

Derechos Digitales y despachos profesionales / Secreto profesional y futuro de la abogacía / Ciberseguridad y abogacía / Blanqueo de capitales y titularidad real / *Compliance officer* y Colegios de la Abogacía / Secreto profesional de los abogados de empresa / Consultor en derecho extranjero / Derecho de honor y Colegios Profesionales / Test de proporcionalidad y regulación profesional / Secreto profesional y uso de *la nube* / Recursos administrativos frente a las resoluciones de la Comisión Provincial de Justicia Gratuita / Honorarios y transparencia

# INFORMES 2018

COMISIÓN JURÍDICA DEL CONSEJO GENERAL  
DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

Edición especial XII Congreso Nacional de la Abogacía Valladolid 2019



Abogacía  
Española  
CONSEJO GENERAL



# **INFORMES 2018**

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



# INFORMES 2018

Comisión Jurídica  
Consejo General de la Abogacía  
Española



**tirant lo blanch**  
Valencia, 2019

Copyright ® 2019

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

© CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELEF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
[www.tirant.com](http://www.tirant.com)  
Librería virtual: [www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
ISBN: 978-84-1313-732-2  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

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

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

# Índice

<b>Prólogo. Ampliando el análisis jurídico de calidad a las transformaciones sociales y tecnológicas .....</b>	<b>13</b>
--	-----------

## **EL CONCEPTO Y LA REGULACIÓN DE LOS DENOMINADOS “DERECHOS DIGITALES” Y SU INCIDENCIA EN EL TRABAJO DE LOS DESPACHOS PROFESIONALES DE ABOGADOS** *(INFORME 5/2018)*

1. INTRODUCCIÓN.....	17
2. REGULACIÓN.....	19
3. CATÁLOGO DE DERECHOS DIGITALES.....	23
3.1. Derechos digitales específicos .....	24
3.2. Derechos digitales manifestación de derechos fundamentales reconocidos en el mundo físico.....	30
3.3. Derechos digitales en el ámbito laboral.....	38
3.4. Derechos digitales en el ámbito de la educación .....	42
4. INCIDENCIA DE LOS DERECHOS DIGITALES EN EL ÁMBITO PROFESIONAL DE LOS DESPACHOS DE ABOGADOS .....	43
5. CONCLUSIONES.....	44

## **LA CIBERSEGURIDAD EN LA ABOGACÍA: UNA APROXIMACIÓN DEONTOLÓGICA** *(INFORME 12/2018)*

1. LA ABOGACÍA Y LA CIBERSEGURIDAD .....	47
2. LOS CIBERRIESGOS EN LA ABOGACÍA Y SU GESTIÓN.....	50
3. LOS INCIDENTES DE CIBERSEGURIDAD COMO AMENAZAS A LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA .....	54
3.1. La suplantación de identidad.....	55
3.2. Infección de los sistemas del despacho por Malware.....	56
3.3. Ataque de denegación de Servicio (DdOS) .....	57
4. LAS AMENAZAS A LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL DEL ABOGADO .....	57
5. LA COBERTURA ASEGURADORA.....	63
6. CONCLUSIONES.....	64

## **COMPUTACIÓN EN NUBE, CIBERSEGURIDAD Y ABOGACÍA** *(INFORME 13/2018)*

1. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA COMPUTACIÓN EN NUBE.....	67
2. MODELOS DE SERVICIO Y MODELOS DE IMPLANTACIÓN: EL XAAS Y LOS DIFERENTES MODELOS DE NUBE.....	70
3. LA UTILIZACIÓN DE LA COMPUTACIÓN EN NUBE EN LA ABOGACÍA: REFLEXIONES DESDE LA PROFESIÓN.....	74

3.1. Consejo de la Abogacía Europea.....	74
3.2. Reino Unido .....	77
3.3. Estados Unidos .....	80
3.4. Canadá .....	83
3.5. Australia .....	84
4. EL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA Y LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: ESPECIAL REFERENCIA AL SECRETO PROFESIONAL.....	86
5. LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS EN NUBE AMERICANOS Y LA CONTROVERSIA DERIVADA DE LA <i>CLOUD ACT</i> .....	89
5.1. Primer acto: Schrems y el conocido como caso Microsoft .....	90
5.2. Segundo acto: la gran novedad que supuso la Cloud Act.....	96
6. LA CIRCULAR DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 5/2019, SOBRE REGISTRO DE DISPOSITIVOS Y EQUIPOS INFORMÁTICOS Y SU IMPACTO EN LA NUBE .....	99
7. CONCLUSIONES.....	103

### **EL ABOGADO COMO RESPONSABLE DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO**

**(“COMPLIANCE OFFICER”)**

*(INFORME 4/2018)*

1. OBJETO DEL INFORME.....	105
2. EL MODELO ÓPTIMO: ABOGADO EXTERNO ENCARGADO EN EXCLUSIVA DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO .....	106
3. LA SITUACIÓN MÁS COMÚN: ABOGADO INTERNO COMO <i>COMPLIANCE OFFICER</i> .....	112
4. ALGUNAS RECOMENDACIONES DE INDOLE PRÁCTICA.....	116
5. CONCLUSIONES.....	118

### **“COMPLIANCE” GENERAL Y COLEGIOS DE ABOGADOS**

*(INFORME 10/2018)*

1. OBJETO DEL INFORME.....	121
2. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS .....	122
3. LA POSICIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO RESPECTO A LOS COLEGIOS PROFESIONALES.....	125
5. SINGULARIDADES DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS QUE ABONAN SU PERFIL DE ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL .....	131
6. CONCLUSIONES.....	137

### **CRITERIOS DE HONORARIOS Y TRANSPARENCIA**

*(INFORME 11/2018)*

1. INTRODUCCIÓN.....	139
2. CARÁCTER DE LA FUNCIÓN COLEGIAL SOBRE APROBACIÓN DE CRITERIOS ORIENTATIVOS.....	144
3. CRITERIOS ORIENTADORES Y TRANSPARENCIA .....	147

4. CRÍTICA DE LA POSTURA DE LA CNMC.....	150
5. CONCLUSIONES.....	157

### **EL SECRETO PROFESIONAL Y EL FUTURO DE LA PROFESIÓN**

*(INFORME 14/2018)*

1. EL SECRETO PROFESIONAL Y EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD DEL ABOGADO.....	159
1.1. Planteamiento.....	159
1.2. La trascendencia práctica de la distinción de ambos conceptos.....	160
2. EL DEBER Y EL DERECHO DEL SECRETO PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO .....	162
2.1. La configuración del derecho como una exención de otros deberes legales de declarar, informar o comunicar .....	162
2.2. El deber de confidencialidad del abogado frente al deber de declarar en juicio.....	163
2.3. El deber de confidencialidad del abogado frente al deber de dar información con trascendencia tributaria a la Hacienda Pública y de colaboración mediante el reporte informativo de mecanismos transfronterizos con determinadas señas distintivas.....	165
2.4. El deber de confidencialidad del abogado frente a los deberes de abstención, comunicación y colaboración establecidos en la normativa de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. ....	170

### **EL SECRETO PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS DE EMPRESA**

*(INFORME 8/2018)*

1. INTRODUCCIÓN. UN ANTEPROYECTO DE LEY Y UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.....	179
2. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA .....	181
3. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO/DEBER DE SECRETO PROFESIONAL.....	190
4. A MODO DE RESUMEN Y CONCLUSIONES.....	200

### **LA DIRECTIVA RELATIVA AL TEST DE PROPORCIONALIDAD ANTES DE ADOPTAR NUEVAS REGULACIONES DE PROFESIONES**

*(INFORME 7/2018)*

1. INTRODUCCIÓN.....	203
2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	204
3. LA DIRECTIVA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD.....	207
3.1. El objetivo de la Directiva .....	207
3.2. El ámbito de aplicación .....	208
3.3. Los requisitos formales del test de proporcionalidad.....	210
3.4. Los requisitos materiales del test de proporcionalidad .....	210
3.5. Análisis crítico.....	213
4. CONCLUSIONES.....	218

**LA TITULARIDAD DEL DERECHO AL HONOR POR LOS  
COLEGIOS PROFESIONALES**

*(INFORME 9/2018)*

1. OBJETO DEL INFORME.....	221
2. ANTECEDENTES.....	221
3. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL .....	225
3.1. Introducción.....	225
3.2. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con la titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas de Derecho privado .....	228
3.3. La titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas de Derecho público. En particular, el derecho al honor.....	232
4. LA TITULARIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR POR LOS COLEGIOS PROFESIONALES.....	237
4.1. Introducción.....	237
4.2. Naturaleza de los Colegios Profesionales.....	238
4.3. El reconocimiento de la titularidad del derecho al honor a los Colegios Profesionales.....	240
5. CONCLUSIONES.....	249

**EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: SOBRE EL  
ÁMBITO DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA EN RELACIÓN  
CON LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y LA  
INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 2 DE LA LEY 1/1996, DE 10 DE  
ENERO, DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA**

*(INFORME 1/2018)*

1. INTRODUCCIÓN.....	253
2. EL AUTO 00/2017 DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE ..., DE 20 DE DICIEMBRE DE 2017, Y SU INTERPRETACIÓN DE LA LEY 1/1996, DE 10 DE ENERO, DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA.....	254
3. LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS DEL CÓDIGO CIVIL.....	255
3.1. El sentido propio de las palabras en relación con el contexto.....	256
3.2. Los antecedentes históricos y legislativos.....	259
3.3. La realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas .....	262
3.4. El espíritu y finalidad de aquellas.....	263
4. LOS POSIBLES RECURSOS CONTRA EL AUTO 00/2017 DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE ..., DE 20 DE DICIEMBRE DE 2017 ...	268
5. LAS RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN PROVINCIAL DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA DENEGANDO LAS PRESTACIONES DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA PARA LA DEFENSA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.....	271
6. LOS POSIBLES RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN PROVINCIAL DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA .....	274
7. CONCLUSIONES DEL INFORME .....	275
8. RESULTADO DEL PROCESO .....	276

**EL CONSULTOR EN DERECHO EXTRANJERO**  
(*INFORME 2/2018*)

1.	INTRODUCCIÓN.....	277
2.	PROFESIÓN REGULADA, PROFESIÓN TITULADA, PROFESIÓN COLEGIADA Y PROFESIÓN DE COLEGIACIÓN OBLIGATORIA .....	277
3.	LA PROFESIÓN DE ABOGADO .....	279
	3.1. La profesión de abogado como profesión regulada y titulada.....	279
	3.2. La profesión de abogado como profesión de colegiación obligatoria .....	279
	3.3. El contenido de la profesión de abogado.....	281
4.	EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA EN ESPAÑA POR EXTRANJEROS .....	282
	4.1. El ejercicio por un extranjero de la profesión española de abogado.....	283
	4.2. El libre establecimiento en España de abogados pertenecientes a otros Estados miembros de la Unión Europea .....	284
	4.3. La libre prestación de servicios de los abogados europeos en territorio español .....	286
5.	LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ASESORAMIENTO JURÍDICO AL MARGEN DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO.....	288
6.	CONCLUSIONES.....	294

**LA OBLIGACIÓN DE REGISTRO DE LA TITULARIDAD REAL EXIGIDA POR LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO Y LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO MEDIANTE EL DEPÓSITO DE LAS CUENTAS ANUALES EN EL REGISTRO MERCANTIL**  
(*INFORME 6/2018*)

1.	OBJETO DEL INFORME.....	295
2.	DESCRIPCIÓN DEL CONTENIDO DE LA ORDEN MINISTERIAL JUS/319/2018, DE 21 DE MARZO .....	295
3.	LA ORDEN MINISTERIAL Y EL PRINCIPIO DE RESERVA MATERIAL Y FORMAL DE LEY .....	297
4.	LA RESERVA DE LEY EN LA TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS. EL ALCANCE DEL EFECTO DIRECTO DE LA DIRECTIVA.....	300
5.	¿EXISTE UN DEBER LEGAL DE REALIZAR LA DECLARACIÓN DE TITULARIDAD REAL EN EL DEPÓSITO DE LAS CUENTAS? .....	304
6.	LAS CONDICIONES QUE DEBERÍAN DARSE PARA UNA REGULACIÓN DE UN REGISTRO CENTRAL DE TITULARIDADES REALES EN EL REGISTRO MERCANTIL.....	307
7.	EL ACCESO DE TERCEROS A LA INFORMACIÓN DEL REGISTRO CENTRAL .....	310
8.	LA RECIENTE TRANSPOSICIÓN DE LA IV DIRECTIVA POR EL REAL DECRETO-LEY 11/2018, DE 31 DE AGOSTO .....	311
9.	CONCLUSIONES.....	312

**LA INCIDENCIA DEL SISTEMA DE ACUMULACIÓN EN LOS DERECHOS DE LOS PENADOS**  
(*INFORME 3/2018*)

1.	INTRODUCCIÓN.....	315
----	-------------------	-----

2. LA REGULACIÓN MATERIAL DE LA ACUMULACIÓN JURÍDICA DE LAS PENAS: ARTÍCULO 76 DEL CÓDIGO PENAL. DUDAS INTERPRETATIVAS Y EXÉGESIS JURISPRUDENCIAL .....	317
2.1. ¿Qué penas pueden acumularse? .....	319
2.2. ¿Por qué hechos? .....	321
2.3. ¿Penas impuestas en qué sentencias? .....	324
2.4. ¿Cómo se calculan los límites de cumplimiento efectivo? .....	328
3. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO PARA ACORDAR LA ACUMULACIÓN JURÍDICA: LOS PROBLEMAS DE CARÁCTER PROCESAL.....	329
4. CONCLUSIONES.....	337
<b>INFORMES 2011 .....</b>	<b>339</b>
<b>INFORMES 2012 .....</b>	<b>341</b>
<b>INFORMES 2013 .....</b>	<b>343</b>
<b>INFORMES 2014 .....</b>	<b>345</b>
<b>INFORMES 2015 .....</b>	<b>347</b>
<b>INFORMES 2016 .....</b>	<b>349</b>
<b>INFORMES 2017 .....</b>	<b>351</b>

*Prólogo*

## **Ampliando el análisis jurídico de calidad a las transformaciones sociales y tecnológicas**

**VICTORIA ORTEGA BENITO**

*Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española*

La Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española, cerca ya de alcanzar la primera década de su existencia, ha proseguido con su constante esfuerzo de análisis jurídico de calidad, ampliando los ámbitos a los que ha venido dedicando su atención. Ello no quiere decir que se hayan orillado cuestiones de tradicional interés para la Abogacía o para la organización corporativa, pues el examen de materias y aspectos relevantes siempre está presente, debido en muchas ocasiones a las novedades normativas o jurisprudenciales. En 2018, la labor de la Comisión Jurídica se ha extendido también a extremos objeto de exposición y debate en el Congreso Nacional de la Abogacía celebrado en Valladolid del 8 al 11 de mayo. El Congreso se estructura en seis ejes que comprenden más de ciento veinte ponencias y talleres, abarcando desde las transformaciones sociales y tecnológicas hasta la regulación profesional y la supervisión, pasando por la defensa hoy de derechos y libertades, las nuevas prácticas profesionales, la abogacía emprendedora y la gestión eficaz de despachos.

La lectura del listado de informes que este libro contiene permite advertir cómo han tenido en cuenta muchas de esas temáticas vertebradoras del Congreso de la Abogacía, abordando cuestiones relacionadas con ellas desde diversos enfoques dirigidos a suscitar la reflexión de los lectores.

Los informes tratan de cuestiones como la computación en la nube y la ciberseguridad, con especial énfasis en su impacto en la abogacía, acudiendo a las experiencias y regulaciones internacionales y de otros países, a fin de ofrecer un amplio panorama del modo en que estas cuestiones se han considerado en otras jurisdicciones; en íntima relación con dicho informe, en otro de ellos se examina la importancia de la ciberseguridad para los despachos de abogados, desde la óptica de la deontología profesional, materia de especial interés dada la reciente aprobación del nuevo

## Código Deontológico de la Abogacía por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española.

El trabajo de la Comisión Jurídica también ha tenido en cuenta los nuevos horizontes profesionales que surgen en el sector, como el debido a la irrupción de novedades como la nueva regulación de la protección de datos llevada a cabo por 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 sus 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), así como de la 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; en el plano interno, ha sido ineludible el análisis de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Pero también el cumplimiento normativo (o *compliance* en su fórmula inglesa), en sus diferentes variantes, genera nuevas opciones profesionales y al examen de su impacto en la profesión y en los Colegios de la Abogacía, en este caso en su vertiente penal, se han dedicado sendos informes que recoge este libro.

Y el ámbito internacional tiene presencia con el tratamiento de la figura del consultor en derecho extranjero, figura que presenta aspectos de relevancia para el ejercicio de la profesión en un mundo globalizado, con especial atención a las normas internacionales o regionales en cada caso aplicables.

Junto a los documentos que tratan de las cuestiones novedosas de interés para la Abogacía, están aquellos informes que tratan de cuestiones de honda raigambre para la profesión y las corporaciones profesionales y que han presentado aspectos que han merecido la atención rigurosa de la Comisión Jurídica.

Así, son tratados el alcance del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia jurídica gratuita, el régimen de acumulación de condenas, con especial examen de la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, o la aplicación de la legislación de transparencia de la actividad pública a los criterios orientativos para el cálculo de honorarios a los exclusivos efectos de la

tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados, y su incidencia en la labor de emisión de informes preceptivos por los Colegios de la Abogacía de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En este conjunto de cuestiones de pertinaz interés para la profesión se insertan otros informes como el que trata el secreto profesional de los abogados de empresa, ante los proyectos normativos que parecen tratar de cercenar su secreto profesional por un deficiente entendimiento de la profesión y de la limitación de su estatuto profesional por razón de la dependencia laboral; o el que aborda un análisis del conflicto de interés en sus diversas manifestaciones, materia siempre necesitada de análisis por su especial impacto en la deontología profesional.

El libro atiende además a cuestiones resultantes de la reciente jurisprudencia, que permiten efectuar un estudio sistemático de la titularidad de derechos fundamentales por las personas jurídicas, con un concreto énfasis en los que el Tribunal Constitucional reconoce a las personas jurídico públicas; desde ese punto de partida se analiza la regulación del derecho al honor, teniendo en cuenta el régimen jurídico propio de los Colegios Profesionales, como corporaciones sectoriales de base privada que, siendo creadas por un acto del poder público, cuentan con una vertiente de actividad privada que no puede ser desconocida a la hora de aplicar el ordenamiento jurídico. Y se analizan novedades normativas, tanto europeas, como la conocida como Directiva de proporcionalidad y su impacto en la futura regulación de las profesiones reguladas, como nacionales, en este caso la regulación del registro de titularidades reales y su adecuación a derecho.

Como puede observarse, este libro recopilatorio de informes sigue la senda de ofrecer un análisis amplio y riguroso de cuestiones que interesan a la profesión y a los Colegios de la Abogacía, así como a la ciudadanía en general. Muchos de los temas que aquí se contienen han sido objeto de tratamiento y debate en el Congreso de Valladolid, enriqueciendo el estudio aquí contenido con nuevas aportaciones que ampliarán con seguridad las perspectivas con las que afrontar el despliegue por la Comisión Jurídica de su función.



# El concepto y la regulación de los denominados “derechos digitales” y su incidencia en el trabajo de los despachos profesionales de abogados

*(Informe 5/2018)*

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. REGULACIÓN. 3. CATÁLOGO DE DERECHOS DIGITALES. 3.1. Derechos digitales específicos. a) Derecho al acceso a Internet y a la no discriminación en dicho acceso y en el ámbito digital. b) Derecho a la identidad en Internet. c) Derecho a la seguridad de las comunicaciones en Internet. d) Derecho a la portabilidad en servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes. e) Derecho al testamento digital. 3.2. Derechos digitales manifestación de derechos fundamentales reconocidos en el mundo físico. a) Derecho a la privacidad y a la intimidad en el ámbito digital. b) Derecho al olvido. c) Derechos digitales ligados a la libertad de expresión e información en Internet y al derecho al honor en Internet. 3.3. Derechos digitales en el ámbito laboral. a) Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral. b) Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación en el lugar de trabajo. c) Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral. d) Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. e) Derechos digitales en la negociación colectiva. 3.4. Derechos digitales en el ámbito de la educación. 4. INCIDENCIA DE LOS DERECHOS DIGITALES EN EL ÁMBITO PROFESIONAL DE LOS DESPACHOS DE ABOGADOS. 5. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

El concepto de “derechos digitales” es relativamente reciente y hace referencia básicamente a los derechos de los ciudadanos en el entorno digital, ya se trate de derechos fundamentales o de derechos ordinarios. Sin embargo, este concepto es especialmente relevante cuando afecta a los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, en la medida en que estos derechos pueden ejercerse y deben de garantizarse en el entorno digital al menos con la misma eficacia que fuera de él, lo que plantea el problema de cómo protegerlos adecuadamente dadas las especiales características del medio que en ocasiones pueden limitar o dificultar el ejercicio de unas garantías previstas para el mundo físico.

Efectivamente partiremos de la premisa de que los derechos fundamentales ya reconocidos en el mundo físico deben de obtener al menos idéntico reconocimiento en el mundo digital, sin necesidad de esperar — aunque pueda ser conveniente— a introducir reformas o modificaciones constitucionales que así lo prevean expresamente. Aunque por razones

temporales obvias la Constitución española no contemplaba o mencionaba expresamente la protección de los derechos fundamentales en el ámbito digital hay que entender que su garantía se extiende a todos aquellos ámbitos en los que estos derechos pueden ejercerse, y a todos los supuestos en que pueden verse vulnerados, existiendo fundamento suficiente en la propia Constitución para interpretarlo así. En particular podemos citar el art. 18.1 CE que consagra el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el art. 18.3 CE que garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial, el art. 18.4 CE según el cual la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos así como el art. 20.1 a) CE que reconoce y protege el derecho de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el 20.1 d) CE que garantiza el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

Lo mismo cabe decir también de los derechos ordinarios ya reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, cuya protección en el ámbito digital debe de estar garantizada de forma similar.

En este sentido, hay que destacar que el nuevo título X “Garantía de los derechos digitales” incluido en la nueva Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre de Protección de Datos de Carácter personal y garantía de los derechos digitales <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673> consagra esta conclusión al señalar expresamente en su art 79 bajo el epígrafe “Los derechos en la Era digital” lo siguiente:

“Los derechos y libertades consagrados en la Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales en que España sea parte son plenamente aplicables en internet. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los proveedores de servicios de Internet contribuirán a garantizar su aplicación”.

Así, considera el legislador de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley que “Los constituyentes de 1978 ya intuyeron el enorme impacto que los avances tecnológicos provocarían en nuestra sociedad y, en particular, en el disfrute de los derechos fundamentales. Una deseable futura reforma de la Constitución debería incluir entre sus prioridades la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, elevar a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales. Pero, en tanto no se acometa este reto, el legislador debe abordar el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales que, inequívocamente,

encuentra su anclaje en el mandato impuesto por el apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución Española y que, en algunos casos, ya han sido perfilados por la jurisprudencia ordinaria, constitucional y europea.

## **2. REGULACIÓN**

En España como en la mayoría de los países de nuestro entorno, no existía hasta ahora un único texto legal que recogiera los denominados “derechos digitales” aunque se trabajó en la anterior legislatura en esa dirección pero sin resultados concretos. En el momento de escribir el presente informe se acaba de aprobar, como se ha indicado, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y garantías de los derechos digitales, que incluye en su título X un catálogo de estos derechos digitales. Cabe discutir si esta Ley orgánica —con un contenido muy técnico cuyo objetivo primordial es la adaptación del ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y la libre circulación de éstos— es el instrumento más idóneo para incluir un catálogo de estas características. Lo primero que hay que tener en cuenta es, efectivamente, su carácter de ley orgánica dado que algunos de los derechos digitales en ella recogidos no son derechos fundamentales, de manera que tenemos una garantía de derechos ordinarios que está regulada en una ley orgánica, con las dificultades técnicas que esto supone. En segundo lugar cabe preguntarse si no hubiera sido deseable un mayor debate social y político que no ha sido posible al haberse introducido en la Ley en el último momento vía enmienda (en este caso del Grupo parlamentario socialista). En tercer lugar, hay que denunciar cierta falta de rigor en la regulación teniendo en cuenta la heterogeneidad de los derechos recogidos en dicho título (en realidad algunos difícilmente pueden considerarse como tales desde el punto de vista de técnica jurídica) y la disparidad de las “garantías” recogidas, por no mencionar la cantidad de disposiciones afectadas por esta nueva regulación.

En este sentido, recordemos que algunos otros países como Italia o Francia han optado también por una regulación específica sobre los derechos digitales, pero la tramitación ha sido más sosegada. Puede mencionarse la Ley francesa n° 2016-1321 de 7 de octubre de 2016 “pour une République numérique”. No obstante, hay que precisar que su objeto, a diferencia de la norma española, no es tanto recoger un catálogo de derechos digitales (en

la línea de una Carta o una declaración) sino modificar preceptos determinados de una serie muy importante de disposiciones de todo tipo para adaptar la protección de una serie de derechos al entorno digital.

Fuera del ámbito europeo hay también ejemplos más cercanos al español, como la Ley brasileña 12.965, de 23 de abril de 2014, por la que se establecen los principios, garantías, derechos y deberes para el uso de Internet en Brasil (“Marco Civil”) y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 6 (tras la reforma de 2013).

A nivel internacional y por lo que se refiere específicamente a los derechos humanos hay que mencionar la Guía de los derechos humanos para los usuarios de internet, aprobada por Recomendación CM/Rec (2014)6 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 16 de abril de 2014 ([http://www.aui.es/pdfs/COE\\_Carta\\_Derechos\\_Humanos\\_Internet.pdf](http://www.aui.es/pdfs/COE_Carta_Derechos_Humanos_Internet.pdf)) y, en las Naciones Unidas, la Resolución del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 27 de junio de 2016, A/HRC/32/L.20, sobre Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet ([http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d\\_res\\_dec/A\\_HRC\\_32\\_L20.pdf](http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_32_L20.pdf)). Es importante señalar que, como recuerda la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 2014, no se trata de establecer o reconocer nuevos derechos humanos o nuevas libertades sino de apoyarse en normas ya reconocidas y en mecanismos de cumplimiento ya existentes. Se trata por tanto de recopilar o recoger derechos ya existentes cuya incidencia o garantías en el ámbito digital preocupa especialmente dadas las características particulares de este entorno, tal y como ocurre por ejemplo con el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la intimidad, el derecho a la información, el principio de no discriminación o el derecho a la educación (en este ámbito, derecho a la alfabetización digital).

En esta misma línea y desde la sociedad civil también se han promovido iniciativas interesantes, tales como la Carta de Derechos Humanos y Principios para Internet, promovida por la Coalición Dinámica por los Derechos y Principios de Internet (IRPC) ([https://derechoseninternet.com/docs/IRPC\\_Carta\\_Derechos\\_Humanos\\_Internet.pdf](https://derechoseninternet.com/docs/IRPC_Carta_Derechos_Humanos_Internet.pdf)) o la Carta de Derechos Digitales elaborada por EDRI (2014) [https://edri.org/files/WePromiseCharter\\_booklet\\_ES.pdf](https://edri.org/files/WePromiseCharter_booklet_ES.pdf). Se trata, como su propio nombre indica, de recopilaciones bastante heterogéneas en cuanto que mezclan auténticos derechos ya reconocidos en instrumentos internacionales con principios programáticos y con declaraciones sin valor jurídico, incorporando también en ocasiones medidas o propuestas sobre las que no existe todavía un amplio consenso. En todo caso, tienen el valor de hacer visible la preocu-

pación sobre la naturaleza, extensión y garantía de los derechos digitales y permiten conocer “el estado del arte” en cuanto a las cuestiones que preocupan a los distintos agentes.

En nuestro país, como ya hemos dicho, se trabajó en la anterior legislatura en esta materia, pero no se llegó a aprobar una norma que recogiera un catálogo de derechos digitales aunque sí pueden reseñarse iniciativas tendentes a promover dicha regulación, tales como la Moción presentada el 13 de marzo de 2017 por el Grupo Parlamentario Popular a la Mesa del Senado por la que se insta al Gobierno a impulsar y respaldar las iniciativas que contribuyan a garantizar los derechos constitucionales de los españoles en el ámbito de las redes digitales, y a apoyar y coordinar los avances que se puedan producir en este sentido en el marco de la Unión Europea y de la Agenda Digital; o la Proposición no de Ley presentada el 27 de marzo de 2017 ante el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Socialista sobre Protección de los Derechos Digitales de la Ciudadanía.

