detallada sobre este punto, (...) el Tribunal de Justicia está legitimado para estimar que el asunto es de carácter hipotético o que carece de suficiente información para poder ofrecer una interpretación útil de las normas del Tratado*”⁷⁰.

⁶⁹ Por ejemplo, STJCE de 23 de marzo de 2009, *Rüffler*, C-544/07, apartados 57 y 58.

⁷⁰ Conclusiones *Venturini*, *op. cit.*, puntos 56 y 38. Con posterioridad a la Sentencia *Ullens*, el Tribunal de Justicia ha dictado, por ejemplo, la STJUE *Eurosaneamientos, S.L.*, en la que, tras pronunciarse sobre la compatibilidad con el artículo 101 TFUE de los baremos de honorarios de los procuradores españoles —por tratarse de una regulación que puede afectar al comercio entre los Estados miembros en el sentido de dicho artículo—, se declaró incompetente para responder a las cuestiones planteadas en relación con la libre prestación de servicios, en la medida en que el litigio principal se planteaba en una situación puramente interna (STJUE de 8 de diciembre de 2016, C-532/15 y C-538/15). También posterior a *Ullens* son las SSTJUE de 13 de junio de 2017, *Gibraltar Betting and Gaming Association Limited*,

Pues bien, esta obligación de motivación que recae sobre el juez nacional ofrece al abogado de la parte interesada en la aplicación del Derecho de la Unión la oportunidad de ofrecer a aquél los argumentos necesarios para justificar que el litigio del que conoce, pese a tener un carácter meramente interno, presenta un elemento de conexión con las disposiciones del Derecho de la Unión de acuerdo con una de las líneas jurisprudenciales analizadas en el presente informe. En último término, es evidente, siempre será necesaria una resolución judicial expresa que contenga esa motivación, pues el juez nacional es el único “dueño” de la decisión sobre si formular o no, y cómo hacerlo, una cuestión prejudicial⁷¹, pero nada impide a las partes facilitar su tarea e instar la remisión del asunto al Tribunal de Justicia, suministrándole esos argumentos.

Para finalizar, cabe recordar que los supuestos excepcionales que se han expuesto no cubren todos los casos de situaciones puramente internas, y que las “discriminaciones a la inversa” siguen existiendo en el seno de los Estados miembros, no pudiendo alegarse frente ellas sino el Derecho interno. En tales casos, corresponde al juez nacional apreciar si esa discriminación está prohibida por el Derecho nacional y, en su caso, determinar cómo debe eliminarse⁷².

Por otra parte, el carácter evolutivo y en ocasiones hasta acomodaticio de la jurisprudencia descrita puede dar lugar a intentos de abuso o fraude en su aplicación, con intentos de “huida” indebida del Derecho nacional. A este respecto, debe aclararse que, aunque es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que las facilidades creadas por el Tratado no pueden

C-591/15 y de 26 de julio de 2017, *Persidera*, C-112/16, así como el ATJUE de 27 de abril de 2017, *Emmea y Commercial*, C-595/16.

⁷¹ Es más, la jurisprudencia ha declarado que una mera remisión del juez nacional a lo manifestado al respecto por las partes en sus observaciones no resulta suficiente a estos efectos, no sólo por el carácter contradictorio que tales intervenciones pueden presentar, sino también porque con ello no se garantiza el derecho de otros Estados miembros y de las instituciones europeas, por ejemplo, a presentar observaciones en el procedimiento prejudicial (véase, por ejemplo, ATJCE de 2 de marzo de 1999, *Colonia Versicherung y otros*, C-422/98, apartados 8 y 9).