Nos encontramos, por tanto, en un momento todavía incipiente en cuanto a la definición, extensión y regulación de estos derechos digitales destacando su heterogeneidad (mientras que algunos son auténticos derechos digitales, otros son manifestaciones de derechos ya existentes en el mundo físico y mientras que algunos tienen el carácter de derechos y libertades fundamentales (los recogidos en el título I, capítulo II, sección I de la Constitución, arts. 14 a 29) otros son derechos ordinarios). También tenemos que mencionar aquellos derechos digitales que se asimilarían más bien a los principios rectores de la política social y económica recogidos en el capítulo III del título I de la Constitución, en concreto en los arts. 39 a 52, o incluso a derechos que no son tales, como el denominado “derecho al testamento digital”, que se refieren más bien a procedimientos para que determinadas personas autorizadas puedan eliminar el contenido de personas fallecidas en las redes sociales. Además hay que referirse a la disparidad de los sujetos obligados en cada caso, dado que en ocasiones lo son los proveedores de servicios de Internet (es decir, las operadoras de telecomunicaciones), otras veces son los Poderes Públicos, en otros supuestos los proveedores de servicios tecnológicos (entre ellos las grandes multinacionales tecnológicas como Google o Facebook) o los medios de comunicación convencionales o digitales o incluso otros ciudadanos. Es evidente que por buenas que sean las intenciones del legislador en cuanto a las garantías de los derechos digitales habrá que tener en cuenta que en la práctica tropezarán con las dificultades derivadas de los distintos sujetos obligados o de los términos de los acuerdos y contratos que se hayan firmado con los proveedores de servicios, incluso aunque podamos denunciar

que, en la mayoría de los casos, estamos —al menos para el usuario final— ante contratos de adhesión.

Por último, hay que hacer referencia a la dispersión normativa existente con carácter previo a la entrada en vigor de esta norma. Efectivamente, los derechos y libertades fundamentales además de su reconocimiento constitucional están desarrollados en las leyes orgánicas correspondientes, tal y como establece la Constitución, mientras que otros derechos —como los relativos al ámbito laboral— encuentran su acomodo en leyes ordinarias, como el Estatuto de los Trabajadores cuyo texto refundido ha sido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. En otras ocasiones estaremos en presencia de derechos (ordinarios) que se han ido reconociendo o garantizando en las normas que se han ido aprobando para regular la actividad de los proveedores de servicios de la sociedad de la Información, como ocurre con la Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información (<https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-13758-consolidado.pdf>), sin olvidar los que se han ido configurando vía reconocimiento jurisprudencial, tanto a nivel europeo como nacional.

Para terminar conviene tener presente la normativa europea existente en un ámbito especialmente adecuado para el legislador comunitario a la hora de contemplar los derechos digitales. En este sentido puede mencionarse, por ejemplo, la Directiva UE 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de Julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información (Directiva NIS), que establece los requisitos de seguridad, no sólo técnicos sino también organizativos, que las instituciones (públicas y privadas) deben adoptar y que están dirigidas a mantener la confidencialidad e integridad de las comunicaciones para gestionar los riesgos de seguridad, y que guarda estrecha relación con el derecho digital reconocido en el art. 82 del título X de la citada Ley Orgánica 3/2018. También hay que tener presente el Reglamento del Parlamento y del Consejo 2015/2120, que establece las medidas relativas al acceso abierto a Internet y que modifica la Directiva 2002/22 sobre el servicio universal y los derechos de los usuarios en materia de comunicaciones electrónicas, redes y servicios, así como la regulación del roaming en las comunicaciones móviles dentro del espacio de la Unión.

Sentado lo anterior, y dada la novedad de la introducción de un catálogo de derechos digitales con sus respectivas garantías en nuestro Derecho positivo entendemos que el propósito del presente informe debe de limi-

tarse a una serie de consideraciones básicas sobre su naturaleza y garantías, con especial atención a aquellos aspectos que puedan ser más relevantes para el ejercicio profesional de la abogacía, tanto desde el punto de vista de los clientes, como desde el punto de vista del propio despacho profesional. Sin duda, el transcurso del tiempo y las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales ayudarán a ir aquilatando la relevancia y el impacto de estos nuevos derechos digitales, tanto en lo que se refiere a los ciudadanos como a los profesionales.

### **3. CATÁLOGO DE DERECHOS DIGITALES**

Sentado lo anterior, el gran problema con el que nos enfrentamos desde un punto de vista conceptual al tratar de describir el catálogo de derechos digitales es no sólo el de su enumeración sino el de las grandes diferencias que existen en su configuración, su regulación y sus garantías. Además, como ya hemos señalado, mientras algunos de los derechos son manifestaciones de derechos similares existentes en el mundo físico que han sido muy estudiados por la doctrina y la jurisprudencia (no solo a nivel nacional) otros derechos —o más bien principios rectores— son específicos del ámbito de Internet y carecen de equivalentes fuera del ámbito digital, como ocurre por ejemplo con el derecho de acceso universal a Internet o el derecho a la neutralidad de la red. Por último tenemos dudas, como ya hemos expuesto, de que en algunos casos estemos en presencia de auténticos derechos aunque se les otorgue —un tanto pomposamente— esta denominación.

Hay que insistir en la coexistencia dentro del catálogo de derechos y libertades fundamentales con otros que no tienen este carácter. Pero incluso dentro de una determinada categoría de derechos digitales tampoco el grado de protección o garantías de que gozan es idéntico, a veces por motivos ajenos a la esencia de tales derechos, como pueden ser las derivadas de los sujetos obligados y de las propias limitaciones tecnológicas, económicas, territoriales e incluso jurídicas. Pensemos en el carácter de las empresas que prestan muchos de estos servicios, la mayoría de las cuales son multinacionales que operan fuera del territorio español y que se rigen por disposiciones muy diferentes a las que resultan aplicables en el ámbito europeo, siendo su relación con los ciudadanos de carácter contractual y muchas veces sin contraprestación dineraria.

Además cuando hablamos de derechos digitales y de sus garantías hay que tener muy presente la necesidad de una especial protección de estos

derechos en el caso de los menores cuyo acceso a Internet desde edades muy tempranas es un fenómeno universal que facilita una sobreexposición al riesgo de la vulneración de sus derechos y libertades fundamentales en el ámbito digital (pensemos en el derecho a la intimidad, por ejemplo) en relación con lo que pudiera suceder en el mundo físico, donde las posibilidades de conculcar estos derechos son mucho menores y es factible una mejor defensa por sus padres y tutores.

No obstante lo anterior, es cierto que se puede partir de un catálogo de derechos digitales sobre los que existe un grado alto de consenso en las normas, declaraciones y propuestas a las que nos hemos referido con anterioridad, que en buena parte coinciden con el catálogo de derechos digitales recogidos en la Ley Orgánica 3/2018, si bien ésta contempla algunos otros derechos adicionales como los relativos al testamento digital que no suelen contemplarse en esos instrumentos probablemente, como ya hemos adelantado, porque no se trata de auténticos derechos aunque así se denominen.

Conviene tener presente que para que estos derechos queden adecuadamente garantizados no pueden ser limitados por los acuerdos contractuales (más bien contratos de adhesión) a los que lleguen los proveedores de servicios y los usuarios finales si bien su garantía puede no resultar fácil de exigir en la práctica precisamente por la existencia de estos acuerdos y por la necesidad de entablar procedimientos administrativos o judiciales que pueden resultar muy complejos contra empresas cuya matriz opera fuera de España.

Por último, aunque los derechos digitales están recogidos en el título X de una Ley que tiene el carácter de orgánica, su propia Disposición final primera recuerda que tienen carácter de ley ordinaria los artículos 79, 80, 81, 82, 88, 95, 96 y 97 de dicho título.

Los derechos digitales según la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, son los que exponemos a continuación, agrupados en distintas categorías para su mejor exposición.

### *3.1. Derechos digitales específicos*

Consideramos como derechos digitales propiamente dichos aquellos derechos que carecen de contenido fuera del ámbito de Internet.

### **a) Derecho al acceso a Internet y a la no discriminación en dicho acceso y en el ámbito digital**

Este derecho de acceso a Internet además de un derecho digital es, lógicamente, un derecho que opera como presupuesto de cualquier otro derecho digital y que está íntimamente relacionado con el derecho a la neutralidad de red y el derecho de acceso universal a Internet (recogidos en los art. 81 y 82 de la Ley que tienen carácter de ley ordinaria como hemos visto). Además hay que tener en cuenta que el acceso a Internet (o su falta) puede suponer la aparición de nuevas causas de discriminación hasta ahora no recogidas formalmente en las previstas en el art. 14 de la Constitución.

El derecho de acceso a Internet suele entenderse como un derecho que incluye el denominado derecho a la neutralidad de Internet. En los términos del art. 81 de la Ley esto supone que los proveedores de servicios de Internet deben de proporcionar una oferta transparente de servicios sin discriminación por motivos técnicos o económicos, de manera que todo el mundo pueda acceder a Internet en iguales condiciones. Se trata, por tanto, de una obligación que se impone específicamente a los proveedores de servicio de Internet, los operadores de telecomunicaciones. Esta neutralidad de la red no impide que los proveedores apliquen medidas razonables de gestión del tráfico en la red, pero deben de ser transparentes, no discriminatorias y proporcionadas a la situación. También pueden ofrecer servicios optimizados o “premium” pero siempre que con esa oferta no comprometan ni disminuyan ni sustituyan el servicio de acceso a Internet. En definitiva, este derecho supone la obligación para los proveedores de servicios de Internet, en general, de tratar todo el tráfico en Internet de una manera equitativa, sin discriminaciones o restricciones en relación con contenidos, aplicaciones, servicios, equipos o usuarios concretos.

El derecho de acceso a Internet incluye también el derecho de acceso universal que supone que todos los ciudadanos tienen derecho a acceder a Internet independientemente de su condición personal, social, económica o geográfica. La obligación en este caso se establece para los Poderes Públicos que son los que deben de garantizar un acceso universal, asequible, de calidad y no discriminatorio para toda la población. No obstante, en la Ley este derecho no se reconoce de manera absoluta en la medida en que el apartado 5 señala que la garantía efectiva del derecho de acceso a Internet atenderá la realidad específica de los entornos rurales, lo que permite que en dichos entornos —que es donde pueden existir los mayores problemas

de acceso y donde económicamente la oferta de servicios puede no resultar rentable para los proveedores— no lleguen a tener dicho acceso universal.

Este derecho está indisolublemente ligado al derecho a la no discriminación en el ámbito digital, entendiendo por discriminación el hecho mismo de no poder acceder a Internet en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos por cualquier tipo de razón (edad, situación geográfica, capacidad económica, etc.).

Pero también hay que hablar de un derecho a la no discriminación en el ámbito digital dado que hay que tener en cuenta que fenómenos como el Big Data y el tratamiento de los datos de los ciudadanos, personales o no, mediante algoritmos o herramientas de inteligencia artificial puede afectar al principio de igualdad a través de la creación de perfiles que incorporen sesgos discriminatorios que no tengan su fundamento en las condiciones expresamente mencionadas en el artículo 14 de la Constitución. En este sentido recordemos que 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 (en adelante RGPD), en su art. 22, bajo el epígrafe “decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles”, señala que todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar, salvo las excepciones que dicho precepto contempla. E incluso cuando permite dicha elaboración señala que es preciso adoptar las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.

Es más, el derecho a la no discriminación en Internet (que algunos prefieren denominar derecho a la inclusión digital) va incluso más lejos en la medida en que, según el art. 82 (también con rango de ley ordinaria), persigue que el acceso a Internet contribuya a superar la brecha de género existente en el mundo físico en el ámbito personal y laboral y también la brecha generacional, para lo que se habla de “procurar” su superación mediante acciones dirigidas a la formación y el acceso a las personas mayores para los que no se trata de un medio “natural”, valga la expresión (de ahí la famosa distinción entre nativos digitales y el resto de la población, en particular las personas de mayor edad). Por último se señala que el acce-

so a Internet deberá garantizar también condiciones de igualdad para las personas que cuenten con necesidades especiales. Efectivamente, si consideramos que las personas con discapacidad deben estar integradas en la sociedad digital hay que promover políticas de impulso y apoyo a las soluciones tecnológicas inclusivas y establecer políticas públicas de formación y concienciación para la plena inclusión de personas con discapacidad en el entorno digital.

Por eso, para algunos autores es más correcto hablar de un derecho a la igualdad en el ámbito digital.

En todo caso hay que tener muy presente a la hora de interpretar este derecho lo dispuesto en la normativa europea recogida en el Reglamento del Parlamento y del Consejo 2015/2120 a la que ya hemos hecho referencia.

## **b) Derecho a la identidad en Internet**

Podemos señalar que al igual que existe una identidad en el mundo físico tanto de personas físicas como jurídicas (nombres, apellidos, DNI, domicilio, características personales o profesionales, o denominación social, CIF, objeto social, marca, etc.) existe también una identidad digital que en principio se conforma con los mismos elementos que en el mundo físico pero se manifiesta u opera en Internet. El derecho a la identidad se encuentra estrechamente ligado con el derecho a la propia imagen, en la medida en que la imagen de una persona es una manifestación de su identidad.

El problema que se plantea es que en Internet es posible con facilidad que la imagen de una persona o una empresa se construya con independencia o al margen de su voluntad partiendo de los datos disponibles en la red, permitiendo la elaboración de perfiles personales o corporativos que pueden no ser controlados por la persona interesada y ser usados para fines espurios o incluso la suplantación de la identidad. Efectivamente, las suplantaciones de identidad son relativamente sencillas de realizar en el mundo digital con respecto a lo que ocurre en el mundo físico. Por tanto, este derecho requiere de vías o mecanismos que permitan el control de la identidad digital, empezando por lo que podríamos denominar mecanismos preventivos, entre ellos los que permitan la identificación segura a través de Internet (mecanismos como la firma digital o los asociados por ejemplo a servicios de salud, servicios prestados por las Administraciones Públicas, etc.).

En todo caso, hay que diferenciar la identidad digital de la reputación digital, que no está protegida por este derecho aunque —en su caso— podríamos estar ante una intromisión ilegítima del derecho al honor de la persona física o jurídica contra cuya reputación online se atenta. Este es el caso contemplado por ejemplo en la STS de 10 de febrero de 2011 dictada en el recurso 1953/2008 <http://www.colectivoioe.org/uploads/b3cfe59d13306ac2ee7bd01c5ab0b871ff119479.pdf>

Especial atención —como ocurre en general con todos los derechos digitales— exige la protección de este derecho a la identidad cuando se trata de menores.

### **c) Derecho a la seguridad de las comunicaciones en Internet**

Los usuarios tienen derecho a la seguridad de las comunicaciones y de las informaciones que circulan en Internet. Sin embargo, hay que ser conscientes de la enorme complejidad y dimensiones del problema de seguridad en Internet con los retos tecnológicos que esto supone y con la necesidad de impulsar y promover el desarrollo de programas de seguridad y privacidad lo más sólidos posibles para proteger la información y la privacidad de los usuarios.

En este sentido, los operadores, plataformas y proveedores de servicios y contenidos deben informar a los usuarios de sus derechos, hay que entender que especialmente cuando se produzca un fallo de seguridad que les afecte (art. 82 de la Ley). Hay que tener en cuenta que el ejercicio de este derecho debe entenderse, como ya hemos señalado, sin perjuicio de la legislación de la Unión, en concreto de la Directiva UE 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de Julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información (Directiva NIS) cuyo detalle excede del objeto de este informe.

### **d) Derecho a la portabilidad en servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes**

Según el art. 95 de la Ley (con rango de ley ordinaria) los usuarios de servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes tendrán derecho a recibir y transmitir los contenidos que hubieran facilitado a los prestadores de dichos servicios, así como a que los

prestadores los transmitan directamente a otro prestador designado por el usuario, siempre que sea técnicamente posible.

Se trata de un nuevo derecho a la portabilidad que se reconoce más allá del derecho a la portabilidad de los datos personales aportados por el interesado que está reconocido en el art. 20 del RGPD, si bien con ciertas limitaciones.

Este derecho opera en relación con cualquier contenido que se hubiera facilitado por el interesado a los prestadores de los servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes, a los que se obliga a que los trasmitan directamente a otro prestador que les haya sido indicado por el usuario pero solo si la transmisión es “técnicamente posible”. No obstante, no se facilitan criterios para determinar cuándo se considera que la transmisión es técnicamente posible y cuándo no, por lo que parece que en último término la garantía de este derecho queda en manos del proveedor, a diferencia de lo que ocurre con el derecho a la portabilidad de los datos.

Además se recuerda que los prestadores podrán conservar, pero sin difundirla a través de Internet, copia de los contenidos pero sólo cuando dicha conservación sea necesaria para el cumplimiento de una obligación legal. Por tanto “a sensu contrario” parece que hay que entender que en los demás casos no podrán conservar estos contenidos si no que deberán eliminarlos.

#### **e) Derecho al testamento digital**

Bajo esta denominación —que puede inducir a error— el art. 96 (con rango de ley ordinaria) de la Ley recoge las reglas que deben de regir en relación con los contenidos de y sobre personas fallecidas que son gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información, siendo muy similares a las que contiene el art. 3 de la misma Ley respecto a los datos de las personas fallecidas. Estas reglas consisten básicamente en establecer qué personas vinculadas al fallecido pueden solicitar al prestador de los servicios que les permita acceder a dichos contenidos, salvo que el propio fallecido lo hubiera prohibido expresamente o así lo establezca una ley, y mediante qué procedimientos y con qué finalidad. De ahí la referencia al “testamento” digital.

Según el art. 96.1, las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos

contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión. Por tanto, son las personas habilitadas por la norma las únicas que pueden decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios personales equivalentes, siempre con la salvedad de que el fallecido hubiese dado otras instrucciones, en cuyo caso obviamente se atenderán estas instrucciones. No obstante, la prohibición del causante no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto.

El art. 96.1 también prevé que el albacea testamentario, así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello, pueda solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones. Además, en el caso de personas fallecidas menores de edad, se establece que las mismas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada. Y en caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por los anteriores, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado.

La norma también obliga al responsable al que se solicite la eliminación del perfil a proceder sin dilación a dicha eliminación, y se prevé también un desarrollo reglamentario para establecer los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y, en su caso, su registro (que podrá coincidir con el previsto en el artículo 3 de la Ley).

### ***3.2. Derechos digitales manifestación de derechos fundamentales reconocidos en el mundo físico***

#### **a) Derecho a la privacidad y a la intimidad en el ámbito digital**

Este derecho no es sino una manifestación en el ámbito digital del derecho fundamental a la intimidad que reconoce el art. 18 de la Constitución pero que de nuevo exige un tratamiento y unas garantías específicas en Internet, dadas las características del medio. Esto es particularmente cierto en el caso de los menores siendo conveniente reforzar esta protección debido a los numerosos riesgos a los que se exponen al acceder al ámbito

digital. Ya el art. 7 de la Ley con respecto al tratamiento de datos de un menor de edad establece la regla general de que solo podrá fundarse en su consentimiento siempre que sea mayor de catorce años, exceptuando además aquellos supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela.

En cuanto a los supuestos en que se produzca una intromisión ilegítima de conformidad con el art. 84 de la Ley (que recuerda que en primer lugar corresponde a sus padres o representantes legales extremar la vigilancia y la protección), tanto por la utilización como por la difusión de imágenes o de información personal, corresponde al Ministerio Fiscal instar las medidas cautelares y de protección previstas en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor.

Además señala el art. 92 que corresponde a los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participen menores de edad garantizar la protección de su interés superior y sus derechos fundamentales (especialmente el derecho a la protección de datos personales) cuando se trate de la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información. Además hay que tener en cuenta que cuando dicha publicación o difusión vaya a tener lugar a través de servicios de redes sociales o servicios equivalentes es preciso contar con el consentimiento del menor o sus representantes legales, conforme a lo prescrito en el artículo 7 de la Ley.

## **b) Derecho al olvido**

La ley reconoce en dos preceptos de manera diferenciada lo que denomina el derecho al olvido en búsquedas de Internet y el derecho al olvido en servicios de redes sociales. Tradicionalmente el derecho al olvido se refería a aquellos supuestos en que los datos eran facilitados no por propio interesado si no por terceros.

De conformidad con el art. 93, que regula el primero de ellos, toda persona tiene derecho a que los motores de búsqueda en Internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información

relativa a su persona siempre que sean inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

Del mismo modo deberá procederse cuando las circunstancias personales que invoque el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los enlaces por el servicio de búsqueda en Internet. Es importante destacar que el derecho subsiste aun cuando fuera lícita la conservación de la información publicada en el sitio web al que se dirige el enlace y no se procediese por la misma a su borrado previo o simultáneo.

No obstante lo anterior, hay que destacar que este derecho no impide el acceso a la información publicada en el sitio web a través de la utilización de otros criterios de búsqueda distintos del nombre de quien ejerce el derecho.

Por su parte, reconoce el art. 94 de la Ley el denominado derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes señalando que toda persona tiene derecho a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que hubiese facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes, así como los datos personales que le conciernan y que hubiesen sido facilitados por terceros para su publicación por los servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

Por tanto, en este segundo supuesto estamos hablando tanto de datos personales que ha proporcionado el propio interesado para su publicación, como de datos facilitados por un tercero, mientras que en el art. 83 se hace referencia a la información aportada por terceros.

En lo que se refiere a los datos personales aportados por el propio interesado no se exige ningún requisito adicional para permitir el ejercicio del derecho, mientras que si se trata de información datos aportados por terceros deben darse alguno de los requisitos señalados en los arts. 93 y 94 (siempre teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información) de manera que la información o los datos personales sean:

- a) inadecuados
- b) inexactos
- c) No pertinentes
- d) Desactualizados
- e) Excesivos

Del mismo modo, deberá procederse a la supresión de dichos datos cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los datos por el servicio. En este supuesto se introduce una cierta discrecionalidad dado que se habla no ya de que los datos sean inexactos, excesivos, inadecuados, etc., sino de que las circunstancias personales invocadas por el afectado ponen de manifiesto que debe de prevalecer este derecho al olvido sobre el mantenimiento de los datos por el proveedor del servicio, lo que exigirá la adecuada ponderación por un lado de dichas circunstancias y por otro del derecho a la información. En ese sentido esa ponderación será diferente según el perfil del interesado, dado que si se trata de una persona con relevancia pública lo habitual será que prevalezca el derecho a la información.

Es muy importante destacar que, siempre según dicho precepto, se exceptúan de lo dispuesto en este apartado los datos que hubiesen sido facilitados por personas físicas en el ejercicio de actividades personales o domésticas.

Por último, existen normas más flexibles en el caso de los menores de edad que aseguran su especial protección dado que en caso de que el derecho se ejercitase por un afectado respecto de datos que hubiesen sido facilitados al servicio, por él o por terceros, durante su minoría de edad, el prestador deberá proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud, sin necesidad de que concurran las circunstancias mencionadas.

Hay que tener en cuenta que el derecho al olvido regulado en estos preceptos está vinculado con el derecho al honor y que ha ido siendo objeto de una elaboración jurisprudencial a partir de la famosa sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea 131/12, de 13 de mayo de 2014, que permitió a un ciudadano español requerir a Google la eliminación de datos personales que habían sido indexados en los servidores de dicha empresa y que afectaban a su reputación online. Esta importante sentencia concluyó que dado que Google es un prestador de servicios de sociedad de la información está obligada a cumplir la normativa de

protección de datos que permite a los ciudadanos solicitar su cancelación entendiéndose que la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe de calificarse de tratamiento de datos personales y, por tanto, el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse responsable de dicho tratamiento y todo ello a pesar de estar la sede de la empresa matriz fuera de Europa.

Pues bien, el RGPD desarrolla muy extensamente este derecho y sus limitaciones en su art. 17 según el cual el interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;
- b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico;
- c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2;
- d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente;
- e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento;
- f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1.

Además según el párrafo 3º este derecho no se podrá ejercitar cuando el tratamiento sea necesario:

- a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información;
- b) para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Esta-

dos miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable;

- c) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con el artículo 9, apartado 2, letras h) e i), y apartado 3;
- d) con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento,
- e) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

A la vista de esta extensa y mucho más detallada regulación, que además resulta de directa aplicación, es más que probable que esta interpretación sea la que prevalezca a la hora de aplicar los derechos reconocidos en los arts. 93 y 94 y de realizar la adecuada ponderación de los derechos del afectado y el derecho a la información o al tratamiento de los datos.

### **c) Derechos digitales ligados a la libertad de expresión e información en Internet y al derecho al honor en Internet**

Hay que tener presente que en el ámbito de la libertad de expresión, la tecnología ha modificado radicalmente tanto el acceso a la información (inmediato, desde cualquier dispositivo, mediante múltiples formatos) como quien la produce, dado que los ciudadanos no solo son receptores pasivos sino que también actúan como creadores de contenido en Internet, la mayoría de ellos de forma no profesional (e incluso anónimamente) con los problemas que esto supone en cuanto a la garantía de los derechos de terceros afectados por dichos contenidos. Y además conviene no olvidar que los Gobiernos y las Administraciones Públicas disponen también de nuevas herramientas y recursos para controlar la información y a sus emisores con los consiguientes riesgos para la libertad de expresión. En este contexto, el reconocimiento de estos derechos digitales a la libertad de expresión e información en Internet y el derecho al honor en Internet (que derivan del art. 20 de la Constitución) presenta importantes peculiaridades.

Efectivamente, hay que tener en cuenta que en el ámbito digital se dan determinadas peculiaridades —la diversidad y cantidad de la información

disponible, la pluralidad de emisores que pueden ser a su vez emisores y receptores, la posibilidad de informaciones en tiempo real, la rapidez en la transmisión, la conservación de la información por tiempo indefinido, el anonimato, la presencia de “bots” y la posibilidad de “fake news” que se expanden a gran velocidad, etc., etc.— que determinan la necesidad de establecer mecanismos adecuados a esas características para garantizar y proteger estos derechos y sus límites adecuadamente en el medio digital.

En particular, en cuanto a los límites de estos derechos la Ley ha introducido un nuevo modelo de derecho de rectificación en Internet y el establecimiento de mecanismos de responsabilidad más rigurosos para los responsables de proporcionar o propagar la información. Por eso la Ley regula el derecho de rectificación en Internet (art.85) y el derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales (art. 86) de una manera muy detallada.

Por lo que se refiere al derecho de rectificación, la norma obliga a los responsables tanto de los servicios de la sociedad de la información como de redes sociales y plataformas digitales a establecer y ejecutar protocolos efectivos para garantizar su ejercicio en particular en relación con los contenidos que atenten contra el derecho al honor, la intimidad personal y familiar en Internet y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz. Lo más relevante, no obstante, es la extensión de la legislación sobre el derecho de rectificación en los medios de comunicación social a las redes sociales, plataformas digitales y servicios de la sociedad de la información equivalentes.

Efectivamente, recordemos que el derecho de rectificación está regulado en La Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, que reconoce el derecho a toda persona, natural o jurídica, a derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicios.

Este mismo art. 85 de la Ley Orgánica 3/2018 dispone que cuando los medios de comunicación digitales deban atender la solicitud de rectificación formulada contra ellos, deberán proceder a la publicación en sus archivos digitales de un aviso aclaratorio que ponga de manifiesto que la noticia original no refleja la situación actual del individuo. Dicho aviso deberá aparecer en lugar visible junto con la información original. De nuevo este precepto supone una adaptación de la regulación del derecho de rectificación concebido para un entorno físico a lo que requiere Internet. El derecho de rectificación propio del mundo físico se ejerce según la ley

reguladora mediante la remisión del escrito de rectificación al director del medio de comunicación dentro de los siete días naturales siguientes al de publicación o difusión de la información que se desea rectificar, de forma tal que permita tener constancia de su fecha y de su recepción y deberá limitarse a los hechos de la información que se desee rectificar, siendo obligatorio para el director del medio de comunicación social su publicación o difusión íntegra dentro de los tres días siguientes al de su recepción, sin comentarios ni apostillas y regulándose como debe de ser esa publicación.

Adicionalmente el art. 86 reconoce el derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales señalando que toda persona tiene derecho a solicitar motivadamente de los medios de comunicación digitales la inclusión de un aviso de actualización suficientemente visible junto a las noticias que le conciernen cuando la información contenida en la noticia original no refleje su situación actual como consecuencia de circunstancias que hubieran tenido lugar después de la publicación, causándole un perjuicio. En este caso, el aviso hará referencia a la decisión posterior. De nuevo nos encontramos ante una adaptación de este derecho al mundo virtual teniendo en cuenta la velocidad y la constante actualización de los contenidos en Internet, por lo que resulta perfectamente posible para el medio de comunicación digital realizar inmediatamente dicha actualización, si bien el problema será acreditar que la información cuya actualización se pretende mediante el aviso es la correcta.

En todo caso, el propio precepto considera que dicha actualización mediante aviso deberá realizarse cuando las informaciones originales se refieran a actuaciones policiales o judiciales que se hayan visto afectadas en beneficio del interesado como consecuencia de decisiones judiciales posteriores, lo que puede resultar de especial interés para los profesionales de la abogacía cuyos clientes se hayan visto perjudicados por este tipo de contenidos o informaciones.

En definitiva, el entorno digital ha incidido de forma muy relevante en el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad de expresión e información y sus límites dada la posibilidad de que múltiples informaciones que se generan en tiempo real lleguen a todo tipo de destinatarios sin filtros o controles previos, lo que genera una cantidad exorbitante de información que pone en evidencia las limitaciones de las medidas tradicionales de protección de dichos derechos.

### ***3.3. Derechos digitales en el ámbito laboral***

Especial atención han merecido los denominados derechos digitales en el ámbito laboral, que además han sido objeto en numerosas ocasiones del análisis doctrinal y objeto de numerosas sentencias. De nuevo estamos en presencia de derechos, como el derecho a la intimidad o el derecho a la desconexión digital que pueden tener o no carácter de derechos fundamentales y que pueden ser manifestaciones de derechos ya reconocidos en el mundo físico pero que requieren de una especial protección en el ámbito digital en el contexto de las relaciones laborales, como ocurre con el derecho fundamental a la intimidad. Por el contrario, el derecho a la desconexión no solo es un derecho ordinario, sino que es también por su propia naturaleza un derecho que no existe fuera del ámbito de Internet.

Estos derechos nos interesan especialmente en la medida en que resultan de aplicación a cualquier entorno laboral, incluido lógicamente el de los despachos de abogados.

También hay que señalar es que estos derechos vienen a recoger los criterios doctrinales y jurisprudenciales existentes en la materia, si bien tienen la ventaja de la codificación y estructuración de estos derechos.

#### **a) Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral**

Los derechos digitales en el ámbito digital se refieren particularmente al derecho a la intimidad de los trabajadores (o los empleados públicos) y al denominado derecho a la desconexión digital. Mientras que el primero tiene carácter de derecho fundamental, como ya hemos dicho, el segundo es un derecho de carácter ordinario que podría considerarse como una manifestación del derecho al descanso que tienen reconocidos los trabajadores. Además la Ley regula de forma diferenciada el derecho a la intimidad en relación con el uso de los dispositivos digitales facilitados por el empleador y en relación con el uso de cámaras de videovigilancia y de sistemas de geolocalización, por lo que también haremos referencia de forma separada a estos derechos aunque todos ellos derivan del derecho a la intimidad de trabajadores y empleados públicos. Siendo idéntica la regulación para unos y otros nos referiremos con carácter general a los trabajadores, entendiendo por tales tanto a los del sector privado como a los del sector público incluidos por tanto los funcionarios.

Según el art. 87 de la Ley los trabajadores tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su

disposición por su empleador, de manera que éste solo puede acceder a los contenidos derivados de su uso a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de garantizar su integridad. Para conseguir esta finalidad es imprescindible que los empleadores establezcan criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. Por último se establece que en la elaboración de estos criterios deberán participar los representantes de los trabajadores y que deberá informarse —lógicamente— a los trabajadores.

Por tanto, para que el derecho al acceso por el empleador al contenido de los dispositivos digitales de su propiedad —respecto de los que haya admitido su uso con fines privados— se ejercite respetando los derechos de los trabajadores es preciso que se especifiquen de modo preciso cuáles son los usos autorizados y cuáles no, estableciendo garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Además hay que atender a los usos sociales —que pueden variar— y tener en cuenta los derechos ya reconocidos en el ordenamiento jurídico, lo que no resulta demasiado preciso. Como puede apreciarse se dejan básicamente estas garantías en manos del empleador en la medida en que dependen de las instrucciones que se establezcan en cada caso.

#### **b) Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación en el lugar de trabajo**

Está regulado en el art. 89 de la Ley que dispone que los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo, si bien exige que los empleadores informen previamente y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida. En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores, se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de la ley orgánica<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> 4. El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo infor-

El párrafo 2º de dicho art. 89 prohíbe en todo caso la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos.

Y el párrafo 3º advierte que la utilización de sistemas similares para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo debiendo respetarse en todo caso el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y todas las garantías anteriores.

La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de la Ley que regula el tratamiento de los datos con fines de videovigilancia y que dispone que los datos serán suprimidos en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones, en cuyo caso las imágenes deberán ser puestas a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que se tuviera conocimiento de la existencia de la grabación.

### **c) Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral**

Según el art. 90 los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo, pero obligándoles asimismo con carácter previo a informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes, acerca de su existencia y características, así como del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.

---

mativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información.

En todo caso, el responsable del tratamiento deberá mantener a disposición de los afectados la información a la que se refiere el citado reglamento.

#### **d) Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral**

Este derecho reconoce la limitación al uso de las tecnologías de la comunicación (hay que entender que mensajerías y correos electrónicos fundamentalmente) tanto en relación con la empresa como con los clientes para garantizar el tiempo de descanso y vacaciones de los trabajadores.

En este sentido, el art. 88 regula el denominado derecho a la desconexión en el ámbito laboral señalando que los trabajadores tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. No obstante no hay ulteriores precisiones sobre el contenido y las garantías y forma de ejercicio de este derecho por lo que en la práctica no hay grandes avances.

Es más, el propio precepto señala que las modalidades del ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, de manera que parece que no sólo no se aplicará por igual a los directivos y al resto de la plantilla (si bien hay que destacar que los directivos no están excluidos del reconocimiento de este derecho como tampoco los trabajadores a distancia a tiempo total o parcial) sino que tampoco hay un contenido mínimo. En todo caso se establece que las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Asimismo se prevé la obligación del empleador —previa audiencia de los representantes de los trabajadores— de elaborar una política interna en la que se establezcan las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas para evitar el riesgo que denomina de “fatiga informática”.

Por último la Disposición final decimotercera modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para añadir un art. 20 bis con el siguiente contenido:

*“Artículo 20 bis.* Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión. Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y

geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

Por su parte, la Disposición final decimocuarta añade una nueva letra j bis) en el artículo 14 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que quedará redactada como sigue:

*“j bis).* A la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

#### **e) Derechos digitales en la negociación colectiva**

Por último, el art. 91 se refiere a la posibilidad de que los convenios colectivos puedan establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral. No estamos por tanto en presencia de un nuevo derecho sino más bien de un recordatorio para que los agentes sociales incluyan este tipo de garantías en los Convenios colectivos, cosa que hasta ahora no se venía haciendo.

### ***3.4. Derechos digitales en el ámbito de la educación***

Los autores han puesto de manifiesto la trascendencia que tiene para la educación tanto el acceso a contenidos digitales como la plena disponibilidad de todas las posibilidades educativas que ofrece Internet, pero también han llamado la atención sobre las posibilidades de que las redes puedan utilizarse, en particular por los más jóvenes, de manera poco respetuosa con los derechos y valores constitucionales y del riesgo que esto supone, que debe de prevenirse también mediante una formación adecuada.

En este caso, la garantía de este derecho recae sobre el sistema educativo en los términos del art. 83 de la Ley, según el cual el sistema educativo garantizará la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso de los medios digitales que sea seguro y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales. Las actuaciones realizadas en este ámbito tendrán carácter inclusivo, en particular en lo que respecta al alumnado con necesidades educativas especiales.

La Disposición adicional vigésima primera bajo el epígrafe “Educación digital” señala que *“Las Administraciones educativas darán cumplimiento al mandato contenido en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 83 de esta ley orgánica en el plazo de un año a contar desde su entrada en vigor”*.

Por su parte, la Disposición final décima incluye una modificación de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación consistente en la introducción de una nueva letra l) en el apartado 1 del artículo 2 (“Fines del sistema educativo español”) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que queda redactado como sigue: *“l) La capacitación para garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso seguro de los medios digitales y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente, con el respeto y la garantía de la intimidad individual y colectiva”*.

#### **4. INCIDENCIA DE LOS DERECHOS DIGITALES EN EL ÁMBITO PROFESIONAL DE LOS DESPACHOS DE ABOGADOS**

Obviamente, el impacto de estos nuevos derechos digitales en el ámbito profesional de los despachos de abogados es doble; de una parte, en cuanto que reconoce y garantiza una serie de derechos digitales que los clientes del despacho pueden hacer valer cuando sean conculcados, dando lugar a su correspondiente defensa profesional; de otra parte, en cuanto que obliga a los propios despachos de abogados en relación con los profesionales que prestan sus servicios en ellos.

En cuanto al primer aspecto, la nueva regulación de estos derechos tiene para los despachos de abogados (en particular para los especializados en nuevas tecnologías) un impacto similar al que —salvando las distancias— tiene cualquier normativa que reconozca nuevos derechos a los ciudadanos o refuerce las garantías para proteger los ya reconocidos. Como hemos analizado más arriba la mayoría de estos derechos ya estaban reconocidos con anterioridad; en otros casos, se clarifica su regulación y en otros lo que hace es establecer una serie de garantías o de procedimientos para hacer valer estos derechos que se adaptan mejor a las peculiaridades del ámbito digital. Sin embargo no se modifican las vías procesales ordinarias para su defensa. Por otra parte, habrá que tener también presente los acuerdos a los que se haya llegado con los proveedores de servicios de Internet o los operadores de telecomunicaciones, en la medida en que tales pactos si bien no pueden limitar el ejercicio de los derechos digitales sí que

pueden dificultar su ejercicio, máxime en el caso de empresas cuya matriz se encuentre fuera del territorio de la Unión Europea.

Por último y como también hemos señalado, en la medida en que un despacho profesional de abogados tenga empleados por cuenta ajena tendrá que tener en cuenta el reconocimiento de los derechos laborales en el ámbito digital que pueden afectarle como a cualquier otro empleador. No obstante, hay que tener en cuenta que por las características del ejercicio profesional de la abogacía hay derechos, como el de la desconexión digital, que pueden resultar particularmente relevantes. Como ya hemos señalado, se trata de permitir que el trabajador disfrute de sus periodos de descanso legal o contractualmente pactados sin interferencia de las comunicaciones electrónicas profesionales, obligándose al empleador —previa audiencia de los representantes de los trabajadores si existen— a la elaboración de una política interna en la que se recojan las modalidades de ejercicio de este derecho a la desconexión que habrá de tener en cuenta las características del puesto de trabajo y el tipo de relación laboral lógicamente.

## 5. CONCLUSIONES

**Primero.**— El nuevo título X de la recientemente aprobada Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre de Protección de Datos de Carácter personal y garantía de los derechos digitales <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673> recoge bajo el epígrafe de “Garantía de los derechos digitales” una serie de derechos digitales fundamentales y ordinarios, así como algunos principios de actuación en el ámbito digital bajo la premisa de que su garantía debe de ser idéntica a la existente en el mundo físico, lo que exige la adaptación de sus mecanismos de protección a las especiales características de Internet.

**Segundo.**— Se trata de un importante ejercicio de conceptualización de estos derechos cuya heterogeneidad y dispersión era notable, dado que en algunos casos no existía regulación previa de ningún tipo y en otros se trataba de construcciones o adaptaciones jurisprudenciales. Sin embargo, el problema es que su disparidad dificulta su regulación unitaria aunque se realice —como hace la Ley— desde la perspectiva de sus garantías.

**Tercero.**— No obstante, es perceptible un grado de incertidumbre y de falta de concreción todavía muy elevado en particular en relación con determinados derechos que quedan sujetos a numerosos condicionantes tanto en cuanto a su contenido como en cuanto a sus garantías o incluso con respecto a los sujetos obligados, dado que en ocasiones son los proveedores

de servicios de Internet, en otros los proveedores de servicios de acceso a Internet (operadoras de telecomunicaciones), los Poderes Públicos, los medios digitales o incluso otros ciudadanos. Por ejemplo, en el caso de los derechos digitales de los trabajadores son frecuentes las llamadas a los acuerdos entre empleadores y trabajadores o a la negociación colectiva como mecanismos de concretar su contenido y los mecanismos para garantizarlos. Por tanto será preciso aguardar al desarrollo contractual, convencional o vía negociación colectiva y a la interpretación jurisprudencial para conocer su verdadero alcance en la mayor parte de los casos.

**Cuarto.**— En cuanto a los despachos profesionales de abogados y al ejercicio de la abogacía hay que tener presente que el reconocimiento de estos nuevos derechos digitales y/o garantías afectará a su ejercicio profesional en la medida en que sus clientes vean conculcados estos derechos dado que podrán emprender acciones legales en base a dichos preceptos si bien solo en casos determinados se establecen procedimientos específicos para su defensa, como ocurre en el caso del derecho de rectificación o en el denominado testamento digital. Además, los despachos profesionales como cualquier otro empleador tendrán que cumplir con sus obligaciones en cuanto a los derechos digitales que se le reconocen a cualquier trabajador, muy en particular el denominado “derecho a la desconexión digital”.



# La ciberseguridad en la abogacía: una aproximación deontológica

(Informe 12/2018)

**Sumario:** 1. LA ABOGACÍA Y LA CIBERSEGURIDAD. 2. LOS CIBERRIESGOS EN LA ABOGACÍA Y SU GESTIÓN. 3. LOS INCIDENTES DE CIBERSEGURIDAD COMO AMENAZAS A LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA. 3.1. La suplantación de identidad. 3.2. Infección de los sistemas del despacho por Malware. 3.3. Ataque de denegación de Servicio (DdOS). 4. LAS AMENAZAS A LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL DEL ABOGADO. A) LA INDEPENDENCIA DEL ABOGADO. b) La confianza en el abogado. c) El secreto profesional. 5. LA COBERTURA ASEGURADORA. 6. CONCLUSIONES.

## 1. LA ABOGACÍA Y LA CIBERSEGURIDAD

El Preámbulo de la Estrategia Nacional de Ciberseguridad de 2013<sup>1</sup> (ENCS) termina diciendo que nuestra dependencia del ciberespacio *nos obliga a dedicar todos los medios necesarios a la hora de poner nuestras capacidades al servicio de la ciberseguridad. El entorno es dinámico y son muchas las incertidumbres y retos que afrontamos. Únicamente si nos comprometemos de forma decidida con la seguridad del ciberespacio, la competitividad de nuestra economía y la prosperidad de España serán una realidad posible.*

La abogacía es un colectivo donde los riesgos cibernéticos a los que se enfrenta son especialmente relevantes, en particular a la vista de la cantidad pero, sobre todo, de la sensibilidad y relevancia de la información, propia y ajena, que manejan estos profesionales.

En el concreto caso de la abogacía española, basta con leer el preámbulo del proyecto de Estatuto General aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española en 2013, aún pendiente de aprobación por el Gobierno, para recordar que esta es una profesión cuyo ejercicio afecta tanto a intereses corporativos generales como a intereses públicos del conjunto de la sociedad española, colectivo en el que —además— la deontología profesional siempre ha sido una seña de identidad.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado acerca del alcance y exigibilidad de la normativa deontológica<sup>2</sup>. Así, en su Senten-

---

<sup>1</sup> Actualmente en revisión.

<sup>2</sup> STC 219/1989 de 21 de diciembre

cia de 21 de diciembre de 1989, ya señalaba, en su Fundamento Jurídico 5, que «... las normas de deontología profesional aprobadas por los Colegios profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario. Muy al contrario tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional».

Sin perjuicio de las obligaciones legales y deontológicas que afectan a la abogacía, también se han desarrollado una serie de normas en las que se refleja esta obligación, intrínseca a la profesión de abogado, de protección y seguridad de la información. Así, por ejemplo, la Estrategia de Ciberseguridad Nacional, dedica su Objetivo III a las necesidades de sensibilización, respecto de la cual señala que las empresas deben ser conscientes de la responsabilidad en la seguridad de sus sistemas, la protección de la información de sus clientes y proveedores y la confiabilidad de los servicios que prestan. Todo ello tendente a lograr la mejor protección de la confianza del consumidor, pues se considera que ello permitirá alcanzar el éxito de la economía digital.

Y para ello, la ECSN considera que debe promoverse *una sólida cultura de ciberseguridad, que proporcione a todos los actores la conciencia y la confianza necesarias para maximizar los beneficios de la Sociedad de la Información y reducir al mínimo su exposición a los riesgos del ciberespacio, mediante la adopción de medidas razonables que garanticen la protección de sus datos, así como la conexión segura de sus sistemas y equipos. La gestión eficaz de los riesgos derivados del ciberespacio debe edificarse sobre una sólida cultura de ciberseguridad. Ello requiere de los usuarios una sensibilización respecto de los riesgos que entraña operar en este medio, así como el conocimiento de las herramientas para la protección de su información, sistemas y servicios.*

También el Objetivo IV, dedicado a la sensibilización sobre los riesgos del ciberespacio, incluye una serie de elementos que nos sirven para fundamentar la obligación de diligencia y responsabilidad que, en materia de ciberseguridad, afecta a la abogacía. Dentro de este objetivo se destaca la necesidad de que las empresas tomen conciencia de la responsabilidad que tienen en la seguridad de los sistemas informáticos que utilizan, y de la protección de la información de sus clientes y proveedores. Y, para ello, la Estrategia apuesta por la promoción de una sólida cultura de ciberseguridad que sirva para mantener la confianza del consumidor. Dice así este Objetivo:

[...]

*Por tanto, una función esencial es promover una sólida cultura de ciberseguridad, que proporcione a todos los actores la conciencia y la confianza necesarias para maximizar los beneficios de la Sociedad de la Información y reducir al mínimo su exposición a los riesgos del ciberespacio, mediante la adopción de medidas razonables que garanticen la protección de sus datos, así como la conexión segura de sus sistemas y equipos. La gestión eficaz de los riesgos derivados del ciberespacio debe edificarse sobre una sólida cultura de ciberseguridad. Ello requiere de los usuarios una sensibilización respecto de los riesgos que entraña operar en este medio, así como el conocimiento de las herramientas para la protección de su información, sistemas y servicios.*

Para alcanzar estos Objetivos, la Estrategia se articula en una serie de líneas de actividad, en las cuales se recogen una serie de objetivos a lograr, de entre los cuales varios afectan a la profesión de abogado con mayor o menor intensidad. En particular, la Línea de Acción 4, que lleva por título “Capacidad de investigación y persecución del ciberterrorismo y la ciberdelincuencia”, recoge en su último párrafo el compromiso del Gobierno de impulsar una serie de acciones dirigidas a asegurar a los profesionales del Derecho el acceso a la información y a los recursos que les proporcionen el nivel necesario de conocimientos en el ámbito judicial para la mejor aplicación del marco legal y técnico asociado. En este sentido, se destaca la importancia de fomentar una eficaz cooperación con el Consejo General del Poder Judicial, la Abogacía del Estado, la Fiscalía General del Estado, la Fiscalía Coordinadora de la Criminalidad Informática y el Consejo General de la Abogacía Española.

Por su parte, la Línea de Acción 6, dirigida a la capacitación de profesionales contempla las iniciativas que es necesario acometer para alcanzar y mantener el adecuado nivel de capacitación en ciberseguridad de los profesionales (conocimientos y competencias) e impulsar la industria y la I+D+i españolas. En este sentido, la Estrategia fija como objetivo el desarrollar un marco de conocimientos de Ciberseguridad en los ámbitos técnico, operativo y jurídico.

Finalmente, la Línea de Acción 7, dedicada a fomentar la cultura de la ciberseguridad, incluye una serie de acciones dirigidas a concienciar a los ciudadanos, profesionales y empresas de la importancia de la ciberseguridad y del uso responsable de las nuevas tecnologías y de los servicios de la Sociedad de la Información.

## 2. LOS CIBERRIESGOS EN LA ABOGACÍA Y SU GESTIÓN

En lo que respecta a la Abogacía Española, varios han sido los casos en que un despacho de abogados se ha visto afectado por un incidente de ciberseguridad. Según datos del INCIBE-CERT, en 2016 se gestionaron 70 incidentes por *ransomware* que afectaron a este tipo de organizaciones. Se detectaron 66 páginas web de despachos de abogados que habían sido infectadas con malware inyectado, y 158 habían sido víctimas de una alteración de su apariencia original (*defacement*). Mientras que 40 webs de despachos alojaban *phishing*.

Ciberseguridad y abogacía son dos conceptos que deben ir siempre unidos. De hecho, debería poder afirmarse que la ciberseguridad está siendo un elemento transformador del ejercicio de la abogacía. Y lo es porque está cambiando la tradicional organización y funcionamiento de los despachos y de los colegios, pero también del abogado en su condición de usuario de internet y de profesional del Derecho.

Así lo demuestra el hecho de que el Plan Estratégico para 2020 del Consejo General de la Abogacía Española haya incluido una medida específica a la ciberseguridad (94), en los siguientes términos:

*94. Programa de ciberseguridad para Colegios, despachos y comunicaciones entre abogados: La profesión de abogado es definida, en gran medida, por la relación de confianza entre abogado y cliente. Por ello, el secreto profesional es fundamental para realizar la labor de defensa en una época como la actual en que los ataques a la seguridad de las redes de información transforman la protección de las comunicaciones de los abogados en una obligación para el Consejo y los Colegios de Abogados. La Abogacía Española elaborará un programa para abordar la problemática de la seguridad digital en el sector. En este sentido, promoverá el uso de estándares, tales como la metodología ENS-ISO 27001, así como programas de concienciación y protección frente a ciberataques, en colaboración con otras entidades públicas o privadas, e incrementando la coordinación con el Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE) así como el Centro Criptológico Nacional, y sus equipos de respuesta ante emergencias informáticas (CERT).*

Bien es sabido que son numerosos los riesgos a los que se enfrenta cada día un despacho de abogados, que ponen en peligro la información que maneja y custodia y, por lo tanto, son situaciones que pueden causar daño del que pueda derivarse algún tipo de responsabilidad legal.

La existencia de tales amenazas obliga a estas organizaciones a implantar, de manera efectiva y eficaz, una serie de medidas técnicas y organizativas, tanto de carácter preventivo como reactivo, a través de las cuales se traten de impedir, o en su defecto minimizar, los impactos negativos que pueda provocar un incidente de seguridad cibernético. Estos posibles im-

pactos van desde daños en el negocio hasta daños reputacionales de, en ocasiones, imposible reparación<sup>3</sup>.

En cualquier caso, una ayuda para lograr este objetivo es la implementación de la norma técnica ISO 27000, la cual describe cómo gestionar la seguridad de la información en una empresa —o despacho de abogados— para poder reducir el riesgo de pérdida, robo o corrupción de información.

El legislador, conocedor de esta situación, ha incluido esta obligación en la regulación aplicable a la protección de la información. Véase, por ejemplo, el artículo 24.1 del Reglamento General de Protección de Datos cuando, al referirse a la responsabilidad del responsable del tratamiento, afirma que *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. Dichas medidas se revisarán y actualizarán cuando sea necesario*.

Mención esta que repite en los artículos 25.1 y 25.2 cuando se refiere a la protección de datos desde el diseño y por defecto; en el 28.1 y 28.4 cuando se refiere a la responsabilidad del encargado del tratamiento; o en el artículo 30 cuando regula el Registro de actividades del Tratamiento. Así como en otros artículos de la norma. Aunque, en este sentido, posiblemente la redacción del artículo 32.1 represente con mayor claridad cuál es el espíritu del legislador en materia de la protección de la información personal:

*“Teniendo en cuenta el estado de la técnica, los costes de aplicación, y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como riesgos de probabilidad y gravedad variables para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable y el encargado del tratamiento aplicarán medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo, que en su caso incluya, entre otros:  
[...].”*

En España, esta exigencia se ha visto igualmente reflejada en el artículo 28.1 y otros de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, a través de la cual se completa lo dispuesto en el Reglamento antes citado.

---

<sup>3</sup> <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20180314/cierra-el-bufete-mossack-fonseca-epicentro-de-los-papeles-de-panama-6690712>

En el ámbito general de la protección de la información, los artículos 14 y 16 de la Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión (comúnmente conocida como Directiva NIS) también recoge esta obligación de implementación de medidas técnicas y organizativas dentro de las organizaciones que tengan la consideración de operadores de servicios esenciales o de proveedores de servicios digitales.

Dicha obligación se refleja en la ley española que transpone al ordenamiento interno la citada Directiva NIS, en particular en el artículo 16 del Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información.

Pues bien, de cara a poder identificar cuáles son los objetivos (de carácter cumulativo) que las medidas de ciberseguridad antes referidas deben lograr en lo que respecta a los despachos de abogados, podemos señalar principalmente cuatro: a) la confidencialidad; b) la integridad; c) la disponibilidad de la información; d) la autenticidad.

- a) La confidencialidad de la documentación: esto es, las medidas de protección que se implementen por parte del despacho deben ir dirigidas a garantizar que la información sólo está accesible para aquellas personas que hayan sido autorizadas para ello.

Desde un punto de vista organizativo, la protección de la confidencialidad puede organizarse de manera que, por un lado, se haga una buena gestión de identidades, es decir, que se configure adecuadamente los permisos de acceso a la información, en el sentido que se disponga de alguna solución que permita garantizar que los usuarios acceden únicamente a donde deben hacerlo (lo que se conoce como “principio de mínimo privilegio”). Y, de otro lado, debe garantizarse la eficacia de esta estructura a través de la realización de auditorías y controles periódicos, que permitan confirmar que tal diseño funciona adecuadamente.

Además de este tipo de actuaciones, es recomendable que el despacho disponga de una política interna sobre rotación de contraseñas y diseño robusto de las mismas, además de que —entre otras medidas— se exija actualizar obligatoriamente los equipos tan pronto como esté disponible tal actualización por parte del proveedor, pues eso reduce el riesgo de sufrir un incidente conocido. Y todo ello, claro está, sin perjuicio de cualesquiera otras exigencias que puedan

venir derivadas de sistemas de gestión (SGSI) y calidad (ISO) que tenga implementados la organización.

En una vertiente más técnica, en lo que respecta a la protección de la confidencialidad puede destacarse el cifrado de la información como instrumento, en principio, eficaz para evitar accesos inconscientes por parte de terceros ajenos a la organización. No obstante, téngase en cuenta que la eficacia de este instrumento siempre dependerá de la robustez del algoritmo de cifrado, por lo que se aconseja utilizar herramientas confiables y, en todo caso, una versión actualizada. En la práctica cabe destacar la proliferación de uso de redes VPN con las que conectarse remotamente a los sistemas de la empresa de una manera respetuosa con la confidencialidad de la información con la que se trata en la organización, bien sea del correo electrónico o de otro tipo de información.

- b) La integridad de la información: que supone que las medidas de protección empleadas deben asegurar que la información permanece inalterada, tal y como el emisor la originó, sin manipulaciones externas.

A estos efectos, existen en el mercado diferentes recursos tecnológicos con los que reforzar la seguridad perimetral de los sistemas que alojan información, y que permiten reforzar su seguridad frente a injerencias externas. Es el caso de los denominados Sistemas de Prevención de Intrusos (IPS) o de Detección de Intrusos (IDS).

O los más conocidos Firewalls o Antivirus. Adicionalmente, una medida eficaz lo constituye el uso de *sand box* con el que ejecutar en un entorno seguro y previo, los ficheros que se reciben en el correo de la organización, pues reduce la posibilidad de que acceda a los sistemas un archivo potencialmente malicioso.

- c) Disponibilidad de la información: de manera que la información esté accesible cuando se requiera.

Para ello, una opción es la de diseñar los equipos y la arquitectura de la red del despacho de manera que pueda accederse a la información desde varias ubicaciones, para el caso de que por algún motivo el acceso principal estuviera inutilizado, lo que comúnmente se conoce como “redundancia”.

Sí es una exigencia clara la de mantener la información de cuyo almacenamiento y custodia es responsable el despacho. Para ello será imprescindible realizar copias de seguridad periódicas (*back ups*) de un modo que se garantice la integridad y la disponibilidad de esa

información en el caso en que la información alojada en los sistemas principales se haya visto afectada, manteniendo una copia en un sistema distinto y aislado del principal, que actúe como centro de contingencia. En caso contrario podemos encontrarnos con que la incidencia que afecta al sistema principal (pe. Un ataque por ransomware), afecte de igual manera a la copia de seguridad, lo que haría ineficaz tal práctica.

d) La autenticidad.

En este caso, lo que se pretende es garantizar que la información a la que se accede es veraz, y que el transmisor de la información verdaderamente es quien dice ser.

Y es que para un despacho de abogados, tener la certeza de que la información que se recibe es verdadera, y que su remitente es el cliente, y no un tercero, es fundamental para poder proteger adecuadamente el derecho de defensa.

Este aspecto debemos ponerlo en relación con una de las amenazas, que se encuadran dentro de las que se conocen como “amenazas híbridas” y que son las noticias falsas (*fake news*), también referidas como “desinformación”.

En efecto, en la actualidad están siendo los ataques dirigidos a influenciar a la opinión pública una de las amenazas que provocan mayor preocupación en la opinión pública. La difusión de noticias falsas puede afectar tanto a la situación de nuestro cliente como a alguno de los miembros del despacho o al propio despacho en sí. En este caso, mediante una actuación coordinada y utilizando los recursos de Internet, un tercero malintencionado difunde, de manera rápida y masiva, información falsa que afecta o puede afectar a algún hecho relacionado con el expediente que lleva el despacho, o a la reputación del cliente, de la propia organización o de alguno de sus abogados.