⁷² En este sentido, Autos del TJCE de 5 de abril de 2004, *Mosconi y Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia*, C-3/02, apartado 53; y de 19 de junio de 2008, *Kurt*, C-104/08, apartado 23; y STJCE de 5 de junio de 1997, *Uecker y Jacquet*, asuntos acumulados C-64/96 y C-65/96: “Las posibles discriminaciones de que pueden ser objeto los nacionales de un Estado miembro en lo que respecta al Derecho de ese Estado están comprendidas en el ámbito de aplicación de éste, por lo que deben ser resueltas en el marco del sistema jurídico interno de dicho Estado” (apartado 23).

dar lugar a que personas que gozan de las mismas eludan abusivamente la aplicación de las legislaciones nacionales o a que los Estados miembros se vean en la imposibilidad de adoptar las medidas necesarias para impedir tales abusos⁷³, para probar que existe una práctica abusiva es necesario que concurren, por un lado, una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa de la Unión, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa y, por otro lado, un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa de la Unión, creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención⁷⁴.

⁷³ SSTJCE de 7 de febrero de 1979, *Knoors*, 115/78, apartado 25; y de 3 de octubre de 1990, *Bouchoucha*, C-61/89, apartado 14.

⁷⁴ SSTJUE de 16 de octubre de 2012, *Hungría/Eslovaquia*, C-364/10, apartado 58; y de 12 de marzo de 2014, *O. y B.*, C-456/12, apartado 58.

INFORMES 2011

Informe 1/2011

La intervención judicial de las **comunicaciones abogado-cliente** y sus consecuencias sobre el derecho a la defensa en el proceso penal

Informe 2/2011

Propiedad, posesión, uso y abuso de los **expedientes de clientes** en los despachos de abogados

Informe 3/2011

Utilización del **cloud computing** por los despachos de abogados

Informe 4/2011

La regulación de los letrados asesores del **órgano de administración de sociedades** mercantiles y sobre la posibilidad de designar a letrados personas jurídicas

Informe 5/2011

El derecho a la asistencia letrada al detenido (art. 17.3 Ce), su relación con el **derecho a la defensa** (art. 24.2 CE) y posibilidades para su reforzamiento.

Informe 6/2011

El derecho de huelga de Jueces y Magistrados

Informe 7/2011

Los denominados **juicios paralelos** o virtuales emitidos en medios audiovisuales que representan y reproducen hechos que constituyen el objeto de un proceso penal en situación de litispendencia

Informe 8/2011

Las posibilidades de reacción del abogado en caso de **retraso en las audiencias públicas**

Informe 9/2011

El tratamiento en **IVA de las cuotas satisfechas** a los colegios profesionales por sus miembros

Informe 10/2011

La aplicación del **recurso cameral** permanente a la actividad profesional de los abogados

Informe 11/2011

La regulación de **la función de “lobby”** por los despachos de abogados en la Unión Europea

Informe 12/2011

El tratamiento jurídico-procesal de las situaciones de **maternidad y paternidad concurrentes** en los abogados y abogadas que ejerzan la defensa procesal

Informe 13/2011

Los **requisitos exigibles para el acceso** a la abogacía en España por parte de súbditos de Estados miembros de la UE

INFORMES 2012

Informe 1/2012

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

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

Informe 3/2012

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

Informe 4/2012

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

Informe 5/2012

La posible implantación del **copago en la justicia**

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**

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**

Informe 8/2012

Los **enfermos mentales en el Sistema Penitenciario**. Un análisis jurídico

Informe 9/2012

Aplicación del IVA por los Colegios de Abogados

Informe 10/2012

Cesión al abogado que lo solicite de la **publicidad institucional** del Consejo General de la Abogacía Española

Informe 11/2012

El derecho de los abogados a **acceder al contenido de las actuaciones judiciales**

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

INFORMES 2013

Informe 1/2013

Análisis de la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo al **traslado de copias de escritos y documentos** en el proceso civil cuando intervenga procurador

Informe 2/2013

Las **tasas judiciales** y la responsabilidad civil

Informe 3/2013

Exenciones del IVA por las prestaciones de servicios realizadas por Colegios Profesionales

Informe 4/2013

La memoria del análisis de **impacto normativo de la Ley Tasas**

Informe 5/2013

Borrador de anteproyecto de **Ley Orgánica del Poder Judicial**, elaborado por la Comisión Institucional creada por acuerdo de Consejo de Ministros, de 2 de marzo de 2012