### **3. LOS INCIDENTES DE CIBERSEGURIDAD COMO AMENAZAS A LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA**

El informe del Centro Criptológico Nacional sobre ciberamenazas y tendencias de 2018<sup>4</sup>, destaca algunas que impactan directamente en la ac-

---

<sup>4</sup> <https://www.ccn-cert.cni.es/informes/informes-ccn-cert-publicos/2856-ccn-cert-ia-09-18-ciberamenazas-y-tendencias-2018-resumen-ejecutivo-2018.html>

tividad de la abogacía. Por poner sólo algunos ejemplos y categorizar la tipología de los principales riesgos cibernéticos a los que se enfrenta la profesión, podemos citar los siguientes:

### 3.1. La suplantación de identidad

A través de esta práctica, un tercero crea uno o varios perfiles falsos con el objetivo de hacerse pasar por alguno de los integrantes del despacho, o por el propio despacho, con propósitos ilícitos.

Entre dichos fines podemos destacar el de acceder a información confidencial del despacho o de sus clientes, que se puede conseguir a través de técnicas de ingeniería social, como puede ser el comúnmente conocido como *phishing*<sup>5</sup>, que consiste en remitir una comunicación electrónica con la apariencia de tener un origen lícito, en el sentido de que proviene del despacho o de alguno de sus abogados para, aprovechándose de esa apariencia de veracidad, ganarse la confianza del destinatario, quien facilitará los datos y credenciales que persigue el cibercriminal<sup>6</sup>; o el *pharming* (mediante manipulaciones técnicas, el usuario es redirigido a una página web fraudulenta que suplanta a la oficial del despacho).

En relación con lo anterior, los despachos de abogados comienzan a ser víctimas del conocido como “fraude del CEO”, en el que un empleado del despacho recibe una comunicación electrónica desde, presuntamente, uno de los socios, en la cual se le dan una serie de indicaciones para que, o bien realice algún tipo de transferencia económica o revele algún tipo de información confidencial, o bien haga *click* en un fichero o enlace malicioso que permita al cibercriminal acceder a los sistemas del despacho<sup>7</sup>.

En este tipo de situaciones, la prevención es la mejor solución<sup>8</sup>. Una correcta formación a los empleados junto con protocolos internos de actuación, permitirán minimizar el riesgo de que los miembros del despacho sufran un engaño de esta naturaleza, lo que evitará sufrir daños. En este sentido, Google ha publicado la web *phishingquiz* en la que, a través de un

---

<sup>5</sup> <https://support.google.com/websearch/answer/106318?hl=es>

<sup>6</sup> <https://www.incibe.es/protege-tu-empresa/blog/phishing-no-muerdas-el-anzuelo>

<sup>7</sup> <https://www.incibe.es/protege-tu-empresa/blog/historias-reales-el-fraude-del-ceo>

<sup>8</sup> <https://phishingquiz.withgoogle.com/>

formato tipo cuestionario, enseña a los usuarios a identificar y neutralizar esta amenaza.

### 3.2. *Infección de los sistemas del despacho por Malware*

No disponer de suficientes medidas de seguridad para evitar que los sistemas del despacho puedan verse afectados por virus o software malicioso, facilita que aquel se vea expuesto a amenazas que pueden resultar más o menos dañinas para el negocio, pues pueden ir desde la instalación inconsciente de software con capacidad de interrumpir la normal actividad de los ordenadores del despacho (pe. Instalación de *adware*), hasta la entrada de software con capacidad de provocar daños más severos, tales como la instalación de troyanos o *spyware*, a través del cual un tercero ajeno a la organización pueda tener acceso inconsciente a información confidencial del despacho y de sus miembros, o incluso modificar la documentación a la que acceda. O de *keyloggers*, que permiten a un tercero acceder a la información que teclea el terminal infectado, por lo que se puede obtener información sobre comunicaciones (pe. De mensajería instantánea), contraseñas, números de cuenta, etc.

Dentro de esta categoría podemos destacar ciertas actividades ilícitas, las cuales, aprovechándose de determinadas vulnerabilidades técnicas, modifican la configuración original del blog o de la página web de un despacho para insertar de manera inconsciente e indeseada, mensajes o imágenes críticas con ese despacho o, incluso, amenazadoras (comúnmente conocido como *defacement*). Tenemos ejemplos de organizaciones o individuos que, para mostrar su disconformidad con una determinada política del despacho (caso de grupos denominados “hacktivistas”), o por razón de los clientes a los que defienden, tratan de mostrar su desacuerdo a través de esa vía.

Uno de los supuestos más habituales en la actualidad de infección por malware tiene que ver con las *botnet* o redes de ordenadores zombies, que son controlados por un tercero a través de lo que se conoce como panel de comando y control, desde el cual pueden manipularse los sistemas afectados y conseguir que desde la conexión del despacho (en particular a través de la dirección IP desde la que se conecta a Internet) un tercero pueda realizar ataques coordinados de denegación de servicio a otras instalaciones.

Dentro de la categoría de malware debemos incluir el ransomware, entendida como software malicioso que cifra el disco duro del terminal afectado, de manera que su legítimo usuario no puede acceder a ella. En este

caso el cibercriminal responsable del secuestro de información solicita un rescate para entregar la clave de descifrado y poder, así, recuperar el acceso a los ficheros donde se aloja la información del despacho<sup>9</sup>.

Este malware ha tenido como máximo exponente el virus wannacry detectado el 12 de mayo de 2017, o el NotPetya, que cifraban los ficheros de todos aquellos terminales que sufrían una vulnerabilidad determinada. Este ransomware supuso una grave amenaza que afectó a los sistemas de innumerables despachos de abogados y causó daños por valor de miles de Euros, además de obligar a la paralización de sus actividades<sup>10</sup>.

Dada la complejidad técnica que ofrecía este formato, recientemente ha comenzado a producirse una modalidad, que se ha denominado *cryptohacking*, mediante el cual lo que provoca la instalación de ese software malicioso no es el secuestro de la información, sino de la capacidad de computación del CPU, que pasa a utilizarse para el minado de criptomonedas a favor del ciberdelincuente.

### 3.3. Ataque de denegación de Servicio (DdOS)

También son habituales los ataques de denegación distribuida de servicio, o ataques DdOS, consistentes en un conjunto de técnicas que, mediante el envío de peticiones masivas al servidor consiguen saturar su capacidad de respuesta, dejándolo inoperativo.

Con ello se consigue la interrupción del funcionamiento normal del servicio, lo que en el ámbito de la abogacía puede afectar a las capacidades para elaborar o presentar documentos por vía telemática.

## 4. LAS AMENAZAS A LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL DEL ABOGADO

En el año 2013, la American Bar Association hizo pública una Resolución, que ha servido de base para una progresiva modificación del resto de códigos deontológicos de los colegios de abogados estadounidenses.

---

<sup>9</sup> SAN de 3 de marzo de 2016. Id Cendoj: 28079220042016100012

<sup>10</sup> [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/06/29/legal/1498730901\\_982733.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/06/29/legal/1498730901_982733.html)

Tal Resolución, fundamentada en un estudio del año 2012<sup>11</sup>, introdujo una serie de cambios interpretativos y, en ocasiones, adaptaciones terminológicas, derivadas de la necesidad de que los abogados adaptasen su práctica profesional a unos nuevos tiempos dominados por la tecnología. De entre tales cambios destacamos dos, especialmente relevantes e ilustrativos para el caso que aquí nos ocupa.

El primero se refiere a la necesidad de que el abogado asesore adecuadamente a su cliente, obligándole a tener la formación y conocimientos suficientes para una correcta representación de aquel.

Esta obligación ya viene recogida en el código deontológico español, aunque la ABA le da una interpretación más amplia. Esto es, que respecto de la obligación de mantenerse continuamente formado y permanentemente actualizado, se exige que el abogado esté al corriente de los cambios en la ley y en su aplicación, incluyendo las ventajas y los riesgos asociados con la tecnología:

*“to maintain the requisite knowledge and skill, a lawyer should keep abreast of changes in the law and its practice, including the benefits and risks associated with relevant technology [...]”.*

El segundo de estos aspectos tiene que ver con la obligación para los abogados de proteger eficazmente la confidencialidad de la información de sus clientes, y que en dicho código se exige de la siguiente manera:

*“A lawyer shall make reasonable efforts to prevent the inadvertent or unauthorized disclosure of, or unauthorized access to, information relating to the representation of a client”.*

Dentro de esta última, la ABA considera que la exigencia de que los esfuerzos sean “razonables” incluye la utilización de instrumentos tecnológicos que garanticen la seguridad de esa información, así como la posibilidad de que los propios clientes puedan exigir, en determinados casos, un refuerzo en las medidas de seguridad implantadas, a tenor del grado de confidencialidad de la información tratada.

Estas adaptaciones éticas denotan la necesidad de interpretar los códigos deontológicos conforme a la realidad de estos nuevos tiempos, donde la tecnología es un elemento esencial en la práctica diaria de los profesionales, e Internet se ha convertido en el ecosistema habitual en el que

---

<sup>11</sup> [https://www.americanbar.org/groups/professional\\_responsibility/committees\\_commissions/aba-commission-on-ethics-20-20/](https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/committees_commissions/aba-commission-on-ethics-20-20/).

los abogados prestan sus servicios y se comunican con sus clientes y con la administración de justicia.

En lo que respecta a la abogacía española, el nuevo Código Deontológico de la Abogacía, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española en fecha 8 de marzo de 2019, introduce un nuevo artículo 22 bajo el título “empleo de las tecnologías de la información y la comunicación”, en cuyo apartado 2 señala que “se debe hacer un uso responsable y diligente de la tecnología de la información y la comunicación debiendo extremar el cuidado en la preservación de la confidencialidad y del secreto profesional”.

En lo que ahora nos ocupa, cabe destacar la referencia a la responsabilidad y diligencia en el uso de estas herramientas, así como el reconocimiento a la necesidad de extremar las precauciones con el fin de garantizar el respeto del secreto profesional, que el Código desarrolla en el artículo 5.

Aunque ya unos años antes, concretamente el 24 de marzo de 2009, la normativa de la Abogacía catalana era pionera en la regulación de esta situación, refiriéndose a este nuevo escenario, el artículo 9 de la Resolución *JUS/110/2019*, de 22 de enero, de modificación de la Normativa de la Abogacía Catalana del Consejo de los Ilustres Colegios de Abogados de Cataluña<sup>12</sup>, completó el artículo 9, que lleva por título “nuevas tecnologías de la información y la comunicación”, y al apartado 1, que señala que *los colegios de la abogacía en Cataluña y el Consejo promueven la correcta utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación por parte de los profesionales de la abogacía*, se le añade un apartado 4, con la siguiente redacción:

*4. Los colegios y el Consejo velan, en todo caso, por el cumplimiento de las garantías de ciberseguridad en relación con su propia actuación, y las promueven en la actuación de los profesionales.*

Por el contrario, llama la atención la total omisión que a la tecnología (y obviamente a la ciberseguridad en particular, o a la seguridad en general) hace el Código Deontológico de la Abogacía europea (CCBE). Sólo en la carta de principios esenciales de la abogacía europea, aprobada el 25 de noviembre de 2006, incluye una alusión a la tecnología dentro del principio (g), dedicado a la competencia profesional. Y lo hace afirmando que *es obvio que un abogado no puede aconsejar o representar a su cliente sino ha recibido una formación adecuada. Actualmente la formación de post-grado (continuación y*

---

<sup>12</sup> Diario Oficial de Cataluña, de 30-01-2019

*mejora de la formación profesional) ha adquirido una importancia creciente como respuesta a los rápidos cambios sufridos en el Derecho y la práctica del mismo y los nuevos avances tecnológicos y económicos.*

Si entramos en el análisis de riesgos concretos a los que puede enfrentarse la abogacía a la hora de gestionar los riesgos que surgirán en el desarrollo de su actividad profesional a través de las tecnologías, podemos centrarnos en los siguientes aspectos potencialmente amenazados desde el punto de vista de la ciberseguridad:

### **a) La independencia del abogado**

La independencia en todas sus actuaciones es un derecho y un deber para el abogado, además de una exigencia del Estado de Derecho y del efectivo derecho de defensa de los ciudadanos, tal y como señala la Constitución española, y destaca el artículo 2 del código deontológico de la abogacía española, cuyo Preámbulo también le dedica una referencia, al calificarla de necesaria dentro de un Estado de derecho y exigir que la actuación del abogado esté exenta de presión o coacción de ninguna clase.

Esta independencia es la que permite asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses de los clientes, de manera que se hace necesario preservar aquella frente a cualquier tipo de injerencias externas a su labor. Para ello deberán realizarse cuantas acciones sean necesarias para evitar presiones o exigencias de cualquier tipo, así como de intromisiones de intereses ajenos, pero también de los propios.

En el campo que ahora nos ocupa, existen algunos riesgos relacionados con la ciberseguridad que pueden amenazar a la independencia del abogado, en el sentido de ser aptas para interferir en la libertad del profesional a la hora de defender a su cliente.

Dentro de esta categoría podemos considerar al *defacement* o a la difusión de noticias falsas como amenazas que afectan a la independencia del abogado, en tanto en cuanto el impacto que pueden provocar en su libertad de actuación puede ser de un impacto e intensidad lo suficientemente relevantes como para que verse limitada en el sentido al que se refiere el artículo 2.2 y 2.3 del Código Deontológico de 2019.

### **b) La confianza en el abogado**

El artículo 4 del Código Deontológico de 2019 recoge la obligación para el abogado de no defraudar la confianza de su cliente, exigiendo de aquel una conducta profesional íntegra, honrada, leal, veraz y diligente.

La diligencia exigible, además de la obligación de no defraudar la confianza, son elementos que deben tenerse en consideración en aquellos casos en que el despacho pueda sufrir algún tipo de incidente de ciberseguridad que pueda poner en riesgo el nivel de confianza del cliente en el buen hacer del abogado.

Esta diligencia no se refiere única y exclusivamente a la práctica profesional del derecho como tal, sino que debe entenderse como una actitud que debe mantenerse también durante todas las fases de la relación que el abogado mantenga con su cliente. Así las cosas, el abogado deberá adoptar medidas de carácter técnico adecuadas para proteger dicha confianza (plan de gestión de riesgos, auditorías de seguridad periódicas, formación a empleados...), pero también de fomento de la reputación del despacho y del propio abogado.

En el aspecto técnico, el cliente confía en que la infraestructura tecnológica de su abogado es adecuada para mantener la documentación y otra información que le facilita, a salvo de incidentes de ciberseguridad que puedan poner en peligro la integridad y confidencialidad de dicha información. Así, un incidente provocado por un ataque dirigido a la disrupción de los sistemas del despacho puede revelar la falta de medidas de seguridad, o su insuficiencia, para evitar un ciberataque de esta naturaleza que provoque una crisis de confianza en el abogado.

También un *defacement* de la página web del despacho, o un ataque exitoso de denegación de servicio que suponga una interrupción de la actividad del negocio, o una infección por *ransomware* derivada de una práctica poco diligente de alguno de los miembros del despacho, o una infección de la IP del despacho que lo convierte en parte de una *botnet* desde la cual se puedan producir ciberataques a sus propios clientes, son supuestos que deben tratar de evitarse ya que suponen una clara y grave amenaza a esta confianza, que el Código Deontológico de 2019 exige que sea objeto de protección.

A estos efectos, es recomendable que el despacho implemente medidas de monitorización de sus marcas (muy especialmente de sus nombres de dominio) y de su imagen (y de la de sus integrantes) a los efectos de detectar lo antes posible situaciones de suplantación de identidad, de registro ilícito de nombre de dominio, o de cualesquiera otras situaciones de carácter exógeno que puedan poner en peligro dicha confianza. En lo que se refiere a elementos de naturaleza interna del propio despacho, es habitual que esa confianza se pierda como consecuencia de comportamientos desafortunados de los abogados del despacho a través de sus perfiles en

redes sociales (comentarios, fotos, opiniones...), por lo que resulta también recomendable el diseño e implantación de políticas internas de buen comportamiento en redes sociales (*netiqueta*), y gestión de la identidad y reputación digitales.

### c) El secreto profesional

Posiblemente sea éste el principio que más afectado se haya visto por el uso generalizado de Internet y de los medios sociales.

Se trata éste de un aspecto que, derivado —como señala el artículo 5 del Código Deontológico— de los principios de confianza y confidencialidad, impone al abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de su actuación profesional.

Tal obligación, lejos de detenerse en el ámbito personalísimo del abogado, se extiende a la esfera de su personal y de cualquiera otra persona que colabore con él en su actividad profesional, a los que deberá hacer respetar igualmente ese secreto.

El robo de terminales de comunicación y almacenamiento (USB, teléfonos móviles, etc.) o la instalación de malware de espionaje (*spyware*) suponen una clara amenaza al secreto profesional, ya que si no se han implantado medidas de seguridad adecuadas, un tercero podría tener fácil acceso a información sensible y confidencial del despacho y de sus clientes.

La introducción en el sistema informático del despacho de un *malware* del tipo troyano, va a tener como consecuencia la fuga de documentación e información confidencial del despacho (expedientes, datos contables, nombres de clientes, etc.). Las fugas de información se han convertido en una de las principales amenazas de presente para los despachos de abogados ya que el daño que provocan afecta muy intensamente a la confianza del cliente en su abogado, cuya reputación se ve seriamente perjudicada. Este tipo de situación ya se recoge en la nueva legislación, tanto el nuevo Reglamento europeo de protección de datos y la nueva Ley Orgánica española en lo que a las fugas de datos personales se refiere (*data breach*), como la Directiva NIS y el Real Decreto-Ley 12/2018 respecto a las fugas de información derivadas de un incidente de ciberseguridad, lo que ha llevado a establecer un sistema de notificación de dichos incidentes a los organismos competentes e, incluso, a los clientes afectados, hecho este que también podría llegar a deducirse como obligación deontológica a la vista

de lo que dispone el artículo 13 del Código Deontológico de 2019 (antiguo artículo 10.9.e) en relación al deber de informar al cliente de la evolución del asunto encomendado.

Adicionalmente a esta amenaza al secreto profesional y a la confianza del cliente, debe tenerse en cuenta que en no pocas ocasiones la fuga de información viene provocada o causada por uno de los empleados de la organización afectada (*insider*), lo que todavía hace más necesario poder acreditar que el despacho, en cuanto organización responsable de la información que custodia, ha implementado planes eficaces de protección de aquella, que le permitan afrontar un incidente de esta naturaleza y gravedad de manera preventiva y reactiva pero, sobre todo, eficaz y de conformidad con la normativa aplicable a este tipo de supuestos.

El secreto profesional también puede verse quebrantado como consecuencia de interceptaciones de comunicaciones electrónicas de las que sea responsable el despacho. Ante esta posibilidad, el cifrado de la información sensible del despacho es una solución técnica de fácil implementación, y de gran eficacia. Además, es una solución que ya viene recogida en los apartados 3 y 4 del artículo 17 del Estatuto de la Abogacía Española, cuando señalan lo siguiente:

*3. Cuando un Abogado sea requerido para prestar sus servicios profesionales por este medio, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar el secreto profesional y obtener del cliente acreditación suficiente de su identidad y la restante información que le permita evitar conflictos de intereses y prestar el asesoramiento adecuado al solicitante de sus servicios.*

*4. Las comunicaciones confidenciales deberán enviarse encriptadas y con firma electrónica segura, siempre que las circunstancias del cliente lo permitan.*

## **5. LA COBERTURA ASEGURADORA**

En relación a este extremo, por todos es sabido que la actividad del abogado debe estar cubierta por un seguro de Responsabilidad Civil (aun cuando no sea obligatorio en todo el territorio nacional tener suscrito tal seguro, al no existir previsión legal expresa estatal en tal sentido, es indudable que un ejercicio responsable de la profesión implica de suyo que el abogado cuente con la pertinente cobertura).

Tal obligación también es un deber de carácter deontológico, por cuanto el artículo 21 del código deontológico de la abogacía española incluye, en su apartado 1, la obligación de tener cubierta su responsabilidad profesional en la cuantía adecuada a los riesgos que implique.

Esto nos lleva a preguntar si el actual sistema asegurador que da cobertura a la actividad profesional de la abogacía es adecuado y suficiente a los riesgos cibernéticos a los que la profesión se enfrenta, o si bien es necesario buscar cobertura adicional, a través de los conocidos como *ciberseguros*, que incluyan entre sus riesgos a cubrir, todos los ciberriesgos presentes en el desarrollo de la abogacía moderna, algunos de los cuales ya hemos apuntado en el presente artículo.

En todo caso, la contratación de una póliza de esta naturaleza viene siendo recomendada dentro del desarrollo de los planes de *compliance* de las organizaciones, sin perjuicio de que pueda ser considerada una buena práctica a los efectos de la responsabilidad social de la entidad que lo contrate.

## 6. CONCLUSIONES

Bien es cierto que muchas de estas amenazas tecnológicas logran su objetivo por culpa de una insuficiente protección o actualización de los sistemas informáticos empleados. De hecho, en ocasiones, hasta resulta inevitable sufrir un incidente de esta naturaleza, por las propias vulnerabilidades de los programas y de la tecnología empleada. Este sería el caso, por poner un ejemplo, de las denominadas vulnerabilidades de día cero o “zero days”.

Pero para el resto de casos, la diligencia profesional exige haber implantado todos aquellos aspectos técnicos que resulten necesarios para impedir o, en su caso, minimizar un eventual incidente de seguridad que ponga en peligro toda aquella información que le sea facilitada al abogado por su cliente.

Además de la necesaria inversión en infraestructura que pueden requerir las medidas de carácter técnico, también resulta igualmente exigible la implementación de medidas organizativas a través de las cuales se forme y conciencie a los empleados del despacho en lo relacionado con los riesgos cibernéticos que amenazan a la información custodiada por el abogado. En la actualidad la iniciativa “protege tu empresa” desarrollada desde el Instituto Nacional de Ciberseguridad de España (INCIBE), es una iniciativa gratuita y de fácil acceso que ayuda a los despachos de abogados a cumplir con esta obligación de protección de la información, especialmente cuando los daños se derivan de malas prácticas de los empleados.

Por último, señalar que es cierto que cada vez son más los despachos que migran toda su información a la nube, con la expectativa de que su provee-

dor cumpla con todas las medidas de seguridad suficientes para proteger el secreto profesional, que se vería afectado en el caso de un eventual acceso in consentido, o una fuga de información derivado de una vulnerabilidad que pudiera ser explotada por un tercero. Por eso es importante que, en estos casos se extreme la diligencia del profesional, y se exija, también por vía contractual, que el proveedor de *cloud computing* que contratemos nos garantice la protección de la información que vamos a almacenar en esos sistemas.

Finalmente, puede señalarse que a la vista de la nueva redacción del artículo 22 del proyecto de Código Deontológico, parece haberse perdido una gran oportunidad de regular de una manera completa y adaptada a la realidad presente y futura, los aspectos deontológicos de la utilización de la tecnología por parte de la abogacía española, pudiéndose considerarse un tanto insuficiente para atender a la rica problemática que presenta el uso de las tecnologías por parte de la abogacía española.



# Computación en nube, ciberseguridad y abogacía

(Informe 13/2018)

**Sumario:** 1. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA COMPUTACIÓN EN NUBE. 2. MODELOS DE SERVICIO Y MODELOS DE IMPLANTACIÓN: EL XaaS Y LOS DIFERENTES MODELOS DE NUBE. 3. LA UTILIZACIÓN DE LA COMPUTACIÓN EN NUBE EN LA ABOGACÍA: REFLEXIONES DESDE LA PROFESIÓN. 3.1. Consejo de la Abogacía Europea. 3.2. Reino Unido. 3.3. Estados Unidos. 3.4. Canadá. 3.5. Australia. 4. EL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA Y LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: ESPECIAL REFERENCIA AL SECRETO PROFESIONAL. 5. LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS EN NUBE AMERICANOS Y LA CONTROVERSIAS DERIVADA DE LA *CLOUD ACT*. 5.1. Primer acto: Schrems y el conocido como caso Microsoft. 5.2. Segundo acto: la gran novedad que supuso la *Cloud Act*. 6. LA CIRCULAR DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 5/2019, SOBRE REGISTRO DE DISPOSITIVOS Y EQUIPOS INFORMÁTICOS Y SU IMPACTO EN LA NUBE.

## 1. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA COMPUTACIÓN EN NUBE

En 2010, la Comisión Europea afirmaba que el *cloud computing* es un concepto/paradigma y reconocía que no podía dar un concepto completo sino representativo<sup>1</sup>. En 2013, la Agencia Española de Protección de Datos señalaba que la computación en nube es una nueva forma de prestación de los servicios de tratamiento de la información, válida tanto para una empresa como para un particular y, también, para la Administración Pública<sup>2</sup>. En México, uno de los pocos países en que encontramos una referencia normativa específica a este tipo de tecnología, el artículo 3.VI de la Ley General de Protección de Datos Personales en posesión de sujetos obligados de México define el cómputo en la nube como un “Modelo de provisión externa de servicios de cómputo bajo demanda, que implica el suministro de infraestructura, plataforma o programa informático, distri-

---

<sup>1</sup> EUROPEAN COMMISSION. Expert Group Report, *The Future of Cloud computing. Opportunities for European Cloud computing Beyond 2010*. 2010. 66 p. Disponible en web: <http://cordis.europa.eu/fp7/ict/ssai/docs/cloud-report-final.pdf>,

<sup>2</sup> AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Guía para clientes que contraten servicios de Computing. 2013. Disponible en web: [http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA\\_Cloud.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_Cloud.pdf)

buido de modo flexible, mediante procedimientos virtuales, en recursos compartidos dinámicamente”.

En todo caso, existe un cierto consenso respecto a admitir la definición que ofrece el Instituto Nacional para los Estándares y la Tecnología de Estados Unidos (NIST en su acrónimo inglés) que afirma la computación en nube o computación en la nube es un modelo de computación que permite conectar un acceso a la red ubicuo, adecuado y bajo demanda a un conjunto de recursos informáticos configurables (por ejemplo, redes, servidores, almacenamiento, aplicaciones y servicios) que pueden ser rápidamente provistos y retirados con un mínimo esfuerzo de gestión o de interacción del proveedor de servicios<sup>3</sup>. De esta definición se derivan algunas de las notas características de esta tecnología:

- Elasticidad rápida: para el consumidor, la nube aparece como algo infinito y puede adquirir más o menos poder de computación como necesite. A título de ejemplo, el cliente elimina la necesidad de “sobreaprovisionamiento” para alternar picos de demanda con períodos en los que los recursos no están en uso<sup>4</sup>.
- Servicio a medida: en un tipo de servicio de esta naturaleza, elementos del servicio en nube son controlados y supervisados por el prestador del servicio, algo que es fundamental para la facturación, el control de acceso, la optimización de recursos, la planificación y otros aspectos.
- Autoservicio bajo demanda: lo que significa que el consumidor puede usar los servicios en nube conforme a sus necesidades sin ninguna interacción humana con el prestador de servicios.
- Acceso universal a la red: lo que significa que las capacidades del prestador de servicios están disponibles en la red y cualquier cliente puede acceder a ellas a través de mecanismos estándar.

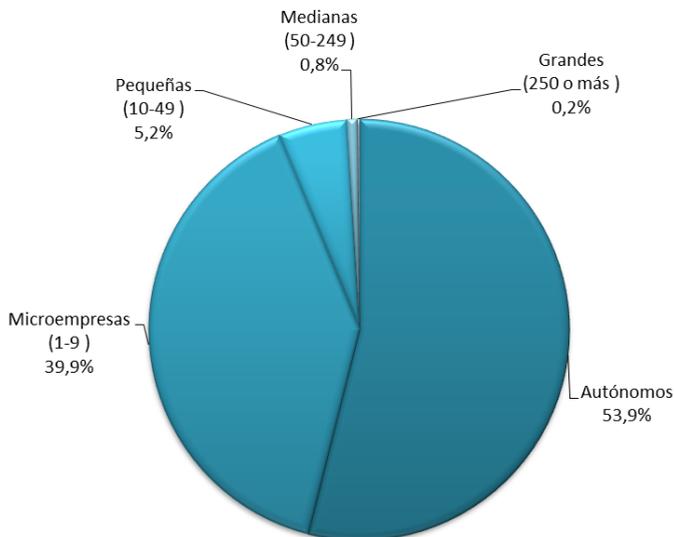
---

<sup>3</sup> MELL, P. y GRANCE, T., The NIST definition of *Cloud computing* (Draft), Recommendations of the National Institute of Standards and Technology. *National Institute of Standards and Technology (NIST), Special-Publication*. Enero 2011, Disponible en web: <http://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf>

<sup>4</sup> FUNDACIÓN DE LA INNOVACIÓN BANKINTER y ACCENTURE. *Cloud computing*. La tercera ola de las Tecnologías de la Información. 2010. p. 22. Disponible en web: [http://www.fundacionbankinter.org/system/documents/8156/original/XIII\\_FTF\\_CloudComputing.pdf](http://www.fundacionbankinter.org/system/documents/8156/original/XIII_FTF_CloudComputing.pdf)

- Agrupación de recursos independiente de la ubicación o asignación dinámica: lo que supone que los recursos físicos y no físicos del prestador son asignados y reasignados en función de la demanda de los consumidores. La ubicación de los recursos físicos por debajo de la infraestructura de la nube no es conocida por el cliente y puede cambiar de manera dinámica. Es lo que muy gráficamente se ha llamado *masked complexity* (complejidad oculta)<sup>5</sup>..

Estas notas características de la nube hacen esta realidad tecnológica particularmente interesante para la estructura empresarial española que responde de una manera muy mayoritaria a microempresas y PYMES.



Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. 2018.

Y es que lo que hace más interesante el *cloud computing* no son solo las ventajas desde el punto de vista tecnológico, que también, sino los beneficios económicos que conlleva y más concretamente los ahorros de coste que se pueden derivar. El beneficio más destacable en este punto es el de las economías de escala, consecuencia de que los operadores de los servicios de *cloud computing* prestan numerosos servicios estandarizados a

<sup>5</sup> IBM INSTITUTE FOR BUSINESS VALUE. *The power of cloud. Driving business model innovation*. Febrero 2012. p. 6. Disponible en web: <http://public.dhe.ibm.com/common/ssi/ecm/en/gbe03471usen/GBE03471USEN.PDF>

muchos clientes, lo que proyecta en estos un aumento de su productividad. Precisamente desde la perspectiva de los clientes es desde donde se observan, siguiendo a José Antonio Fernández<sup>6</sup>, las principales ventajas de esta realidad tecnológica:

- Permite el acceso inmediato a los servicios ofrecidos por el operador sin haber tenido que adquirir previamente el hardware y el software necesarios y construir, instalar y gestionar los sistemas por sí mismos.
- Evita la inversión financiera inicial asociada al punto anterior, y a cambio los clientes pagan por el uso que realicen de los servicios, reduciéndose también las inversiones fijas en TIC<sup>7</sup>. En definitiva, ya no existe la denominada barrera de entrada, lo cual favorece la competitividad. Es lo que desde el punto de vista financiero en definitiva se denomina una conversión de CAPEX a OPEX, o de fijo a variable.
- Costes anuales totales potencialmente inferiores debido a las economías de escala de los grandes *datacenters* que atienden a muchos usuarios.
- Aplicaciones disponibles desde cualquier punto con acceso a Internet e integración más sencilla con clientes y proveedores permitiendo trabajar con ellos de forma más fácil e interactiva.
- Garantía ante desastres: una red de grandes *datacenters* debe ser capaz de ofrecer garantía de continuidad de servicio en caso de desastre con mayores garantías y menores costes.

## 2. MODELOS DE SERVICIO Y MODELOS DE IMPLANTACIÓN: EL XAAS Y LOS DIFERENTES MODELOS DE NUBE

Más allá de las ventajas económicas y las características generales de la nube, se trata de un concepto amplio que incluye una serie de modelos de

---

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ, J.A. *Cloud computing: ¡un futuro brillante!* NOTA ENTER. Instituto de Empresa. n.º 122. 17 de marzo de 2009. Disponible en web: [https://observatorio.iti.upv.es/media/managed\\_files/2009/03/23/10550.pdf](https://observatorio.iti.upv.es/media/managed_files/2009/03/23/10550.pdf)

<sup>7</sup> OBSERVATORIO NACIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES Y LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (ONTSI), *Cloud Computing. Retos y oportunidades*. Mayo 2012, pp. 26 y 27. Disponible en web: [https://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/ontsi/files/1-\\_estudio\\_cloud\\_computing\\_retos\\_y\\_oportunidades\\_vdef.pdf](https://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/ontsi/files/1-_estudio_cloud_computing_retos_y_oportunidades_vdef.pdf)

servicio y diferentes opciones de implantación que se van a describir en las próximas líneas.

Existen fundamentalmente tres modelos de servicio que se conocen bajo el acrónimo “Modelo SPI”, y que incluye: *Software as a Service*, *Infrastructure as a Service* y *Platform as a Service*. Bien es cierto que actualmente casi cualquier servicio tecnológico se puede prestar en la nube y así bajo la fórmula *X as a Service (XaaS)* se podría amparar cualquier otra modalidad. En concreto la norma ISO/IEC 17788:2014<sup>8</sup> recoge hasta siete categorías de servicio en nube que a su vez se proyectan de manera diferente en tres tipos de capacidades en nube, tal y como queda reflejado en la siguiente figura:

CATEGORÍAS DE SERVICIOS EN NUBE	TIPOS DE CAPACIDADES EN NUBE		
	Infraestructura	Plataforma	Aplicación
COMPUTACIÓN COMO SERVICIO	X		
COMUNICACIÓN COMO SERVICIO		X	X
ALMACENAMIENTO DE DATOS COMO SERVICIO	X	X	X
INFRAESTRUCTURA COMO SERVICIO	X		
RED COMO SERVICIO	X	X	X
PLATAFORMA COMO SERVICIO		X	
SOFTWARE COMO SERVICIO			X

Fuente: ISO/IEC 17788:2014

En todo caso, a efectos de estas líneas nos vamos a limitar a una sucinta descripción de los del referido modelo SPI, puesto que son los que gozan ya de una cierta tradición y que sin duda se encuentran genéricamente aceptados. Así, en el *SaaS* el consumidor utiliza una aplicación, pero no controla el sistema operativo, el *hardware* o la infraestructura de red en la

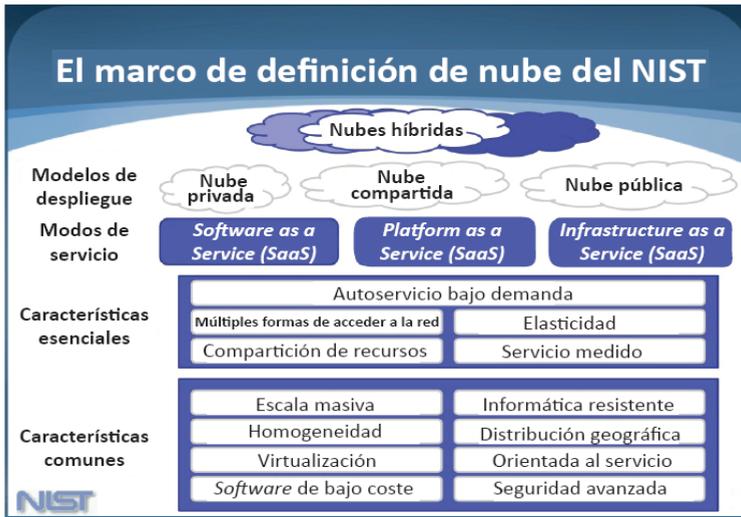
<sup>8</sup> ISO/IEC 17788:2014 Computación en la nube – Visión general y vocabulario

que está ejecutando. En el modelo *PaaS*, el consumidor usa un entorno de almacenamiento para sus aplicaciones y controla las aplicaciones que se ejecutan en el entorno, y posiblemente tiene algún control sobre el entorno de almacenamiento, pero no controla el sistema operativo, el *hardware* o la infraestructura de red en las que se está ejecutando. Por último, en lo que concierne al modelo *IaaS*, el consumidor usa “recursos fundamentales de la computación” tales como el poder de procesamiento, el almacenamiento, componentes de red (alquilando servidores, discos duros, procesamiento en un CPD...etc.).

Además de los modelos de servicio se ha generalizado igualmente la existencia de diferentes modelos de nubes o, de manera más correcta, distintas modalidades de implantación o modelos de despliegue de este servicio. En concreto se habla de cuatro tipos: nubes públicas, nubes comunitarias, nubes privadas y nubes híbridas.

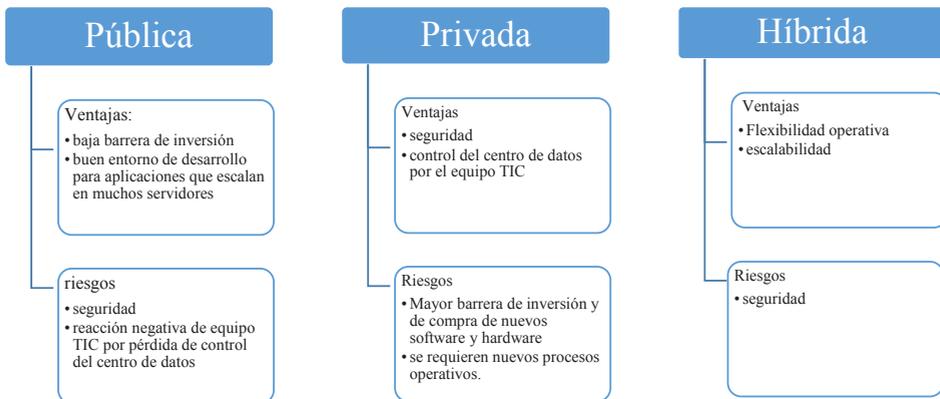
- Nubes privadas: la infraestructura de la nube es operada solamente para una organización. Puede ser gestionada por la organización o por un tercero y puede existir en las instalaciones o fuera de las instalaciones.
- Nubes comunitarias: la infraestructura de la nube es compartida por varias organizaciones y presta soporte a una comunidad específica que ha compartido preocupaciones (objetivos, requisitos de seguridad, políticas y consideraciones relativas al cumplimiento). Puede ser gestionada por las organizaciones o terceras partes y puede existir fuera o dentro de las instalaciones.
- Nubes públicas: La infraestructura de la nube es puesta a disposición del público en general y es propiedad de una organización que presta servicios en nube.
- Nubes híbridas: La infraestructura de la nube es una combinación de dos o más nubes (privadas, comunitarias o públicas) que son entidades únicas pero están unidas a través de una tecnología estandarizada que permite la portabilidad de datos y aplicaciones (por ejemplo para equilibrar la carga entre las nubes).

Resulta muy gráfica la siguiente figura del NIST en la que se plasma el concepto resumen de los modelos de servicio y de los modelos de despliegue o implantación, así como de las principales características tecnológicas:



Fuente: NIST.

La decisión sobre el modelo de implantación por parte de cualquiera va a estar sometido a un conjunto de factores, por cuanto cada uno de ellos, como refleja la siguiente figura, tiene sus ventajas y sus inconvenientes y consiguientemente dependerá del peso que la organización correspondiente otorgue a cada uno de ellos:



Fuente: elaboración propia con base en la Guía elaborada por SearchCloudcomputing.com<sup>9</sup>

<sup>9</sup> SEARCHCLOUDCOMPUTING.COM. E-guide. Differences explained: Private vs. public vs. hybrid cloud computing. Sponsored by HP and Intel. Disponible en web: <http://>

### 3. LA UTILIZACIÓN DE LA COMPUTACIÓN EN NUBE EN LA ABOGACÍA: REFLEXIONES DESDE LA PROFESIÓN

Como no podía ser de otro modo y al igual que cualquier otra estructura de negocio que requiera de un soporte informático, también en el entorno de la abogacía la computación en nube está jugando un papel. Al fin y al cabo, la realidad de la estructura empresarial española que se ha mencionado anteriormente se proyecta específicamente en el ámbito de la abogacía, lo que hace de la profesión un campo atractivo para esta tecnología. Según datos del Consejo General de la Abogacía Española, más de 150.000 abogados ejercen en España y otros 100.000 son colegiados no ejercientes. Del primer total, según señalaba el Consejo General de la Abogacía Española, el 71 por ciento ocupa despachos unipersonales.

En este sentido, y ya vinculado a la utilización de la computación en nube y más concretamente en Estados Unidos, el último informe elaborado en 2018 por la *American Bar Association* pone de manifiesto que son los despachos unipersonales o pequeños los que lideran la utilización de los servicios en nube en el ámbito de la abogacía, que asciende al 54,6%.

Ahora bien, el hecho de que tenga un componente atractivo y de que la realidad muestre un progresivo uso por parte de los abogados, no obsta para que existan un conjunto de retos que exijan de una adecuada gestión de los potenciales riesgos. En este sentido, la profesión ha sido consciente de ello y ha merecido de la reflexión de distintas organizaciones. En concreto a continuación se expondrán las reflexiones algunas de las principales organizaciones tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el entorno anglosajón, sin olvidar específicamente lo que se ha señalado desde España.

#### 3.1. Consejo de la Abogacía Europea

En septiembre del año 2012, el Consejo de la Abogacía Europea aprobó las líneas directrices respecto al uso de servicio informáticos en nube por los abogados y lo focalizó en concreto en siete específicas líneas de actuación<sup>10</sup>.

---

docs.media.bitpipe.com/io\_10x/io\_100433/item\_419065/HPIntel\_sCloudComputing\_SO%23034437\_E-Guide\_052611.pdf

<sup>10</sup> CCBE *Guidelines on the use of cloud computing by lawyers*, 2012. Disponible en web: [https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality\\_distribution/public/documents/IT\\_](https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/IT_)

La primera hace referencia a la normativa de protección de datos y los principios de secreto profesional. Se considera que deben ser la primera cuestión a tener en cuenta y se concreta en la necesidad de atender a si la normativa nacional, sea estatutaria o legal, permite a los despachos de abogados la posibilidad de almacenar datos fuera del despacho y asegurarse de que el proveedor de servicios en nube no está sujeto a una jurisdicción que les pueda obligar a entregar documentación de abogados europeos almacenados en servidores en nube. Esta última cuestión es de las más delicadas, y de rabiosa actualidad, y consiguientemente merecerá posteriormente unas líneas al respecto, máxime teniendo en cuenta que la recomendación por parte del Consejo va enfocada a la utilización de un proveedor de servicios establecido en el Espacio Económico Europeo.

La segunda directriz es la concerniente al examen preliminar de los servicios que no supone sino, de manera resumida, analizar el modelo de implantación y el modelo de servicio, así como el tipo de datos que van a ser objeto de tratamiento, incluyendo la información protegida por el principio de confidencialidad con el cliente. Llama la atención en este punto que se invita a la negociación de los contratos y de los acuerdos de nivel de servicios, que responden a la estructura clásica de este tipo de contratos. En concreto se apela, en una manifestación en realidad de sentido común, al deber de verificar determinados aspectos: la experiencia, la reputación, la especialización, el domicilio social y la ubicación del proveedor de servicios en nube. A mayor abundamiento se recomienda llevar a cabo también una verificación sobre otros aspectos: la solvencia, fiabilidad, propiedad y solvencia financiera del proveedor; eventuales conflictos de interés; riesgos respecto al uso indebido de la información almacenada; la localización exacta de los servidores de almacenamiento; así como, en la medida de lo posible, la seguridad física y electrónica de los servidores y de los centros de datos que los alojan. Sin desmerecer estas apelaciones a un adecuado *due diligence* por parte del CCBE, lo cierto es que no se debe obviar que en el mercado de los servicios en nube, y particularmente en el de las nubes públicas, está absolutamente extendido el modelo de contratos de adhesión donde la capacidad de negociación por parte del cliente/abogado se va a haber claramente disminuida, por no decir que resultará inexistente. La adhesión a los términos y condiciones de uso es una realidad y lo importante por parte del profesional es realizar un examen minucioso de

distintos proveedores para asegurarse de que aquel que elige salvaguarda adecuadamente los datos migrados a la nube, sean los propios o, lo que es más importante, los derivados de la relación con el cliente.

La tercera línea directriz es tan sencilla como la evaluación de la sensibilidad de los datos y las consiguientes medidas a adoptar en función de los mismos. Y es que aquí nos permitimos añadir que no todos los datos tienen por qué ser migrados a la nube. Nada impide la posibilidad de mantener *in house* todos aquellos que consideremos particularmente sensibles, limitando la utilización de la nube a la información de naturaleza más operativa.

La cuarta línea de actuación es la concerniente a las medidas de seguridad, donde se invita a tener en cuenta los estándares de gestión de riesgos tecnológicos nacionales e internacionales como por ejemplo las normas ISO 27001:2005, entre muchas otras. Y también se hace una llamada a las propias medidas de seguridad internas. En fin, se concluye haciendo una referencia a la recomendación de la obtención de apoyo y asesoramiento profesional en la selección y seguimiento del proveedor. Cabe mencionar en este sentido que desde que se elaboraran estas directrices son muchos los esquemas de certificación que se han ido desarrollando desde los diferentes estándares ISO 27XXX hasta los elaborados por el NIST 800-53, pasando por el Metamarco de Programas de Certificación para Nube de ENISA (conocido por su acrónimo en inglés CCSM). Y es que como afirma el Director de la ENISA, Udo Helmbrecht: “La seguridad en la nube es una cuestión importante para los usuarios tanto del sector público como del privado de la UE. Obviamente, la certificación no soluciona todos los problemas de seguridad, pero sí que puede simplificar algunas de las fases de la contratación. Esta herramienta ayuda a los usuarios a utilizar los programas de certificación existentes, además de ofrecer a los proveedores de servicios en nube un formato para explicar las medidas de seguridad que adoptan para proteger sus servicios”.

La quinta directriz del CCBE, en línea con lo que ya hemos apuntado, es una lógica comparativa de la infraestructura interna del despacho con los servicios en nube. Esa evaluación, que debe en realidad hacerse al comienzo del proceso de *due diligence* que hemos mencionado, permitirá al despacho de abogados decidir si el hecho de acudir a un servicio de computación en nube puede reducir o incrementar el riesgo.

La sexta directriz hace referencia a la capacidad de recuperar los datos en casos de fallo del proveedor de servicios en nube, fallo del despacho o una controversia contractual entre el proveedor y el despacho. En realidad el CCBE está proyectando uno de los elementos más importantes en

el plano contractual cual es de las denominadas cláusulas de salida, con sustanciales a cualquier contrato de externalización de servicios pero que adquiere una mayor relevancia cuando estamos hablando de información.

Y precisamente la última directriz va enfocada a un conjunto de precauciones contractuales. Sin entrar en una enumeración del listado, va desde las modificaciones de los requisitos del servicio, pasando por la propiedad de los datos almacenados y del derecho de acceso exclusivo, hasta las cuestiones de normativa aplicable y jurisdicción competente.

En fin, concluye su documento el CCBE señalando que la computación en nube envuelve muchos riesgos y cuestiones, particularmente en lo que concierne a la confidencialidad derivada del privilegio profesional y a la custodia de los datos. Y hace una llamada a los colegios y sociedades legales para incrementar la concienciación entre sus miembros para una mayor vigilancia y adoptar mayores precauciones. Dicho lo cual, reconoce que en la práctica no siempre los abogados, individualmente considerados, van a tener la posibilidad de cumplir todas las consideraciones señaladas y por ello anima a los colegios a fijar mecanismos que faciliten a los profesionales cumplir con estas directrices, señalando en particular el desarrollo de infraestructuras en nube *in-house*.

### 3.2. Reino Unido

La Autoridad de Regulación de Abogados (*Solicitors Regulation Authority*) de Inglaterra y Gales también elaboró un documento respecto de la computación en nube en noviembre de 2013 bajo la rúbrica "*Silver Linings: cloud computing, law firms and risk*"<sup>11</sup>. El documento se estructura del siguiente modo: una descripción de las características de la nube y de los diferentes modelos de implantación, una referencia a las ventajas técnicas y económicas que presenta esta realidad tecnológica, un capítulo concerniente a los aspectos jurídicos y de cumplimiento en la nube y otro referido a los riesgos para las firmas de abogados.

Merecen especial tratamiento estos dos últimos puntos por cuanto están muy alineados con las directrices ya descritas en el caso del CCBE. En referencia a los aspectos jurídicos y de *compliance* son los siguientes aspectos los que se tratan

---

<sup>11</sup> SOLICITORS REGULATION AUTHORITY, *Silver Linings: cloud computing, law firms and risk*. 2013.



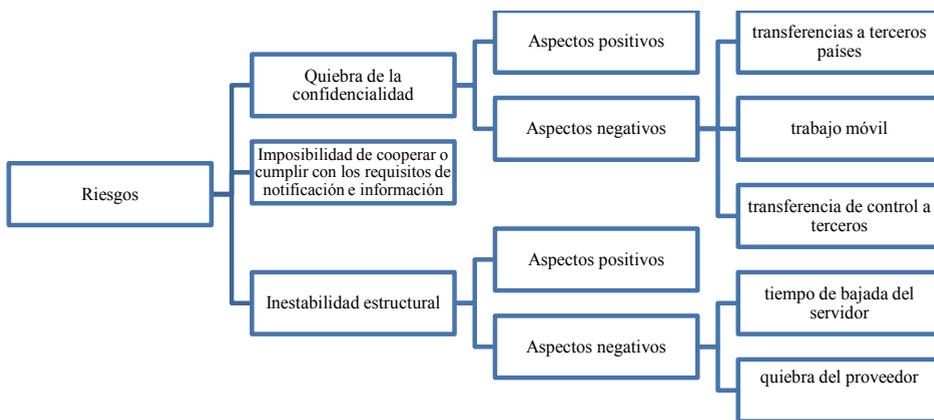
Fuente: elaboración propia.

De los puntos enumerados nos vamos a centrar en los dos puntos que habitualmente mayor preocupación plantean y que estaban en el punto de partida del documento del CCBE: la confidencialidad y la protección de datos, íntimamente ligados por otro lado. En referencia a la primera cuestión, y recordando la normativa estatutaria, la SRA recuerda que los abogados deben tener en cuenta que los clientes deben estar en posición de adoptar decisiones informadas respecto de los servicios que necesitan, cómo van a ser tratados sus asuntos y qué opciones tienen. Recuerda que los abogados tienen el consentimiento implícito para transmitir a un proveedor de servicios tecnológicos externos información confidencial. Dicho lo cual, la SRA señala que, debido a los riesgos potenciales de la computación en nube, sería prudente informar a los clientes, dentro de la relación contractual, que el despacho utiliza este tipo de tecnología. A mayor abundamiento, señala que en determinadas circunstancias puede no ser suficiente y ser aconsejable un consentimiento informado. El abogado debe tener en cuenta las necesidades individuales de sus clientes y si, en determinados asuntos, el riesgo para la confidencialidad es demasiado alto. En estos casos de Información extraordinariamente sensible, se aconseja verlo con el cliente y requerir del referido consentimiento informado.

En lo que concierne a la protección de datos, y por su relevancia como luego veremos, ameritan destacarse los siguientes puntos que señala la SRA: la buena práctica de encriptar los datos antes de transferirlos, dándoles así un nivel mayor de protección con independencia de la jurisdicción en la que los datos son almacenados; y que los datos no deben ser transferidos fuera del Espacio Económico Europeo, salvo que el país al que se transfiera reúna el nivel adecuado de protección. En este último punto, dedican una especial atención a los Estados Unidos por dos motivos. En primer lugar la alta concentración de compañías tecnológicas incluyendo, lógicamente, los proveedores de servicios en nube. En segundo lugar, la débil protección de los datos combinada con las normas de vigilancia intrusivas y los pode-

res de las autoridades para incautar datos. Sin decirlo expresamente, la SRA llama la atención a ser particularmente cautelosos y particularmente la recomendación de encriptar la información sensible.

Por último, en lo que concierne a los riesgos, y a pesar del título que se utiliza, la propia SRA aclara que si bien la utilización de la nube conlleva riesgos jurídicos con base en los objetivos regulatorios de la Ley de Servicios Jurídicos de 2007<sup>12</sup>; sin embargo también ayuda a controlar esos mismos riesgos.



Fuente: elaboración propia.

Por otro lado, también en Reino Unido, el Consejo General de la Abogacía (conocido comúnmente como *Bar Council*), de Inglaterra y Gales dictó en 2015 unas líneas directrices para ayudar a todos los abogados (*barristers*) en aspectos de seguridad relativos a la computación en nube<sup>13</sup>. En dicho documento, y tras recordar que los datos de los clientes es un activo de alto valor, da una serie de pautas enfocadas a la protección de datos y desde la perspectiva de la seguridad. Bien es cierto que son pautas quizá excesivamente básicas y con algunos pronunciamientos cuestionables o, al menos, discutibles. En concreto trata tres cuestiones específicas: implicaciones para la seguridad de los datos, la encriptación y el respaldo. Las

<sup>12</sup> THE GENERAL COUNCIL OF THE BAR, *Cloud computing – security issues to consider*. 2015 [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/29/pdfs/ukpga\\_20070029\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/29/pdfs/ukpga_20070029_en.pdf)

<sup>13</sup> <https://www.barcouncilethics.co.uk/wp-content/uploads/2017/10/Cloud-computing-1.pdf>

implicaciones para la seguridad de los datos ponen el foco en la existencia o no de transferencias internacionales de datos y en concreto en la necesidad de que los abogados lleven a cabo una evaluación de riesgos antes de realizarlas, así como una serie de recordatorios prácticos que pueden resultar básicos pero que no están al orden del día en todos los despachos. En este sentido, por ejemplo, recuerda cómo el uso de servicios de gestión de tiempo o de contabilidad, o el trabajo de gestoría realizado para un despacho que use de los servicios en la nube, puede conllevar casi seguro que datos personales de clientes acaben almacenados en servidores de terceros; o, en fin, una cuestión tan práctica como la referida a los servidores donde acaben almacenados los correos electrónicos de naturaleza profesional.

En lo que concierne a la encriptación, el Consejo recuerda que más allá de la encriptación que pueda realizar el proveedor como medida de seguridad y que en todo caso los datos van a ser accesibles para el proveedor por ejemplo para ponerlo en determinados casos antes las autoridades, es conveniente que el abogado añada también una capa propia de encriptación.

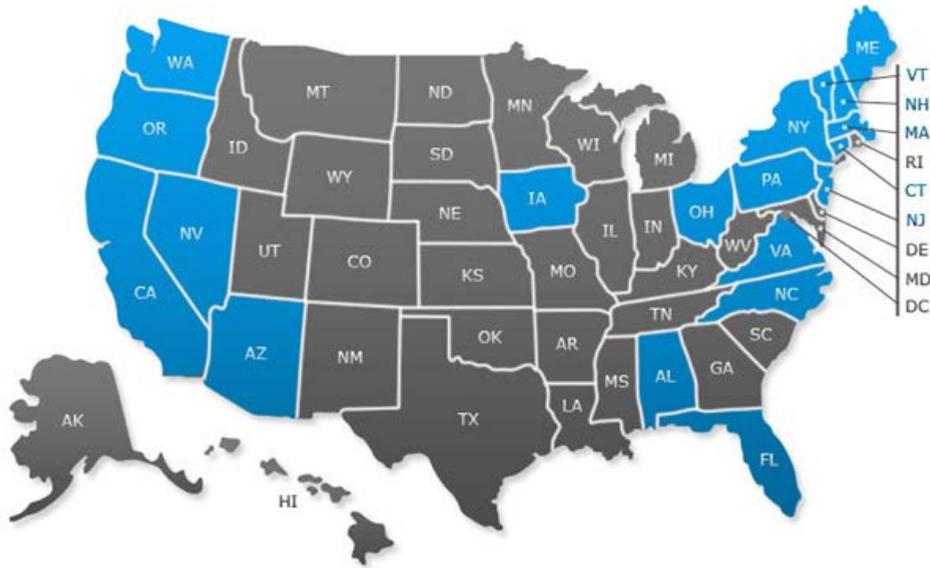
Por último, en lo referido al respaldo, recuerdan que la utilización de un servicio en nube no elimina la necesidad de contar con un buen sistema de respaldo. En este sentido llaman la atención sobre la utilización de sistemas de respaldo incluso aunque se utilicen servicios en nube y en concreto se inclina por la utilización de servicios de respaldo automatizados, encriptados y no conectados a internet.

Vemos por tanto que en el Reino Unido, o más concretamente en Gales e Inglaterra, se permite y se considera plenamente razonable la utilización de esta realidad tecnológica, si bien llamando la atención sobre determinados riesgos e indicando las obligaciones en algunos casos y las recomendaciones en otros, respecto de la gestión adecuada de dichos riesgos. Particular foco en la transferencia de datos a determinados países y en el uso de la encriptación propia en la información más sensible.

### ***3.3. Estados Unidos***

En Estados Unidos son muchas las comisiones de ética de los diferentes colegios de abogados que se han venido pronunciando en los diferentes Estados sobre el uso de la computación en nube. En concreto, según la labor compilatoria realizada por la Asociación Nacional de Abogados (*American Bar Association*), en mayo de 2017 eran veintiuna las asociaciones estatales de abogados que habían emitido opiniones a través de sus corres-

pondientes comisiones respecto a las implicaciones éticas derivadas de la utilización de este tipo de tecnología<sup>14</sup>.



Fuente: American Bar Association. En azul los Estados en los que existe una decisión publicada sobre las implicaciones éticas del uso de la computación en nube por los despachos de abogados.