Informe 6/2013

La obligación de los Colegios de Abogados de tener **hojas de reclamaciones**

Informe 7/2013

La **organización territorial de la Abogacía** española ante la nueva Ley de Servicios y Colegios Profesionales

Informe 8/2013

La **publicidad de los servicios jurídicos** por parte de la abogacía

Informe 9/2013

El anteproyecto de ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil: la **representación procesal y la defensa técnica**

INFORMES 2014

Informe 1/2014119

Los Colegios de Abogados ante el **concurso de acreedores de los despachos** de abogados

Informe 2/2014

Las **obligaciones de transparencia** de los Colegios de Abogados a la vista de la nueva Ley 19/2013 de Transparencia, Derecho de Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno

Informe 3/2014

Deber de los Colegios de Abogados de emitir informe a solicitud del órgano judicial en los procesos en que se reclamen **honorarios profesionales**

Informe 4/2014

La obligación de los Colegios Profesionales y los Consejos de Colegios de disponer de una **sede electrónica y/o ventanilla única**

Informe 5/2014229

Términos legales de los requerimientos de información tributaria a los juzgados y tribunales relativos a procedimientos judiciales y sobre los requerimientos a los Colegios de Abogados relativos a **informes sobre costas y jura de cuentas**

Informe 6/2014

El acuerdo extrajudicial de pagos y la **mediación concursal**

Informe 7/2014

El alcance y naturaleza de las **agrupaciones colegiales de abogados**

Informe 8/2014135

Los Colegios de Abogados ante el **fallecimiento sin sustitución** de uno de sus colegiados

Informe 9/2014

Limitación de la **cuota ordinaria colegial** en el anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales: alcance en relación con las aportaciones al Consejo General de la Abogacía Española y a los Consejos Autonómicos, en su caso

Informe 10/2014

Funciones que se atribuyen a los Colegios Profesionales y Consejos de Colegios en el anteproyecto de **Ley de Servicios y Colegios Profesionales**

Informe 11/2014149

Propuesta de anteproyecto de Ley de Eficiencia de la **Jurisdicción Contencioso-administrativa**, en lo referente a la resolución de los recursos administrativos ordinarios

Informe 12/2014

La nueva Ley Orgánica de Protección de la **Seguridad Ciudadana**

INFORMES 2015

Informe 1/2015

El régimen jurídico de las reuniones entre los **juces y los abogados**

Informe 2/2015

Intervención de las comunicaciones del imputado con su abogado quien, a su vez, es decano de un colegio

Informe 3/2015

Tratamiento fiscal de las **dietas**

Informe 4/2015

Inclusión del IVA de los abogados en la **tasación de costas**

Informe 5/2015

Denegación de la suspensión de actuaciones judiciales por imposibilidad del abogado y su **sustituibilidad** por otro letrado del mismo despacho

Informe 6/2015

Regulación de la ley de **habeas corpus** y preceptividad de intervención letrada

Informe 7/2015

Inscripción de las **sociedades profesionales** en los registros colegiales

Informe 8/2015

Entrada y **registro** de despachos de abogados

Informe 9/2015

Huida de la sociedad profesional para el **ejercicio de la abogacía**

Informe 10/2015

Relación del director de la **Escuela de Práctica Jurídica** con el colegio

INFORMES 2016

Informe 1/2016

El **intrusismo** profesional en la abogacía

Informe 2/2016

El **alcohol** y otras **drogas** en el ordenamiento sancionador

Informe 3/2016

Diversas cuestiones relacionadas con las **sociedades profesionales**

Informe 4/2016

La **mediación** y colegios de abogados

Informe 7/2016

El Apartado tercero de la Disposición Transitoria Única de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el **acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales**

Informe 6/2016

El impacto de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la **unidad de mercado**, sobre el acceso a la profesión de abogado y su ejercicio

Informe 5/2016

El **régimen tributario de los Colegios de Abogados** en relación con el Impuesto sobre Sociedades, el Impuesto sobre Valor añadido, el Impuesto sobre Actividades Económicas y la obligación de informar sobre las operaciones con terceras personas