Hay que partir de que las Reglas Modelo de Conducta Profesional establecen que para mantener el requisito de conocimiento y habilidades, un abogado debe estar al día de los cambios en el Derecho y en su práctica, incluyendo los beneficios y riesgos asociados a la tecnología relevante. Esto hila perfectamente con la recomendación por parte del CCBE anteriormente citada de que el abogado busque el asesoramiento externo necesario a la hora de contratar estos servicios, con la particularidad de que en Estados Unidos está recogido en una norma estatutaria.

De manera unánime todos los comités de ética que han emitido opinión concluyen que los abogados pueden usar los servicios de computación en nube siempre que lleven a cabo un ejercicio de diligencia razonable para

<sup>14</sup> AMERICAN BAR ASSOCIATION, 2017. Disponible en web: <https://ediscovery.co/ediscoverydaily/electronic-discovery/states-still-ethics-opinion-regarding-lawyer-cloud-usage-ediscovery-best-practices/>

mantener la confidencialidad de la información del cliente y sus archivos. Del mismo modo se suelen caracterizar por establecer un listado de medidas y recomendaciones para los abogados. El recurso a las recomendaciones se debe a los cambios tan rápidos de la tecnología lo que evita que los colegios indiquen requerimientos específicos para los abogados a la hora de elegir un proveedor externo para la prestación de servicios en nube. Los abogados se deben asegurar de que el proveedor salvaguarda razonablemente la información del cliente y, al mismo tiempo, permite al abogado el acceso a dichos datos.

A título de ejemplo, el colegio de Illinois en 2016 daba el siguiente tipo de indicaciones:

- Revisar los estándares de la industria de la computación en nube y familiarizarse con las salvaguardas adecuadas que deberán ser utilizadas.
- Investigar si el proveedor ha implementado precauciones de seguridad razonables para proteger los datos de los clientes de divulgaciones inadvertidas, incluyendo pero no solo el uso de cortafuegos, protecciones de contraseñas y encriptación.
- Investigar la reputación e historial del proveedor.
- Investigar si el proveedor ha sufrido quebrantos de seguridad y, si es así, investigarlos.
- Requerir un acuerdo para asegurar razonablemente que el proveedor cumplirá con los deberes de confidencialidad del abogado y le notificará inmediatamente de cualquier violación o requerimientos externos de información del cliente.
- Exigir que todos los datos son respaldados adecuadamente bajo el control del abogado de tal modo que el abogado tendrá un método para recuperar los datos.
- Exigir previsiones para una recuperación razonable de la información si el acuerdo concluye o si deja su actividad económica.

En definitiva, de nuevo nos encontramos ante una jurisdicción en la que está permitido el uso de esta tecnología por parte de los profesionales, sin perjuicio de las correspondientes recomendaciones colegiales que son consustanciales a la profesionalidad que debe acompañar al ejercicio de la abogacía.

### 3.4. Canadá

En el caso de Canadá no contamos con códigos o directrices sobre el uso de la nube de manera generalizada a nivel federal, sino que los pronunciamientos han venido dados en el campo del tratamiento más general de la dimensión ética de la abogacía en el mundo digital<sup>15</sup>. En el marco del mismo, se ha focalizado en los siguientes puntos: el respaldo de la información y la confidencialidad de la misma.

Se señala al respecto que el respaldo de la información es particularmente importante cuando la información es alojada en servidores que pertenecen a un tercero debido al riesgo creciente de que los datos puedan estar temporalmente no disponibles debido a problemas de conexión o la decisión del proveedor de servicios para limitar el acceso o la decisión de limitar el acceso debido a un retraso en el pago u otros problemas contractuales.

En lo que concierne a la preocupación por la confidencialidad de la información, se llama la atención particularmente cuando la información está alojada en servidores situados fuera de Canadá, con base en el hecho de que determinados gobiernos extranjeros tienen una legislación que les permite el acceso a la información e incluso servidores que se encuentran alojados en territorio canadiense pueden caer bajo el ámbito de aplicación de dichas normas si los servidores son propiedad de una compañía extranjera. E incluso, se añade que, la información enviada a través de internet que puede temporalmente viajar fuera del país (lo que se conoce como “ruta boomerang”) puede estar sujeta a normativa extranjera. En este sentido, y al igual que se hacía en el caso del Reino Unido, se llama a la encriptación de la información.

Aunque no existe unas directrices o pautas a nivel federal, sí existe algún ejemplo a nivel provincial. Es el caso por ejemplo de la Columbia Británica, que sí ha elaborado unas normas estrictas en cuanto al uso de la computación en nube cuando los servidores se encuentran radicados fuera del país. En este sentido se ha elaborado por parte de su *Law Society* una *checklist* respecto de este tipo de servicios que resulta de utilidad al abogado

---

<sup>15</sup> CANADIAN BAR ASSOCIATION, *Legal Ethics in a Digital World, CBA Ethics and Professional Responsibility Committee*. 2015. <http://www.cba.org/getattachment/Sections/Ethics-and-Professional-Responsibility-Committee/Resources/Resources/2015/Legal-Ethics-in-a-Digital-World/guidelines-eng.pdf>

a la hora de proceder con el correspondiente *due diligence*<sup>16</sup>. Se trata sin lugar a duda de una lista detallada y sumamente útil desde el punto de vista práctico. Sin entrar en el detalle completo, merece la pena destacar las cuatro preguntas introductorias que el colegio de la Columbia Británica se hace: al igual que con la mayoría de las cuestiones relacionadas hoy día con la tecnología, hay que pensar como un abogado cuando se trata de moverse a la nube, ¿te estás planteando un producto en la nube que está pensado en el mercado jurídico o en uno de diseño más general? Esta pregunta, de nuevo ligada a algunas de las recomendaciones apuntadas más arriba por la CCBE, se ve completada señalando que un producto en a nube que está pensado o diseñado para abogados probablemente ha sido desarrollado teniendo en cuenta los requerimientos éticos, profesionales y de privacidad de los abogados. La tercera pregunta que se pone encima de la mesa es si existe algún procedimiento que debe ser cumplimentado para que una persona en el despacho aloje los datos en el servidor en nube. Y ello porque se considera que la existencia de dicho procedimiento es una forma de asegurar que se ha tenido la debida diligencia y que se han tenido en cuenta los riesgos y los beneficios antes de mover cualquier dato a la nube. Por último, en este plano introductorio, se recuerda que hay que considerar que mucha de esta información es propiedad del cliente y que tienen derechos vinculados a dicha información.

### 3.5. Australia

También la Comisión de Servicios Jurídicos de Australia ha elaborado una nota práctica, con base en la normativa vigente, para el uso de este tipo de tecnología y que marca una serie de pautas a tener en cuenta que, de nuevo, tienen en consideración no solamente los aspectos jurídicos sino también las buenas prácticas en la utilización de la nube.



<sup>16</sup> THE LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA, *Cloud computing checklist v. 2.0 [Updated May 2017]*. Disponible en web: <https://www.lawsociety.bc.ca/Website/media/Shared/docs/practice/resources/checklist-cloud.pdf>

Cada uno de esos puntos va acompañado de una serie de consejos y de recomendaciones dirigidos a los abogados. A título de ejemplo señalamos los concernientes a la gestión práctica una vez está contratado el servicio en nube. Los mismos señalan que sería prudente por parte del abogado:

- Establecer una Política de uso de los servicios de computación en nube para documentar los requisitos adecuados para el uso de los servicios de computación en nube en la práctica de la abogacía.
- Mantenerse actualizado en los cambios tecnológicos por cuanto impactan en la práctica del abogado.
- Estar al día de los asuntos de seguridad concernientes al uso de la tecnología elegida para el despacho de abogados, designando a un abogado como responsable de esta labor o tener unos servicios de consultoría tecnológica familiarizados con la implantación de soluciones en nube en el entorno de la abogacía.
- Disponer de procedimientos y sistemas para asegurar que el personal del despacho (incluyendo el personal no abogado) utilicen esos servicios de computación en nube de manera adecuada y con una supervisión apropiada.
- Cuidar de los parámetros de acceso para el personal asegurándose de que los servicios de computación en nube están disponibles solamente para personal apropiado y que el acceso inadvertido o la revelación de información confidencial del cliente no puede ocurrir.
- Nunca escribir nombres y usuarios y contraseñas para el acceso a ninguna aplicación en la nube. Asegurarse de que las contraseñas creadas son robustas y cambiarlas de manera periódica. Si existen diferentes contraseñas, utilizar una aplicación como “*KeePass*” para organizarlas.
- Asegurarse de que las comunicaciones con los clientes a través de proveedores de servicios en nube son claras y los beneficios de las mismas no se ven afectados negativamente por el cambio de la forma de comunicarse.
- Gestionar la expectativa de los clientes a través del asesoramiento en el desarrollo de los asuntos la explicación de los procedimientos jurídicos y los resultados del mismo modo que si las comunicaciones tuvieran lugar a través de un método más tradicional.
- Preparar una estrategia de salida que incluya la recuperación de la totalidad de los datos.

- Revisar y evaluar la información almacenada en la nube en relación con la recuperación, la integridad de los datos y la compatibilidad.
- Los abogados que utilicen aplicaciones de computación en nube en dispositivos móviles deben además seguir estos consejos básicos de seguridad:
  - Si se utiliza una red inalámbrica, asegurarse de que el tráfico inalámbrico está encriptado con WPA2.
  - Mantener el software antivirus y todos los parches de software actualizados. Activar el cortafuegos para el ordenador.
  - Usar un navegador seguro con el *No Script Add-on* instalado y utilizar otros bloqueadores de *pop-ups*.
  - Evitar puntos de conexión wifi gratuitos cuando se utilice de manera remota cualquier aplicación de computación en nube. Utilizar en su lugar un adaptador de módem del teléfono móvil.

En definitiva, y una vez más, nada impide al profesional jurídico la posibilidad de utilizar la computación en nube. Lo que se le exige es actuar con la debida diligencia, seguir unos procedimientos y adoptar una serie de recomendaciones básicas.

#### **4. EL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA Y LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: ESPECIAL REFERENCIA AL SECRETO PROFESIONAL**

También en el año 2012, el Consejo General de la Abogacía Española y la Agencia Española de Protección de Datos elaboraron un informe bajo la rúbrica de Utilización del *Cloud computing* por los despachos de abogados y el derecho a la protección de datos de carácter personal<sup>17</sup> que tiene, al igual que los que ya hemos visto en otras latitudes, un enfoque eminentemente práctico. Partiendo de la definición básica de la computación en nube, se adentra principalmente en tres cuestiones relevantes y que,

---

<sup>17</sup> AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA. Utilización del *Cloud computing* por los despachos de abogados y el derecho a la protección de datos de carácter personal. 2012. Disponible en web: [https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/informe\\_CLOUDCOMPUTING.pdf](https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/07/informe_CLOUDCOMPUTING.pdf)

como vamos a ver, coinciden —no podía ser de otro modo— con algunas de las ya señaladas: la responsabilidad del despacho sobre el tratamiento de los datos y la normativa y jurisdicción aplicable; la seguridad y confidencialidad de los datos; y aspectos esenciales del contrato de servicios que debe firmarse, tanto desde el punto de vista técnico como jurídico. Se recogen muchos aspectos que se han ido mencionado en otras organizaciones profesionales. Pensemos por ejemplo cómo se hace mención de la posibilidad de que alguien asesore al abogado respecto de la selección de los servicios en nube o la referencia a las certificaciones en materia de seguridad informática con las que cuenta la infraestructura del proveedor. El texto, que data ya de hace casi siete años, menciona además de las ya apuntadas ISO 27001 y NIST 800-37, la SAS 70 del Instituto Americano de Contadores Públicos Certificados AICPA, o las certificaciones Webtrust y Systrust también de AICPA. Algunas se han visto ya superadas o al menos muy evolucionadas. Muy recientemente, en el informe elaborado por la Fundación Tecnalia para la Comisión Europea sobre los Esquemas de Certificación para la Computación en Nube, se sigue mencionando las normas ISO 27001 y también la Norma Internacional sobre Aseguramiento n° 3402 (ISAE 3402) titulada Informes de Aseguramiento sobre los Controles en una Organización de Servicios y elaborada por el Comité Internacional de Normas y Estándares de Auditoría (IAASB). Sin embargo se añaden otras normas de iniciativas europeas públicas y privadas tales como C5, ENS, CSA STAR Attestation, Trusted Cloud y Zeker online, entre otros, que ciertamente descansan sobre los otros procedimientos ISO e ISAE a efectos de sus propias certificaciones.

Sin embargo, nos vamos a centrar fundamentalmente en una cuestión: la seguridad y confidencialidad de los datos con base en el derecho y el deber del secreto profesional. Y es que una de las cuestiones más problemáticas, como hemos visto en los documentos mencionados, ha sido la referida a la salvaguarda del secreto profesional que constituye una obligación consustancial a la profesión de abogado.

En este sentido desde el punto de vista normativo en España el art. 542.3 de la LOPJ nos dice “3. 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”. Es fundamentalmente el Estatuto de la Abogacía el que hace referencia en muchas ocasiones al secreto profesional: en lo referido a la compartición de locales o servicios con profesionales incompatibles (art. 21.b); en los límites a la publicidad (art. 25.2.a); en lo referido al ejercicio colectivo de la abogacía (art. 28); en la actuación colegial para velar

por el secreto profesional ante un potencial registro del despacho profesional de un abogado (art. 32); así como lógicamente en las obligaciones del abogado para con su defendido (art. 42).

En el plano deontológico, el Código de Deontología de los Abogados Europeos señala que forma parte de la esencia misma de la función del Abogado el que sea depositario de los secretos de su cliente y destinatario de informaciones basadas en la confianza. Sin la garantía de confidencialidad, no puede existir confianza. Por lo tanto, el secreto profesional es un derecho y una obligación fundamental y primordial del Abogado. Y añade, entre otros puntos, que el Abogado requerirá la observancia de la misma obligación de confidencialidad a sus socios, empleados y a cualquier persona que colabore con él en su actividad profesional.

En el caso español, nuestro Código el secreto profesional se recoge en el artículo 5, del que cabe mencionar a modo resumen el primer inciso del apartado 8 donde se señala que “El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacía”.

En definitiva los datos y la información tratada por los abogados deben ser protegidos por nuestras obligaciones de confidencialidad y secreto profesional. La migración por tanto de la información a los servidores de un tercero han de estar informadas por esos principios de garantía, donde la vertiente de la seguridad adquiere una particular importancia. Esta realidad, como se apuntaba más arriba, ha sido considerada también por el Consejo General de la Abogacía Española y la AEPD al señalar en su informe que “Uno de los principios esenciales de la protección de datos es el de seguridad y un derecho irrenunciable de la profesión de abogado es el secreto profesional, la responsabilidad ética y jurídica de salvaguardar la información de los clientes. Este derecho-deber impone a los despachos de Abogados una diligencia cualificada sobre la observancia por el proveedor de servicios de todas las garantías legales relativas a los requerimientos de seguridad exigidos en relación con los datos, documentos y actuaciones amparadas por el secreto profesional”.

El foco en esta cuestión se pone en las medidas de seguridad, tanto internas como del propio proveedor. En este sentido, ambos organismos han señalado de manera resumida las siguientes medidas: el intercambio de información entre el despacho y el proveedor en cuanto a las medidas de seguridad; la garantía de conservación de los datos por parte del proveedor mediante la realización de copias de seguridad periódicas y dotando a su infraestructura de los mayores niveles de seguridad física y lógica; el establecimiento por el proveedor de mecanismos seguros de autenticación

para el acceso a la información por parte de los abogados del despacho así como por parte de los clientes, en los términos que el despacho determine, evitando en definitiva el acceso no autorizado; el cifrado de los datos almacenados; el acuerdo respecto del procedimiento de recuperación y migración de los datos cuando concluya la relación entre el despacho y el proveedor, así como el mecanismo de borrado de los datos por parte del proveedor una vez que estos han sido transferidos al despacho o al nuevo proveedor designado por éste; que el proveedor establezca un registro de los accesos realizados a los datos; la intervención de un tercero independiente de acreditado prestigio que audite las medidas de seguridad implantadas, salvo que se pudieran verificar directamente y; por último, que si se producen incidencias de seguridad que afecten a los datos personales de los que es responsable el cliente del servicio de *Cloud computing*, sean puestas en su conocimiento por el prestador del servicio junto con las medidas adoptadas para corregir los daños producidos y evitar que se reproduzcan dichos incidentes.

En conclusión, en España también se ha contemplado sin problema la utilización de este tipo de tecnología, sin perjuicio de invitar a los profesionales a tomar en consideración una serie de aspectos esenciales particularmente vinculados a la protección de los datos personales que, añadidos, son susceptibles de verse extendidos a la información confidencial en general.

## **5. LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS EN NUBE AMERICANOS Y LA CONTROVERSIA DERIVADA DE LA *CLOUD ACT***

Hemos ido viendo en muchos de los documentos emitidos por las diferentes autoridades profesionales, que una de las cuestiones que mayor preocupación suscitaba era la ubicación de los datos en manos de proveedores americanos. Esta es una de las prevenciones que aparece en cualesquiera guías y directrices de las que hemos mencionado y que si bien adquiere mucha relevancia para cualquier negocio que migre a la nube su información y sus procesos de trabajo, adquiere una particular relevancia cuando se trata de información confidencial facilitada o surgida en la relación entre el despacho y el cliente. Habitualmente, como hemos visto por ejemplo en el caso del Reino Unido, se suele poner como ejemplo las capacidades de acceso a la información por parte de las autoridades estadounidenses, en gran medida como consecuencia de la normativa norteamericana pero también por una cuestión práctica y es que algunos de los proveedores más

conocidos a nivel mundial provienen de dicho país. Aunque por esta relevancia y por la limitación de estas líneas nos vamos a referir a los proveedores de dicha nacionalidad, justo es decir que existen otros países menos lejanos cuyos ordenamientos jurídicos recogen algunas disposiciones similares. Basta a estos efectos hacer una sosegada lectura en Reino Unido de la Ley de Poderes de Investigación (*Investigatory Powers Act*, también conocida como Snooper's Charter) de finales de noviembre de 2016 o por ejemplo observar la reforma operada en Dinamarca en 2003 y 2006 a raíz de los que se conoció como *Terrorpakke 1* y *Terrorpakke 2*, que dieron lugar a varias reformas normativas que incrementaban considerablemente el acceso a los datos por parte de las agencias danesas con motivo de investigaciones criminales<sup>18</sup>.

La cuestión por tanto no trae causa de un mero hecho noticiable, sino que en los últimos años se ha vivido y se sigue viviendo un debate jurídico como consecuencia de las normas aprobadas en dicho país y su posible colisión con los estándares de protección de los datos personales en el Espacio Económico Europeo.

### **5.1. Primer acto: Schrems y el conocido como caso Microsoft<sup>19</sup>**

Entender la situación en Estados Unidos conlleva en realidad tener en cuenta dos sentencias que se hicieron particularmente conocidas en estos últimos años. La primera fue la conocida como Sentencia Schrems dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la segunda responde al conocido como Caso Microsoft en Estados Unidos.

Como es conocido, el primero de los casos se remonta al 25 de junio de 2013 cuando el Sr. Schrems presentó ante la autoridad irlandesa de protección de datos una reclamación en la que le solicitaba que ejerciera sus competencias estatutarias, prohibiendo a *Facebook Ireland* transferir sus datos personales a Estados Unidos. Alegaba que el Derecho y las prácticas en vigor en este último país no garantizaban una protección suficiente de

---

<sup>18</sup> KROMMAN REUMERT. *Government Access to Information in the Cloud*. marzo de 2012. Disponible en web: <https://www.kromannreumert.com/-/media/Viden/Government-access-to-information-in-the-cloud.pdf?la=da&hash=216693DA-2F730E45119EE8E7619887C2672E822A>

<sup>19</sup> Muchas de las reflexiones sobre el impacto del caso Schrems y la sentencia Microsoft tomadas de mi obra JORGE VILLARINO MARZO, *La privacidad en el entorno del cloud computing*, Editorial Reus, 2018.

los datos personales conservados en su territorio contra las actividades de vigilancia practicadas en él por las autoridades públicas. El Sr. Schrems hacía referencia en ese sentido a las revelaciones del Sr. Edward Snowden sobre las actividades de los servicios de información de Estados Unidos, en particular las de la *National Security Agency* (en lo sucesivo, «NSA»). La *High Court* irlandesa (por razones de domicilio social de Facebook en este caso), tras recordar que “*el acceso masivo e indiferenciado a los datos personales es manifiestamente contrario al principio de proporcionalidad y a los valores fundamentales protegidos por la Constitución irlandesa*”, señaló, en el planteamiento de la cuestión prejudicial, que “*el derecho al respeto de la vida privada garantizado por el artículo 7 de la Carta y por los valores esenciales comunes a las tradiciones de los Estados miembros quedaría privado de alcance alguno si se permitiera a los poderes públicos acceder a las comunicaciones electrónicas de manera aleatoria y generalizada, sin ninguna justificación objetiva fundada en razones de seguridad nacional o de prevención de la delincuencia ligadas específicamente a los individuos afectados, y sin que esas prácticas se rodeen de garantías adecuadas y comprobables*”.

Es de dominio general que este caso derivó en la decisión por parte del TJUE de anular el Acuerdo de Puerto Seguro, sobre base de que el mismo no contenía “*ninguna constatación sobre la existencia en Estados Unidos de reglas estatales destinadas a limitar las posibles injerencias en los derechos fundamentales de las personas cuyos datos se transfieran desde la Unión a Estados Unidos, injerencias que estuvieran autorizadas a llevar a cabo entidades estatales de ese país cuando persigan fines legítimos, como la seguridad nacional*”. Las excepciones a los principios del Acuerdo de Puerto Seguro podían limitarse cuanto fuera necesario para cumplir las exigencias de seguridad nacional, interés público y cumplimiento de la ley<sup>20</sup>. Pero como concluía la Sentencia, “*No se limita a lo estrictamente necesario una normativa que autoriza de forma generalizada la conservación de la totalidad de los datos personales de todas las personas cuyos datos se hayan transferido desde la Unión a Estados Unidos, sin establecer ninguna diferenciación, limitación o excepción en función del objetivo perseguido y sin prever ningún criterio objetivo que permita circunscribir el acceso de las autoridades públi-*

---

<sup>20</sup> COMISIÓN EUROPEA. Decisión de la Comisión de 26 de Julio de 2000 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América. Disponible en web: [http://www.agpd.es/porta1webAGPD/internacional/Proteccion\\_datos\\_mundo/common/B.12-cp-Decisi-oo-n-sobre-la-adeacuaci-oo-n-conferida-por-los-principios-de-puerto-seguro.pdf](http://www.agpd.es/porta1webAGPD/internacional/Proteccion_datos_mundo/common/B.12-cp-Decisi-oo-n-sobre-la-adeacuaci-oo-n-conferida-por-los-principios-de-puerto-seguro.pdf)

*cas a los datos y su utilización posterior a fines específicos, estrictamente limitados y propios para justificar la injerencia que constituyen tanto el acceso a esos datos como su utilización”.*

Esta situación derivó en la aprobación del Escudo de Privacidad que se encuentra en funcionamiento desde julio de 2016. Este acuerdo contiene un apartado relevante para nosotros que lleva por rúbrica “Acceso a los datos personales transferidos en el marco del Escudo de la privacidad UE-EE.UU. y utilización de los mismos por los poderes públicos estadounidenses”. Se lleva a cabo una minuciosa descripción de la normativa de los Estados Unidos que permite la posibilidad de acceder a los datos de ciudadanos de la Unión Europea por parte de las autoridades estadounidenses.

Sin ser factible entrar en el detalle por escapar con mucho al objeto de estas líneas, podemos decir, siguiendo a la Comisión Europea, que “Por primera vez, los Estados Unidos han concedido a la UE sólidas garantías de que el acceso de las autoridades públicas encargadas de los servicios coercitivos y de la seguridad nacional estará sujeto a limitaciones, salvaguardas y mecanismos de supervisión claros. Estas excepciones deben utilizarse únicamente en la medida de lo necesario y de forma proporcionada. Los EE.UU. han descartado la vigilancia masiva indiscriminada de los datos personales transferidos a los EE.UU. en el marco del nuevo mecanismo. A fin de supervisar regularmente el funcionamiento del mecanismo habrá una revisión conjunta anual, que también incluirá la cuestión del acceso de la seguridad nacional. La Comisión Europea y el Departamento de Comercio de los EE.UU. llevarán a cabo la revisión e invitarán a la misma a expertos de los servicios de inteligencia de los EE.UU. y de las autoridades europeas de protección de datos”<sup>21</sup>.

Otra vertiente relevante, y de mucha implicación para el *cloud* y para los clientes que alojen datos de ciudadanos europeos en servidores de empresas estadounidenses, es cuando dichos datos se encuentren alojados en territorio europeo, en virtud de la cláusula europea que tan frecuente resulta en la prestación de este tipo de servicios. Lo normal es que cuando sea necesario conocer esos datos, se recurra a los mecanismos de cooperación internacional ya existentes, como los tratados de asistencia jurídica mutua

---

<sup>21</sup> COMISIÓN EUROPEA. Nota de Prensa de 2 de febrero de 2016, “La Comisión Europea y los Estados Unidos acuerdan un nuevo marco para los flujos transatlánticos de datos: Escudo de la privacidad UE - EE.UU”, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-216\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-216_es.htm)

(MTAS en sus siglas inglesas<sup>22</sup>), criterio por el que se ha venido inclinando de hecho la industria de una manera preferente<sup>23</sup>.

No obstante, se trata de una doctrina que ha tenido su controversia en los últimos años y la mejor prueba de ello es el conocido como caso Microsoft al que hacíamos mención<sup>24</sup>. Se trata de un caso en el que se produjo un vaivén judicial en diferentes instancias respecto a la posibilidad por parte de las autoridades norteamericanas de exigir el acceso a los datos de un ser-

---

<sup>22</sup> Es el caso por ejemplo de Alemania que firmó un acuerdo de asistencia jurídica mutua en materia penal con los Estados Unidos en 2003 y otro complementario en 2006. Ambos tratados, hoy día en vigor, permiten a las autoridades de cada país requerir y recibir información ubicada en otras jurisdicciones (incluyendo información almacenada en infraestructuras de terceros). Ver MAXWELL, W. y WOLF, F.CH. *A Global Reality: Governmental Access to Data in the Cloud A comparative analysis of ten international jurisdictions. A Hogan Lovells White Paper*. Disponible en web: <http://www-05.ibm.com/ch/services/documents/sce/br-government-access-to-cloud-data.pdf>

<sup>23</sup> DIGITAL EUROPE. *Law Enforcement Access to Data in the European Cloud*. Disponible en web: [http://www.digitaleurope.org/DesktopModules/Bring-2mind/DMX/Download.aspx?Command=Core\\_Download&EntryId=849&language=en-US&PortalId=0&TabId=353](http://www.digitaleurope.org/DesktopModules/Bring-2mind/DMX/Download.aspx?Command=Core_Download&EntryId=849&language=en-US&PortalId=0&TabId=353)

En la misma línea se pronunció Kim Gagne, Director Senior de Relaciones Institucionales de Microsoft, Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa, “Jornadas sobre Acceso legítimo de autoridades a datos personales almacenados en el extranjero y los mecanismos de cooperación internacional”, 29 de marzo de 2016, [http://www.fidefundacion.es/ Acceso-legitimo-de-autoridades-a-datos-personales-almacenados-en-el-extranjero-y-los-mecanismos-de-cooperacion\\_a292.html](http://www.fidefundacion.es/ Acceso-legitimo-de-autoridades-a-datos-personales-almacenados-en-el-extranjero-y-los-mecanismos-de-cooperacion_a292.html)

<sup>24</sup> En la estela de las filtraciones de Edward Snowden a mediados de 2013, los clientes comerciales europeos presionaron a los proveedores de nube americanos para explicar cómo prevenían el acceso por las agencias de inteligencia americanas u otras autoridades. Varios proveedores, incluyendo Microsoft, desarrollaron soluciones de “nube europea”. Sin embargo, los competidores europeos, citando los casos de la doctrina *Bank of Nova Scotia*, argumentaron que los datos almacenados en cualquier sitio por un proveedor americano podrían ser obtenidos potencialmente por las autoridades americanas. El hecho de que Microsoft recibiera una orden de registro para un correo no americano en la estela de las filtraciones de Snowden dio lugar, en parte a la petición de la compañía para que fuera anulada. MCGRAW SWAMINATHA, T. y NEFF, K. *Microsoft-Ireland: Decision underscores tension between privacy principles and the digital environment. DLA Piper*. 19 de junio de 2016. Disponible en web: <https://www.dlapiper.com/en/us/insights/publications/2016/07/microsoft-v-us-decision-underscores-tension/>

vidor ubicado en Irlanda<sup>25</sup>. El caso comenzó en noviembre de 2013 cuando un juez magistrado federal en Nueva York autorizó una orden de registro como parte de una investigación criminal. A mediados de 2014 Microsoft recurrió dicha orden cuestionando que unos fiscales federales pudieran obligar a entregar las comunicaciones de mail de un cliente almacenadas en un centro de datos en Irlanda. Se trataba de la primera vez que una empresa se oponía a una orden de registro de información digital en el extranjero. Prueba de su importancia es el conjunto de escritos *amicus curiae*<sup>26</sup> que presentaron un conjunto de compañías y otras organizaciones<sup>27</sup>.

En 2014, el Juez James Francis, Magistrado de la Corte de Distrito para el Distrito Sudeste de Nueva York, se posicionó con el Gobierno diciendo que la orden para desvelar los correos electrónicos almacenados en Irlanda “no era una orden convencional, sino más bien, la orden era un híbrido: parte una orden de registro y parte una citación (*subpoena*)”. Se dicta como una orden, con un juez considerando como probable que los documentos requeridos podrían dar evidencias de delito, pero que se ejecuta como una citación, por cuanto se dicta directamente a la compañía y no implica a agentes federales entrando y buscando en los servidores de la compañía y añadía que “está jurídicamente reconocido que una citación exige a su receptor para que facilite la información en su posesión...con independencia de la ubicación de dicha información”.

En julio de 2016, la Corte de Apelación para el Segundo Circuito<sup>28</sup> señalaba que, “en 1986, cuando el Congreso aprobó la Ley de Comunicaciones Almacenadas (*Stored Communications Act*) como una parte de la Ley de Privacidad en las Comunicaciones Electrónicas (*Electronic Communications Privacy Act*) tenía como objetivo proteger la privacidad de los usuarios en

---

<sup>25</sup> Relato de los hechos tomado de WINGFIELD, N. y KANG, C. *Microsoft Wins Appeal on Overseas Data Search*. *New York Times*. 14 de julio de 2016. Disponible en web: [http://www.nytimes.com/2016/07/15/technology/microsoft-wins-appeal-on-overseas-data-searches.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2016/07/15/technology/microsoft-wins-appeal-on-overseas-data-searches.html?_r=0)

<sup>26</sup> Término con el que se conoce el escrito que dirige al tribunal alguien interesado en el objeto del litigio pero que no forma parte del mismo.

<sup>27</sup> *Apple, Amazon, Verizon Communications, Fox News, National Public Radio, The Washington Post, CNN* y casi dos docenas más de empresas de comunicación y tecnológicas; sindicatos, grupos de *advocacy*, incluyendo la Unión Americana de Libertades Civiles y la Cámara de Comercio de Estados Unidos, así como 35 informáticos.

<sup>28</sup> Estados Unidos. Corte de Apelación del Segundo Circuito. *Caso Microsoft vs Estados Unidos*. Sentencia de 14 de julio de 2016. Acceso al texto completo de la Sentencia en el siguiente enlace: <http://digitalconstitution.com/wp-content/uploads/2016/07/Decision-opinion.pdf>

el contexto de una nueva tecnología que exigía de la interacción del usuario con el proveedor del servicio. Ni explícita ni implícitamente la norma prevé la aplicación de sus previsiones de órdenes en el extranjero. Hace tres décadas, las fronteras internacionales no se cruzaban de manera tan rutinaria como hoy día, cuando los proveedores de servicios descansan en redes de *hardware* a lo largo y ancho del mundo para satisfacer las demandas de los usuarios del siglo XXI en cuanto a acceso y velocidad y todo lo que con ello está relacionado, incluyendo expectativas de privacidad”.

Esta jurisprudencia se vio cuestionada en febrero de 2017<sup>29</sup>, si bien por un tribunal de primera instancia. En concreto, el juez de distrito para el distrito este de Pennsylvania, se enfrentaba a un supuesto en el que se habían dictado dos órdenes judiciales al amparo de la Ley de Comunicaciones Almacenadas solicitando el acceso al contenido de correos electrónicos. Google respondió con los correos que sabía estaban almacenados en Estados Unidos, pero se negó respecto a los almacenados fuera apelando a la doctrina Microsoft. El principal argumento utilizado por el Magistrado Thomas J. Reuter para obligar a Google fue que la “conducta relevante para la SCA (*Stored Communications Act*) tendría lugar en Estados Unidos incluso para los datos recuperados de fuera de Estados Unidos. La invasión de privacidad tendría lugar en Estados Unidos; el registro de los datos electrónicos revelados por Google tras el mandato judicial ocurriría en Estados Unidos cuando el FBI revisara las copias de los datos requeridos en Pennsylvania y consiguientemente estaríamos ante una permitida aplicación doméstica de la SCA.

Sin perjuicio de la reforma operada el pasado año en Estados Unidos, sí que es claro que la doctrina del caso Microsoft, que se vuelve a situar de manera favorable a los mecanismos de cooperación internacional frente a los de actuación unilateral, se ha venido a recoger en gran medida en el RGPD en lo que se ha venido en llamar la cláusula anti-FISA. En concreto se trata del artículo 48 que lleva por rúbrica “Transferencias o comunicaciones no autorizadas por el Derecho de la Unión” y que señala que cualquier sentencia de un órgano jurisdiccional o decisión de una autoridad administrativa de un tercer país que exijan que un responsable o encargado del tratamiento transfiera o comunique datos personales únicamente

---

<sup>29</sup> Estados Unidos. Tribunal de Distrito para el Distrito Este de Pennsylvania. Sentencia de 3 de febrero de 2017. Acceso al texto de la Sentencia en el siguiente enlace: [https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp-content/uploads/sites/14/2017/02/Opinion.pdf?tid=a\\_inl](https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp-content/uploads/sites/14/2017/02/Opinion.pdf?tid=a_inl)

será reconocida o ejecutable en cualquier modo si se basa en un acuerdo internacional, como un tratado de asistencia jurídica mutua, vigente entre el país tercero requirente y la Unión o un Estado miembro, sin perjuicio de otros motivos para la transferencia al amparo del presente capítulo”. Se trata de una cláusula que fue incluida por el Parlamento Europeo, vía enmienda, a raíz de los escándalos del caso Snowden y que por ejemplo el Reino Unido no considera aplicable<sup>30</sup>.

## 5.2. Segundo acto: la gran novedad que supuso la *Cloud Act*<sup>31</sup>

A pesar de estos vaivenes judiciales que supusieron una revolución a la par que una gran dosis de seguridad en cuanto a la confidencialidad de la información en la nube, el 23 de marzo de 2018 el Congreso de los Estados Unidos aprobaba la Ley Aclaratoria del Uso Legal de Datos en el Extranjero, conocida por su acrónimo en inglés *Cloud Act*. La aprobación de esta norma suponía poner fin al debate judicial estableciendo unas nuevas normas respecto de la capacidad por parte de las autoridades norteamericanas a la hora de solicitar información que se encontraba alojada en servidores radicados en terceros países. La preocupación por el impacto de esta norma, no solo para los abogados, sino para sus clientes y en definitiva para cualquier cliente en la nube, la puso de manifiesto el Parlamento Europeo el 28 de junio de 2018<sup>32</sup> al señalar la aprobación de esta norma como una de las causas por las que se pedía la suspensión del Escudo de Privacidad. En concreto, respecto de este punto, manifestaba “su gran preocupación respecto a la reciente adopción de la Ley de Aclaración del Uso Legítimo de los Datos en el Extranjero (CLOUD, H.R. 4943), que amplía la capaci-

---

<sup>30</sup> Así se puede observar en el pronunciamiento del Gobierno británico: <http://www.parliament.uk/business/publications/written-questions-answers-statements/written-statement/Lords/2016-02-04/HLWS500/>

Se trata de una postura basada en el Protocolo 21 al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (sobre la posición del reino Unido en las áreas de libertad, seguridad y justicia) y que responde a un sistema opt-in, es decir, es el Reino Unido el que tendría que manifestarse expresamente respecto a verse vinculado por dicha previsión.

<sup>31</sup> Texto de la norma: <https://www.congress.gov/115/bills/s2383/BILLS-115s2383is.pdf>

<sup>32</sup> PARLAMENTO EUROPEO. Resolución del Parlamento Europeo sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-EE. UU. 2018. Disponible en web: [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2018-0305\\_ES.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2018-0305_ES.html)

dad de las fuerzas de seguridad norteamericanas y extranjeras para buscar y acceder a datos de personas a través de las fronteras internacionales sin hacer uso de los instrumentos de asistencia judicial, que proporcionan las garantías adecuadas y respetan las competencias judiciales de los países en los que se encuentra la información; destaca que la ley CLOUD podría tener graves consecuencias para la Unión, ya que tiene un alcance muy amplio y crea un conflicto potencial con las leyes de protección de datos de la Unión”.

Básicamente la norma ha supuesto una modificación de la Ley de Almacenamiento de las Comunicaciones anteriormente citada de tal modo que permite a las autoridades requerir también datos alojados en el extranjero, siempre que concurren determinadas circunstancias. En concreto ello se hace posible cuando una compañía tecnológica esté domiciliada (*located*) en Estados Unidos y tiene “posesión, custodia o control” sobre la información concerniente a un cliente, con independencia, y aquí está la clave, de dónde esté alojada dicha información. Estas autoridades necesitan de una orden de registro (*search warrant*) autorizada por un juez, que es emitida cuando hay una “causa probable” de que la información constituye una evidencia de una investigación en curso<sup>33</sup>.

No obstante, a pesar de esta rotunda afirmación también es importante señalar que la compañía que recibe este requerimiento tiene la posibilidad de apelar bajo la misma norma. En concreto, la ley prevé una moción para anular o modificar el procedimiento siempre que la compañía crea que el cliente cuya información se solicita no es un ciudadano americano y no reside en los Estados Unidos y el requerimiento crearía un riesgo material de que el proveedor vulnerara las leyes de un gobierno extranjero cualificado. Como tal se entiende un gobierno que ha suscrito un acuerdo ejecutivo con Estados Unidos sobre intercambio mutuo de datos; es decir, que permite a dicho país la posibilidad de solicitar datos almacenados en los estados Unidos también. En todo caso, esta potencial moción no resuelve todos los problemas por cuanto el margen de discrecionalidad del juez a la hora de pronunciarse sobre la misma sigue siendo muy amplio. En este sentido debe tener en cuenta, entre otras cosas, los intereses de los Estados Unidos o la importancia de la información para la investigación.

---

<sup>33</sup> LEGAL ICT, *The CLOUD Act and its consequences*, 8 de noviembre de 2018. Disponible en web: <https://legalict.com/2018/11/08/the-cloud-act-and-its-consequences/>

La reacción por parte de los proveedores de servicios ha variado en función de su nacionalidad. Observemos a este respecto sucintamente la postura de dos compañías, una americana (Amazon)<sup>34</sup> y otra francesa (OVH)<sup>35</sup>.

- A título de ejemplo *Amazon* señala que la *Cloud Act* es una actualización de la ley estadounidense que clarifica el ámbito geográfico para los requerimientos de las autoridades estadounidenses y facilita nuevos medios para los proveedores de servicios de cara a afrontar los requerimientos que choquen con las leyes o intereses nacionales de otros países. Y añaden que allí donde necesiten actuar para proteger a sus clientes, continuarán haciéndolo. Ya la pregunta de cómo impacta la *Cloud Act* en *Amazon Web Services*<sup>36</sup>, responde que no impacta en los servicios de AWS o en cómo operan su negocio. Señalan que históricamente han recibido muchos requerimientos por parte de las autoridades de Estados Unidos y que son transparentes en cuanto al número de requerimientos que reciben [...] “Tenemos una historia de retar los requerimientos del Gobierno en cuanto a información de clientes cuando creemos que son excesivas o inapropiadas”.
- Desde la perspectiva de la francesa de OVH, su responsable legal afirmaba en una carta abierta en la propia Web de OVH lo siguiente: “Ni OVH España ni OVH Francia están sujetas a la *Cloud Act*, ya que no son empresas estadounidenses. Si una agencia estadounidense quisiera obtener datos alojados por OVH España u OVH Francia, tendría que seguir el procedimiento MLAT. Como es natural, la *Cloud Act* sí se aplica a OVH US, que sí es estadounidense. Sin embargo, es una filial de OVH independiente, que tiene sus propios órganos directivos, su propia estrategia, su propio marketing operativo... totalmente independientes del resto del grupo. Como filial, no puede decir a su matriz OVH Francia qué hacer. Es más, OVH US no tiene acceso a los datos alojados por otros miembros del grupo OVH. Si las fuerzas de seguridad estadounidenses tuvieran una autorización judicial que exigiera a OVH US entregar datos alojados por otras empresas del grupo, esta no podría proporcionárselos, porque dichos datos no están en su «posesión, custodia o control».

---

<sup>34</sup> <https://aws.amazon.com/es/compliance/cloud-act/>

<sup>35</sup> <https://www.ovh.es/noticias/articulos/al834.afectara-cloud-act-usuarios-servicios-cloud>

<sup>36</sup> [https://aws.amazon.com/es/compliance/cloud-act/?nc1=h\\_ls](https://aws.amazon.com/es/compliance/cloud-act/?nc1=h_ls)

En definitiva vemos cómo la aproximación desde el punto de vista del negocio es la misma. Sin embargo, desde el punto de vista de la rotundidad en cuanto al sometimiento y afectación de dicha norma no es idéntica.

Como conclusión con esto no se está señalando que cuando un despacho de abogados decida migrar a un proveedor americano no pueda hacerlo. Sí que es cierto que dentro del proceso de diligencia debida que afronte, deberá tener en cuenta la normativa y jurisdicciones aplicables con base en los diferentes puntos de conexión; cuestión esta que es recordada igualmente en el informe elaborado por el Consejo General de la Abogacía Española y la Agencia al que anteriormente se ha hecho mención.

## **6. LA CIRCULAR DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 5/2019, SOBRE REGISTRO DE DISPOSITIVOS Y EQUIPOS INFORMÁTICOS Y SU IMPACTO EN LA NUBE**

Otra cuestión a la que cabe hacer mención en estas líneas es la referida a la reforma que abordó en el año 2015 la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Como rezaba la Exposición de Motivos de dicha norma, entre sus finalidades estaba la de *“la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros”*. Entre las medidas abordadas por dicha reforma, estuvo la idea de acabar con un concreto vacío normativo. Se trataba del registro de dispositivos informáticos de almacenamiento masivo y el registro remoto de equipos informáticos. Pues bien, el pasado 6 de marzo de 2019, la Fiscalía General del Estado ha aprobado la Circular 5/2019, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos que aborda alguna de las cuestiones que hemos venido mencionando y muy en particular la referida a los límites derivados de la vertiente geográfica del almacenamiento de la información.

Para atender a la importancia que tiene esta Circular, es necesario detenerse en algunos documentos previos. En primer lugar, y de manera escueta, en lo que fue el Proyecto de Código Procesal Penal de 2013. En concreto el art. 350.4 de dicho texto decía: *“El registro remoto sólo podrá ser autorizado cuando los datos se encuentren almacenados en un sistema informático o en una parte del mismo situado en territorio sobre el que se extienda la jurisdicción española. En otro caso, se instarán las medidas de cooperación judicial internacio-*

*nal en los términos establecidos por la Ley, los Tratados y Convenios internacionales aplicables y el derecho de la Unión Europea*". Vemos por tanto una clara referencia al grado de extensión de la jurisdicción española como parámetro de actuación. Y, en línea con lo que ya se ha mencionado más arriba, se hacía una expresa remisión a los sistemas de cooperación jurídica internacional cuando los datos se encontraban fuera del territorio de actuación de la jurisdicción española.

A pesar de lo aclaratorio que resultaba este precepto, lo cierto es que la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que finalmente se aprobó no contempló este precepto. Ello fue criticado expresamente por el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas. Se trata de un documento de particular interés porque contemplaba un apartado específico referido a la información almacenada en la nube<sup>37</sup>. Precisamente era en dicho capítulo donde se criticaba que no se abordará el punto que acabamos de mencionar recogido en el artículo 350.4 citado. A partir de ahí señalaba que si se abordaba su regulación "a la vista de las enormes dificultades para ubicar físicamente dónde se encuentran los archivos en los supuestos de utilización de la nube, debiera preverse la posibilidad de que el acceso a información contenida en sistemas de cloud computing se autorizara por las autoridades judiciales españolas siempre que nuestros tribunales fueran competentes para conocer de la causa que se está investigando". Y se añadía muy gráficamente que "en tanto en cuanto se tiene acceso al material desde España por un imputado situado en nuestro territorio, el mismo se posee en España, y, consiguientemente, las autoridades españolas tendrían jurisdicción para acceder al mismo". Se trataba en definitiva de una lógica propuesta por parte de la Fiscalía con la finalidad de facilitar la actividad investigadora ante las dificultades que en numerosas ocasiones se han venido encontrando.

La redacción que finalmente se acogió en los artículos 588.sexies y 588.septies tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015 no

---

<sup>37</sup> CONSEJO FISCAL. Informe emitido por el Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas. 23 de enero de 2015. Disponible en web: <http://pdfs.wke.es/2/2/7/8/pd0000102278.pdf>

es particularmente clara respecto a los límites geográficos de las medidas concernientes a los dispositivos de almacenamiento masivo y el registro remoto de este tipo de dispositivos respectivamente. No obstante, la referida Circular 5/2019 emitida por la Fiscalía General del Estado ha dado cumplida respuesta a estas cuestiones. De hecho la Circular resulta sumamente útil en otros aspectos.

Primero porque aborda la cuestión referida a la definición aclarando que la nube es precisamente uno de los ejemplos por excelencia de almacenamiento masivo de información: “los repositorios telemáticos de datos son dispositivos de almacenamiento masivo de información a los que se tiene acceso de manera telemática. Pueden formar parte del propio sistema informático del usuario o estar ubicados en sistemas informáticos independientes a los que el usuario accede a través de internet con la finalidad de gestionar la información digital que allí se encuentra almacenada. Los sistemas pueden ser propios del usuario o ajenos, igual que la información que se almacena en los mismos, que también puede ser propia o ajena, en los casos en los que el acceso a la misma y su gestión forman parte de una actividad laboral, por ejemplo. Este acceso a información digital de manera telemática constituye la esencia de lo que hoy en día se denomina *cloud computing* (computación en la nube), nuevo concepto que ofrece nuevas respuestas a las demandas que la informática moderna ha venido planteando en los últimos años. La esencia del *cloud computing* reside en sustituir los dispositivos de almacenamiento masivo de información clásicos por el almacenamiento en servidores de internet”.

La Circular sigue con el reconocimiento de la existencia del problema del acceso a la información almacenada en servidores fuera del territorio nacional, pero lógicamente no lo hace desde la perspectiva de protección de la información, sino desde la otra cara de la moneda, desde la perspectiva investigadora: “Los problemas de territorialidad y jurisdicción se harán más patentes en los casos de registro de dispositivos o sistemas informáticos accesibles telemáticamente desde España pero que se encuentren en el extranjero (los referidos ut supra como *cloud computing* o computación en la nube)”. Y continúa en este punto “El acceso a sistemas informáticos externos puede plantear también problemas de jurisdicción. Efectivamente, la inexistencia de fronteras en internet, unida a los menores costes que para el servicio se generan en determinados países, hará que resulte frecuente que los servidores de almacenamiento de datos estén ubicados físicamente fuera del territorio en el que el Juez que autorice el registro ejerza su jurisdicción (o incluso se desconozca el lugar en que se encuentren localizados). En estos casos, si se parte de una concepción tradicional

de los límites de la jurisdicción basada en criterios territoriales, podría parecer más correcto para la obtención de esos datos acudir a mecanismos de cooperación judicial internacional que, sin embargo, resultarían absolutamente incompatibles con la celeridad que requieren este tipo de investigaciones”. E insiste: “Además, en muchos supuestos, o bien se desconoce la localización de los datos (deslocalización) o bien estos se encuentran fragmentados en servidores ubicados en diversos territorios o su ubicación en uno u otro lugar es ajena a la voluntad del titular de los mismos y depende exclusivamente de la conveniencia técnica u operativa del proveedor de servicios de almacenamiento que modifica la ubicación según sus propias necesidades. Por ello, condicionar la obtención de los datos al lugar donde los mismos se encuentran, conduciría al fracaso de muchas investigaciones simplemente porque se desconoce el lugar exacto de su ubicación, de tal forma que resultarían ineficaces las medidas de cooperación internacional adoptadas”.

Sentadas estas consideraciones, y con fundamento en la celeridad, en la propia esencia de la nube desde el punto de vista tecnológico, la ubicuidad y fragmentación de los datos, consustancial a la elasticidad que exige y que caracteriza a los servicios en nube, nos lleva a la conclusión a la que habremos de atenernos. Sin perjuicio de que puede resultar excesivamente larga, merece la pena transcribir la reflexión final de la Fiscalía que discurre por muchos de los aspectos ya mencionados: “Ante esta perspectiva, el legislador español se ha decantado decididamente por la licitud del acceso con la simple autorización judicial, incluso en los casos en que los datos se hallen fuera de España. Así se evidencia de la interpretación literal de la regulación legal, y más si se compara con el precedente inmediato, el art. 350.4 de la Propuesta de Código Procesal Penal, que limitaba el acceso a los datos almacenados en sistemas informáticos ubicados en territorio español, remitiendo a la cooperación judicial internacional en el resto de los casos. Esta previsión seguía los criterios del art. 19.2 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia que, en su Informe Explicativo, señalaba expresamente que la norma no permitía el registro de sistemas ubicados fuera de las fronteras nacionales propias, remitiendo también a la cooperación judicial internacional para estos casos. El planteamiento que ahora se realiza, sin embargo, es el de considerar los repositorios telemáticos de almacenamiento como una parte más del sistema que se registra. Lo realmente determinante no va a ser dónde se encuentren físicamente los datos, sino desde dónde se acceda a ellos. De esta forma, igual que puede afirmarse que el titular de esos datos los posee desde España y ejercita sus derechos sobre ellos desde España y conforme al derecho español, puede

afirmarse que cuando se accede a ellos en un registro judicial, se hace en España y conforme al derecho español siempre, claro está, que, como se ha señalado, pueda hablarse de un acceso lícito. De igual modo que resultaría ilógico considerar que el poseedor de pornografía infantil no puede ser perseguido en España si los archivos se encuentran en servidores ubicados en el extranjero, resultará ilógico considerar que el Juez español no puede acceder a datos de un sistema informático ubicado en España por la circunstancia de que el concreto dato al que se accede se encuentre en un servidor ubicado en el extranjero”.

Dejamos al margen para otra ocasión, por razones de extensión, las importantes consideraciones respecto de la salvaguardia del tipo de delitos en los que cabe incluir este tipo de actuaciones, los principios que constriñen la actuación judicial o aspectos tan relevantes como el deber de colaboración por parte de los agentes de la sociedad de la información o las limitaciones a ese deber de colaboración que pudieran venir de otras razones, como las concernientes al secreto profesional.

## 7. CONCLUSIONES

La Abogacía, en tanto que actividad económica al servicio de la sociedad, que se ejerce en interés público y en régimen de libre y leal competencia, no puede quedar al margen del devenir de la tecnología. Hacerlo sería condenar a la profesión a la obsolescencia. La nube es uno más de esos avances tecnológicos que pueden y deben ser utilizados por los profesionales. Sin embargo, como toda herramienta, debe ir acompañada de la natural diligencia a la hora de utilizarla.

En este sentido, los órganos rectores de la profesión han venido desempeñando en las diferentes latitudes una labor diligente a la hora de señalar por un lado que nada impide la posibilidad de utilizar este tipo de servicios, y por otro que ello es así siempre y cuando se gestionen adecuadamente los riesgos.

Seguir las recomendaciones impulsadas por estos órganos rectores, que en muchas ocasiones son parecidas a las que debe seguir cualquier otro profesional que maneje información sensible, es un deber por parte del abogado. En particular, y para terminar esta reflexión, se quieren recomendar dos: el seguimiento riguroso de un procedimiento de *due diligence* que pueda venir del correspondiente asesoramiento externo, y los mecanismos

de certificación de los proveedores que sirvan a efectos de una expectativa razonable de salvaguarda de la información propia y de los clientes.

# El abogado como responsable de cumplimiento normativo (“*compliance officer*”) (Informe 4/2018)

**Sumario:** 1. OBJETO DEL INFORME. 2. EL MODELO ÓPTIMO: ABOGADO EXTERNO ENCARGADO EN EXCLUSIVA DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO. 3. LA SITUACIÓN MÁS COMÚN: ABOGADO INTERNO COMO *COMPLIANCE OFFICER*. 4. ALGUNAS RECOMENDACIONES DE ÍNDOLE PRÁCTICA. 5. CONCLUSIONES.

## 1. OBJETO DEL INFORME

Hace más de un año se examinó por el Consejo General de la Abogacía Española (a través de su Comisión Jurídica) la actividad de los abogados como responsables de cumplimiento normativo de las personas jurídicas.

Tras las modificaciones del Código Penal en lo relativo a la responsabilidad penal de dichas personas jurídicas, el surgimiento de los modelos de prevención de riesgos penales como atenuantes, la posición de la Fiscalía General del Estado y la evolución doctrinal y jurisprudencial —bien que ésta todavía resulta incipiente— parece oportuno volver de nuevo sobre el tema.

La posición del abogado como director del cumplimiento normativo (el “*compliance officer*” en reconocida terminología anglosajona) fue objeto de énfasis y reforzamiento en la medida en que se trata de un profesional asistido de privilegios y poderes que son por completo ajenos a otros perfiles laborales.

Como entonces se dijo y no está de más repetir ahora, 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.

Sentado lo anterior, conviene ahora ahondar en la cuestión desde una óptica de enorme trascendencia práctica diaria: la compatibilidad de la figura del abogado responsable de cumplimiento normativo con la tarea diaria del abogado interno de la empresa.

Lo que sigue es el resultado de nuestro trabajo.

## **2. EL MODELO ÓPTIMO: ABOGADO EXTERNO ENCARGADO EN EXCLUSIVA DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO**

Fue dicho entonces (Informe 5/2017 de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía) y mantiene toda su vigencia como afirmación en un doble sentido: si el compliance officer por excelencia debe ser un abogado (o debe contar con él, si es un órgano colegiado), la posición ideal del compliance officer abogado es la de un profesional externo designado exclusivamente para ser responsable de cumplimiento normativo.

Profundicemos, aclaremos y precisemos en nuestro análisis, manteniendo por supuesto su sentido y finalidad, ya expresados.

Un profesional del derecho colegiado como abogado (en los términos exigidos por el artículo 32 del Estatuto General de la Abogacía) puede prestar sus servicios con la absoluta imparcialidad e independencia de criterio que exige la más estricta puridad que debe ser tenida como referencia en la implantación y aplicación de un modelo de prevención de riesgos penales.

La propia mención “*abogado externo*” debe interpretarse en el más amplio y flexible de los sentidos: tampoco se opone a que ese puesto de responsable de cumplimiento lo desarrolle en régimen de exclusiva —sin compatibilizarlo con otras funciones legales, en concreto con la función de abogado de empresa— un abogado colegiado ejerciente contratado por la compañía en régimen laboral. Es decir, se trataría de un abogado que se desempeñaría exclusivamente como responsable de cumplimiento, de modo que tampoco exista colisión con el secreto profesional o peligro de conflicto de intereses. Que medie un contrato con la empresa tampoco debe suponerle una tacha o incompatibilidad de desempeño, puesto que la finalidad del negocio jurídico precisamente es encargarse de tales funciones de responsable de cumplimiento, con arreglo a su estatuto profesional.

Continuando con esta obligada atención a ciertas precisiones conceptuales que no son ociosas, recuérdese que tampoco existe concepto legal de qué sea un modelo de prevención de riesgos penales. Estamos en un momento germinal de lo que ha de entenderse jurídicamente por tal cosa. Lo que el Código Penal indica es una referencia a un modelo que no está definido en parte alguna, que tiene algunos elementos propios de la pri-

mera —e insegura— jurisprudencia que se está produciendo en relación al tema y que tiene mucho de una cierta forma de entender (especialmente en el ámbito anglosajón, alejado de nosotros en otros parámetros jurídicos) doctrinalmente qué ha de ser el “*compliance*” (sobre todo desde la óptica de la doctrina vinculada al mundo de la auditoría). Pero que no tiene un referente o modelo a seguir porque no ha sido ordenado jurídicamente en la forma en que a los juristas nos interesa. La mención, en fin, del 31 bis del Código Penal a esos “*modelos de organización y gestión*” no puede ser más genérica.

Tampoco la Circular 1/2016 de la Fiscalía constituye una fuente de derecho, más allá de que suministre elementos de comprensión e interpretación del nuevo fenómeno. Y no podemos dejar de mencionar —siquiera de pasada, susceptible de desarrollo en otros lugares, dentro del sano ámbito de la libre crítica— que incluso alguno de tales elementos de interpretación (como es el caso de la aplicación de las exigencias de los planes de prevención a los Colegios Profesionales) constituyen opciones interpretativas más que discutibles por lo que pueden encerrar de incorrecta hermenéutica de la norma penal.

O puede quizás que lo que se está buscando por el Código Penal es que se ahonde en el terreno de la autorregulación con la excusa —nada despreciable— de la aplicación de la norma penal. A nadie se oculta que los modelos de prevención vienen a constituir —como mínimo— modelos de buenas prácticas corporativas absolutamente recomendables para el buen funcionamiento de las personas jurídicas. La función de *compliance* es en todo caso una función interna de la organización (aunque se pueda externalizar su elaboración o seguimiento), correspondiendo la responsabilidad última de supervisión de la correcta ejecución al órgano de administración (o a aquél otro órgano en que éste haya delegado).

Se está incitando, bien que coactivamente, a las empresas a que autoregulen sus comportamientos y den paso a un relevante cambio de perspectiva: son las claras alusiones de la Circular de la Fiscalía a la “*cultura ética empresarial*”, la “*cultura de respeto a la ley*” o la “*cultura de cumplimiento*”. Algunos han criticado que quizás se trate de fórmulas sencillas para pensar que se está impune. Del grado de rigor del plan y de su ejecución dependerá en mucho la evaluación penal de sus resultados, si llega el caso.

Pero, perdonándonos el excurso normativo y volviendo a la intervención del abogado en la ejecución del programa de prevención de riesgos penales, interesa decir que no llega de forma espontánea sino que tiene

que ser el lógico corolario de un proceso anterior donde muy recomendable debe también haber intervenido un abogado.

Algunos han puesto de manifiesto que el compliance officer u oficial de cumplimiento normativo no tiene por qué ser necesariamente un abogado. Sin dejar de ser ello cierto (la conveniencia no supone la exclusividad), y como ya dijimos, lo que nosotros llegamos a preguntarnos es si es posible que un sistema o programa de prevención de riesgos penales puede ser construido 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).

Recordemos que ya señalábamos en el informe anterior como el abogado constituye una 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 jurídico, 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.

Porque la elaboración del programa de prevención de riesgos penales ha de ser necesariamente previa a la comisión del delito. Este principio no sólo se deducía de la propia naturaleza del plan (de prevención o evitación de lo que aún no ha ocurrido) sino que estaba en la introducción de la responsabilidad penal de las entidades en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y continua con renovado ímpetu en la reforma del Código Penal de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Debiendo ser confeccionado el plan “*antes de la comisión del delito*” se nos antoja difícil que atendiendo su finalidad a la evitación de una conducta penal pueda diseñarse sin la presencia de un abogado.

Tampoco parece posible comprender que, elaborado el plan y puesto en práctica, puedan evaluarse derivaciones de responsabilidad penal de las conductas de la empresa sin la presencia de un abogado. Por muchos casilleros que se marquen en cuestionarios repetitivos acerca de los mil elementos que pueden conformar el entramado organizativo de una empresa, nadie como un abogado para evaluar y opinar, interpretando bajo su ciencia y su experiencia, si una de esas conductas puede o no ser constitutiva de delito. La finura del análisis jurídico desborda todos los casilleros posibles, por minuciosos que se quiera que sean.

La figura del responsable de cumplimiento normativo no es otra sino la del encargado de impulsar y ejecutar —por mandato del órgano de administración o dirección de la persona jurídica— 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.

No se olvide que se trata de buscar asesoramiento especializado orientado a la más grave de las formas de intervención del derecho en la esfera de los ciudadanos y ahora también de las personas jurídicas. Podremos soportar con mayor o menor intensidad personal las consecuencias (en una persona física o jurídica) de una sanción administrativa, de una condena laboral o de un pronunciamiento adverso en sede civil o mercantil. Ninguna de tales adversidades resulta comparable a la incidencia (personal o colectiva) de una investigación penal y una eventual condena a penas privativas de libertad. Por grande que pueda ser la capacidad de las compañías aseguradoras para prever las posibilidades de amortiguar o aliviar los siniestros (civiles, laborales o administrativos), ninguna de ellas puede suplir o sustituir la posibilidad de que cualquier persona (sea ciudadano de a pie o directivo de empresa cotizada) ingrese en prisión o exista —siquiera remotamente— la posibilidad de que ello ocurra.

En el seno del proceso penal (desde su incoación hasta su sentencia, pasando por su posterior ejecución y cumplimiento —que es lo que significa la palabra *compliance*—) solo cuenta el investigado o condenado con la asistencia del abogado. Del mismo modo que un abogado no puede calcular la estructura de un puente ni la resistencia de un material constructivo de una vivienda, así tampoco pueden un ingeniero o un arquitecto prestar asistencia profesional a una persona o una compañía involucradas en un proceso penal. Incluso si, en lugar de la expresión “*cumplimiento*” tomásemos la acepción “*prevención*”, la lógica interpretativa nos llevaría derechamente a la misma conclusión: solo la intervención de un abogado puede permitir que el plan (de cumplimiento normativo o de evitación de delitos, que tanto da) sea eficaz en su concepción y ejecución.

Volviendo de nuevo a nuestra sede de la abogacía de empresa, no podemos sino reiterar que corresponde al abogado —único que conoce técnicamente los complejos conductos del proceso penal— colaborar en la preparación y elaboración de aquéllos modelos de gestión de la actuación de las personas (físicas y jurídicas) que se orientan precisamente a evitar incurrir en las conductas consideradas como delitos en el Código Penal.

Reiterada una vez más la conveniencia de la presencia del abogado en la elaboración del modelo de prevención, quién mejor que un abogado dota-

do de la más absoluta independencia para poder aplicarlo. Tal es la recomendación realizada sobre la figura del abogado como compliance officer.

Que ese abogado externo esté dotado de sus capacidades más completas hace recomendar, en primer lugar, que goce de una auténtica posición externa a la organización societaria. No parece difícil comprender que bajo tal prisma exterior se aprecian con suficiencia y sencillez todas las potencialidades del compliance officer abogado, en especial la inexistencia de conflicto de interés y los privilegios anexos a su condición de abogado.

Sin embargo, que hablemos de un abogado externo independiente no tiene que significar que se trata de alguien ajeno por completo a la empresa en su pasado. Muy al contrario. Cuando realmente se conoce a una entidad (probablemente porque se ha trabajado en ella como abogado interno durante mucho tiempo, puede que una parte de él colaborando en la preparación de un plan de prevención de riesgos penales) se está en la mejor posición para servir a esa sociedad desde una nueva dimensión.

No debe ser inusual que los responsables jurídicos de una entidad (por supuesto que de un determinado perfil, más que probablemente de bastante dimensión y muy seguramente con una alta variante de internacionalidad) puedan ser los encargados de convertirse en su compliance officer. Conocer previamente el funcionamiento de una sociedad no solo proporciona información sobre particularidades del día a día que contribuyen a la mejor visión del conjunto desde una óptica externa sino que permite acercarse con agilidad y certeza a quienes deciden (y lo hacen en clave de plan de prevención de riesgos penales). El conocimiento profundo de una persona jurídica resulta clave para desempeñarse como su responsable de cumplimiento normativo.

Tampoco resulta en nada ajeno a una sociedad quien ha colaborado —como abogado— en la preparación, redacción e implementación del programa de prevención de riesgos penales. Haber estado en contacto con el diagnóstico de lo que ocurre, saber qué riesgos potenciales alberga una mercantil y colaborar —en singular o en un grupo de abogados en sede de despacho colectivo— como encargado de la redacción del programa de compliance officer sitúa al abogado en una envidiable posición en relación a esa empresa a la que le ha prestado ese servicio de diagnóstico y recomendación. ¿Quién puede decir de ese abogado que no siga siendo externo pero que no tenga el más certero y exacto conocimiento de cuanto ocurre en la sociedad? Este segundo tipo de abogado externo no deja de ser un cualificado referente a la hora de elegir por dicha empresa un proveedor de servicios externo para que se desempeñe como su compliance officer.

Es cada vez más común que abogados externos (en forma de ejercicio individual o colectivo) sean designados responsables de compliance de las empresas, bien sea como una actividad exclusiva (lo que requiere una dimensión y volumen muy elevados en la sociedad que le designa que puede ser muy poco común a tenor de la dimensión media de la empresa española), bien sea como una actividad que ocupe a tiempo parcial a letrados versados en el ámbito del derecho penal (que podrán asumir la tarea de cumplimiento normativo de una o varias empresas a la vez que mantienen sus otras dedicaciones profesionales).

Ser externo a la empresa no quiere decir necesariamente trabajar en exclusiva para una empresa. No parece difícil encajar con naturalidad la función de responsable de cumplimiento normativo en conjunción con otras que desempeñan ordinariamente los abogados (como secretarios de consejos de administración o asesores jurídicos externos de empresas). Menos aún cuando se tiende hacia una función integradora global de los riesgos de la empresa (“*business integrity*”) que desborda los específicos perfiles penales del estricto compliance que ahora consideramos.

Podrá decírsenos que resulta todavía poco abundante esta figura pero esta nueva función a desempeñar por los letrados externos a las empresas es muy deseable (y así se ha postulado desde distintos foros) que se profesionalice y se convierta progresivamente en una figura destacada como especialización propia de la abogacía. Podrán especializarse en compliance otros profesionales (nadie lo pone en duda) pero desde luego lo que no admite discusión es que la responsabilidad de compliance officer está llamada a convertirse en una nítida especialización jurídica en el ámbito de la abogacía.

En definitiva, aseguradas formal y materialmente la independencia y la evitación del conflicto de interés cuando el encargo es responsabilizarse en exclusiva de la tarea de compliance officer, quien mejor que esa persona que conoce a la perfección a la empresa (entre otras posibilidades, por haber sido su abogado interno con anterioridad o por haberse encargado como abogado externo de su programa de prevención de riesgos penales) para acometer con total asepsia y objetividad la procura de la nueva responsabilidad de compliance officer.

Llegados a este punto, debemos recordar que esta era nuestra reflexión en el pasado para consagrar —como culmen óptimo, como ejemplo último, como desiderátum ideal— la mención de que “*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”.*

Obsérvese que no era una conclusión final del informe sino una consideración previa a la enunciación del resto de conclusiones. Puesto que solo en el conjunto de las mismas puede entenderse esta sucesión de argumentos.

Según lo indicado, y parece obligado referirse a ello, no es la más común de las posiciones del abogado como encargado de ser oficial de cumplimiento normativo. Pero ello no quita que sea la más deseable de las situaciones (de ahí que la consideremos la óptima), en términos de reconocimiento del abogado como profesional más que deseable en el ámbito del compliance y en cuanto a las distintas posiciones que puede revestir en ese ancho campo.

Y decimos que no es la más usual de las situaciones porque la mayoría de las empresas (bien por no tener suficiente dimensión, bien por no desear independizar a alguno de sus abogados internos, bien por no querer recurrir a los abogados externos que le hicieron el programa de prevención o bien por la razón que sea, que puede haber otras muchas muy justas) tenderá a hacer descansar en sus abogados internos las tareas del compliance.

Es el caso que atendemos a continuación.

### **3. LA SITUACIÓN MÁS COMÚN: ABOGADO INTERNO COMO COMPLIANCE OFFICER**

El supuesto más habitual en relación al compliance será que el abogado interno de la empresa se desempeñe como responsable del mismo (siempre en aquéllos casos en que sean este orden de profesionales los responsables, extremo al que encarecemos por todas las razones indicadas).

Sin olvidar nuestros supuestos óptimos antes señalados, el mejor conocimiento de la actividad con repercusión jurídica de la empresa lo tiene su abogado interno. No resultará difícil, además, que haya identificado los lugares de especial riesgo penal en la toma de decisiones porque debe estar habituado a tratar con los mismos.

En esta sede práctica en la que nos estamos moviendo, es donde proceden todas las consideraciones volcadas en el anterior informe y que ahora conviene reiterar y ajustar a las nuevas indicaciones. Y es donde cobra toda su virtualidad el abogado interno / compliance officer.

Recordemos que todo plan de prevención debe ser un modelo normativo escrito, fundado en una previa valoración de las áreas de riesgo de incumplimiento, donde se definan las funciones de los órganos responsables de la aplicación del programa de prevención con un sistema de formación dirigido a los empleados y directivos.

Ello requiere igualmente de un sistema de seguimiento de la aplicación del programa de prevención y la atención a un código de conductas prohibidas (y sanciones disciplinarias correspondientes), conteniendo un mecanismo de denuncia interna así como un protocolo de actuación en caso de detección de irregularidades.

Pero no olvidemos sobre todo que la más relevante diferencia entre los programas de prevención de riesgos penales y los demás ordenamientos exigibles a la empresa (planes de riesgos laborales, protección de datos, etc...) 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 más que cualificado mundo del Código Penal.

Como ya dijéramos en el informe 5/2017, 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.

De la suma de todas estas necesidades, requisitos y condicionantes se desprende —ya lo hemos dicho con anterioridad— un completo panorama de exigencias normativas de inequívoca orientación jurídica. Ninguna duda debe haber respecto a la capacidad de nuestro abogado interno / compliance officer para atender las mismas, pero vamos a hacer una nueva incursión (con las precisiones atrás expuestas) sobre su misión y destino como responsable del cumplimiento normativo interno.

Como obligadas particularidades del abogado interno responsable del cumplimiento normativo profundizaremos ahora en las que ya manifestamos en nuestro anterior informe, ajustándolas y precisándolas en el nuevo y más amplio entorno.

En **primer lugar** resulta preciso redefinir los parámetros legales de la intervención del abogado interno como compliance officer. Como abogado, su función será asesorar y evaluar en derecho una conducta (lo que

solo puede hacer adecuadamente un abogado). Y como compliance officer deberá ajustarse a las disposiciones del plan de prevención, sin dejar nunca abandonado su bagaje jurídico.

Como también dijimos, 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, —no nos cansamos de repetir una vez más— la opción para designar el mejor “*compliance officer*” siempre deberá decantarse hacia aquel profesional que sea abogado.

Sentado lo anterior y en **segundo lugar**, partiendo ya de nuestra opción por un abogado en ejercicio (recuérdese que en el sentido que precisa el término de “*abogado*” el Estatuto General de la Abogacía y no en otro impreciso de mero “licenciado o graduado en derecho” o “*asesor legal*”), procede no olvidar que 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.

Recordemos así 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). Lo interno de su labor, en suma, no puede coartar lo independiente de su función.

Como apuntamos en el informe anterior (que no puede olvidarse forma un todo con el presente, que tiene por misión aquilatarlo y perfilarlo aún más) no puede olvidarse 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.

No puede, pues, producirse el caso de un letrado de empresa que asuma el cargo de compliance officer en colisión con el secreto profesional o poniendo en peligro la necesaria evitación del conflicto de intereses.

Un abogado interno de empresa puede desempeñar muy diferentes cometidos (así por ejemplo nada impide que sea compliance officer y delegado de protección de datos simultáneamente); lo que habrá que cuidar con detalle es que tales competencias simultáneas no se entrecrucen hasta interferir cualquiera de sus tareas.

Visto que tenemos ya un abogado y que se encuentra revestido de todas sus poderes y privilegios, corresponde ahora (**en tercer lugar**) atender a las limitaciones que pudieran derivar de su propia condición de abogado de empresa. Ninguna podemos apreciar bajo esta perspectiva y lo vemos a continuación.

En efecto, habiéndose postulado ciertos condicionantes a la libertad de actuación de los letrados como tales cuando revisten la condición de abogados de empresa (especialmente bajo la óptica del Derecho de la competencia y en lo que respecta al privilegio de confidencialidad en las comunicaciones a raíz de la sentencia TJUE de 14 de septiembre de 2010, caso AKZO), nada apreciamos nosotros en la variante de los planes de prevención de riesgos penales. La misión del abogado de empresa responsable del compliance es, precisamente, promover el cumplimiento de la ley por parte de su sociedad, nunca ocultar los incumplimientos.

Finalmente, en **cuarto lugar**, nos interesa resaltar la figura del abogado interno como prescriptor de la buena cultura corporativa. A nadie se escapa la influencia del abogado interno en la orientación de la actividad de la empresa. Quien mejor conoce las relaciones internas de la empresa y de la empresa con los clientes es su abogado interno, puesto que aún a día a día con la tarea —cuando así coincide, que es el caso que estamos examinando— de evaluar las consecuencias jurídicas de la aplicación del modelo de prevención de riesgos penales.

En efecto, aspectos como riesgo corporativo, reputación empresarial, ética o cumplimiento normativo son las manifestaciones de esa nueva cultura empresarial que más atrás describíamos como exigida por la Circular 1/2016 de la Fiscalía. Es inobjetable el papel de liderazgo que puede y debe jugar el abogado interno en la consecución de estos exigentes parámetros, de inequívoco sesgo normativo.

Precisamente todo ello ha de redundar en una elevación del papel jerárquico interno del asesor legal, puede que en detrimento de otras figuras tradicionalmente preferidas (como por ejemplo el director comercial, que suele ser uno de los primeros entre los directores atendidos por los consejeros delegados). El mensaje de la nueva cultura empresarial es muy potente: vender más a cualquier precio no puede ser el objetivo porque solo

si esa venta se ajusta a ciertos parámetros culturales (los descritos en los códigos de autoregulación y en todo caso en los modelos de prevención de riesgos penales) la empresa sobrevivirá a tiempos duros en los que el riesgo reputacional puede llegar a ser mucho más elevado que la simple pérdida de algunos puntos porcentuales en el beneficio interanual.

Los modelos de prevención de riesgos penales anudados a la labor interna de los abogados han de propiciar (o desde luego representan una buena ocasión para hacerlo) una elevación y dignificación aún mayor de la tarea del abogado interno, fiel garante e intérprete de esos códigos internos que la empresa ha adoptado no solo para evitar incurrir en comportamientos punibles sino para evidenciar una forma de hacer las cosas muy diferente a la tradicional.

Los modelos de “*compliance*” no solo han de reforzar la tarea del abogado interno sino que han de permitir nuevas oportunidades de valorar su labor puesto que las consecuencias de no respetarla incumpliendo tales obligaciones pueden ser dramáticas para la propia existencia de la empresa (interés societario mucho más digno de atención que la simple atención a los resultados de un trimestre o un año). El abogado de empresa en funciones de compliance debe comprender muy especialmente que su deber de fidelidad existe en primer lugar hacia la empresa a la que sirve y no hacia el director general que le ha contratado o con quien mantiene una mejor relación.

De las cualificadas funciones que, en fin, van a asistir progresivamente al abogado “*in house*” debe derivarse naturalmente una mejor consideración jerárquica de su posición interna (por ejemplo cuidando que su reporte se produzca directamente hacia la máxima instancia decisora de la empresa o al propio Consejo de Administración), que sea valorado de forma independiente a la del resto de los ejecutivos de la empresa, que se expanda su visión y asesoramiento hacia aspectos que van más allá de los asuntos legales (valorando la oportunidad y conveniencia de cuestiones éticas, reputacionales o de política general de la empresa) así como que sea considerado regularmente en el proceso de adopción de decisiones.

#### **4. ALGUNAS RECOMENDACIONES DE INDOLE PRÁCTICA**

Puesta en relación la obligada y creciente proliferación de abogados que han de desempeñar tareas de compliance officer con carácter externo con aquéllos otros que realizan finalidades de asesoramiento jurídico de

índole interno cabe extraer una serie de recomendaciones útiles para el mejor cuidado de ambas funciones.

Debe, primero, fomentarse la necesaria fluidez en la colaboración entre abogados internos y externos, favorecida por ser ambos compañeros bajo el manto común de la abogacía: ámbito deontológico de la relación entre abogados que está expresamente recogido en el Estatuto General de la Abogacía y que constituye un nuevo punto de apoyo para recomendar que unos y otros profesionales sean los más idóneos para estas funciones.

Apreciése aquí, una vez más, una característica diferencial entre las relaciones entre letrados frente a las que pueden tener (por supuesto muy técnicas pero desde luego nada cubiertas por el ámbito de la común dedicación jurídica) otros profesionales no abogados entre sí. Procede recordar lo que citamos en nuestro informe 5/2017 como “*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 que tales profesionales gocen de una preeminencia especial para desempeñar la tarea de responsables de cumplimiento normativo.

Se extiende la singular relación anterior al obligado común rechazo a las presiones indeseables que, bien por provenir de un mal diseño del plan de prevención o de una incorrecta ejecución de sus contenidos, pudieran condicionar, coartar, limitar o impedir el obligado respeto a los derechos y privilegios del abogado (especialmente en cuanto a su confidencialidad y garantías de libre ejercicio). Unos y otros abogados han de encontrar en el seno de su cualificado estatuto profesional el mecanismo de conexión y coordinación necesario para vencer la interferencias.

Abre camino todo lo anterior a la más natural colaboración entre abogados internos y externos para la actualización y ajuste periódico del plan de prevención de riesgos penales. No se olvide que el nuevo artículo 31 bis CP contiene inicialmente, en su apartado 4, una genérica y todavía imprecisa mención de la 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.*”

Finalmente, se va dibujando paulatinamente un nuevo segmento de especialización jurídica para la abogacía con la figura del compliance. No despreciemos la ocasión. Los abogados concedores de la materia (sean internos o externos a la empresa, o sean independientes de toda persona jurídica) deben atisbar un ancho campo —aún por perfilar con nitidez—

al que deben cuidar y proteger como algo más propio que ningún otro profesional.

Dado el acusado carácter práctico de la nueva especialidad (a la par que será obligada una intensa tarea de preparación académica de las nuevas cuestiones surgidas en el entorno del compliance), de los Colegios de Abogados debe depender también alentar y estimular esta actividad, mediante la realización de cursos y actividades orientadas a difundir la especialidad y agudizar la conveniencia de que sus miembros sean los mejores prestadores del nuevo servicio, que se dibuja potencialmente muy expansivo en cuanto a nivel de requerimiento de colegiados.

## 5. CONCLUSIONES

**Primera.**— Los planes de prevención de riesgos penales constituyen conjuntos normativos internos a las personas jurídicas que, aun siendo de carácter voluntario, resultan altamente recomendables en cuanto a su adopción por razones de diligencia debida.

**Segunda.**— Se hallan orientados tales planes de prevención a evitar que las personas jurídicas se vean envueltos en responsabilidades de orden penal. En su concepción, elaboración, ejecución y seguimiento resulta extremadamente conveniente la presencia de un abogado, funciones que se extienden naturalmente a la de compliance officer o responsable de cumplimiento normativo.

**Tercera.**— La posición óptima del abogado como compliance officer es la de un profesional externo a la organización que se dota del plan de prevención que le designa como tal. Dicha condición de externo lo es en cuanto a su ubicación organizativa (fuera de la empresa), sin perjuicio de que un conocimiento previo de la organización (bien por provenir anteriormente de ella, habiéndose luego independizado para desempeñar tales funciones, bien por haber colaborado en el diseño del plan de compliance, por ejemplo) puede precisamente reforzar su capacidad y conocimiento de la función a desempeñar. No compromete su posición externa haber sido contratado específicamente para esta tarea.

**Cuarta.**— La posición más común del abogado (entendido siempre el término “*abogado*” en el exacto sentido contenido en el Estatuto General de la Abogacía Española) será la del desempeño conjunto de la tarea de compliance officer (individualmente o en un órgano colectivo) junto con otras funciones de asesoramiento jurídico interno, debiendo en tal caso aten-

derse (en el plan de prevención y en la estructura organizativa interna) a la necesaria independencia funcional y garantía de gestión impecable, pudiendo desempeñar sus funciones (en cualquier de los ámbitos y especialmente en lo que respecta al compliance) con claridad y sin interferencia alguna, estando asistido en tal posición de los poderes y privilegios de todo abogado en el desempeño de sus funciones profesionales.

**Quinta.**– La simultaneidad de las actividades del abogado interno con las propias del compliance officer no debe resultar afectada por ninguna otra presumible potencial restricción debida a ámbitos como los señalados en el entorno del Derecho de la Competencia en los términos descritos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**Sexta.**– La cultura del cumplimiento normativo no solo ha de reforzar la tarea del abogado interno sino que debe propiciar nuevas oportunidades de destacar y enfatizar su tarea pues las consecuencias de no respetarla incumpliendo las obligaciones del modelo de prevención pueden ser dramáticas para la propia existencia de la empresa, siendo el riesgo reputacional un valor en alza muy superior a los resultados empresariales.



# “Compliance” general y Colegios de Abogados

(Informe 10/2018)

**Sumario:** 1. OBJETO DEL INFORME. 2. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. 3. LA POSICIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO RESPECTO A LOS COLEGIOS PROFESIONALES. 4. EXAMEN DE LAS CLAVES HERMENÉUTICAS DEL PRECEPTO. 5. SINGULARIDADES DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS QUE ABONAN SU PERFIL DE ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL. 6. CONCLUSIONES.

## 1. OBJETO DEL INFORME

La Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española ha analizado la actividad de los abogados como responsables de cumplimiento normativo de las personas jurídicas en dos diferentes informes.

En primer lugar (2017) se examinó la intervención del abogado como responsable de cumplimiento normativo (“*compliance officer*”), viniendo de nuevo a ocuparse del tema con ocasión del más reciente estudio (2018) en el que se estudia la posición que ocupa el abogado en el diseño y ejecución de programas de prevención de riesgos penales, especialmente en cuanto a la compatibilidad de la figura del abogado responsable de cumplimiento normativo con la tarea diaria del abogado interno de la empresa.

Interesa ahora un nuevo enfoque desde la óptica de las Corporaciones de Derecho Público en las que se encuadran obligatoriamente los abogados. La pregunta es la siguiente: ¿resultan aplicables a los Colegios de Abogados las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas o están exentos en la forma que establece el artículo 31 quinquies del Código Penal?

Nuestra respuesta debe ser necesariamente negativa y ya la avanzamos: los Colegios de Abogados no son sujetos sometidos a la obligatoriedad de disponer programas de prevención de riesgos penales y deben considerarse incluidos en la exención del citado precepto. La postura contraria supone una inexacta comprensión de la nueva obligación que establece el Código Penal respecto a las personas jurídicas. El examen de las razones que asisten para sostener esta posición y la obligada refutación de la posición contraria son el objeto de este documento.

Lo que sigue es el resultado de nuestro trabajo.

## 2. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La responsabilidad penal de la persona jurídica se introdujo por primera vez en el ordenamiento jurídico español en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio con fecha de entrada en vigor de 23 de diciembre. Actuó para ello sobre los cinco epígrafes en que se dividía el 31 bis del Código Penal, configurándola como un “*numerus clausus*” supeditado a los correspondientes tipos de la parte especial del Código o de las leyes penales especiales.

Establecía así el 31 bis apartado 5 en su redacción originaria (que prácticamente llega en su integridad —en lo que a nosotros interesa— al momento actual):

*“5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.”*

Esta responsabilidad ha sido modificada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en vigor desde el 1 de julio de 2015, que acomete una nueva reforma en el Código Penal, que afecta a la responsabilidad penal de la persona jurídica, introducida cinco años atrás, determinando que las personas jurídicas podrán ser responsables penales por aquéllos ilícitos que expresamente prevé el Código Penal como de atribución directa a la persona jurídica, por haber sido cometidos por sus directivos, administradores, representantes así como sus empleados y otros terceros sometidos a su autoridad. Así, se reforma parcialmente el artículo 66 bis e introduce tres nuevos artículos (31 ter, 31 quater y 31 quinquies) los cuales, con la única novedad de extender en este último el régimen de responsabilidad a las sociedades mercantiles públicas, vienen a reproducir el contenido de los apartados 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 31 bis original.

No resulta ocioso recordar que entre una y otra reforma fue la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre la que reformó el 31 bis en su apartado 5º, señalando ya lo que apunta a la regulación actual (y al problema de su interpretación). Y así quedó el precepto antes de la modificación de 2015:

*«5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.»*

Interesa retener esta redacción porque, con la única salvedad del inciso final referido a las sociedades mercantiles estatales (que luego se desgajará en un segundo apartado del que será 31 quinquies) es la que luce en la redacción que luego interpretaremos para ver qué ocurre con los Colegios Profesionales.

No será hasta la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo cuando se introduzca un nuevo artículo en la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos imponiéndoles la obligación de adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento y de supervisión a efectos de exención de responsabilidad penal.

La nueva Ley Orgánica 1/2015 —principal objeto de nuestra atención— asegura que en su Exposición de Motivos que *“la reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”* [...], con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del *“debido control”*, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal y con ello poner *“fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial.”*

Junto a otras finalidades, el propósito central de la nueva Ley no sería modificar el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas sino aclarar el modelo establecido en 2010 que, conforme a la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, consagraba en el segundo párrafo del art. 31 bis.1 una responsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica. Ello tiene que ver con la cuestión que aquí se nos plantea respecto a la que hay voces doctrinales discrepantes y ningún pronunciamiento jurisdiccional (todavía).

Pese a todo y sin perjuicio de lo anterior, el fundamento de la responsabilidad penal no se ve especialmente afectado por la nueva reforma, ya que las premisas para la imputación, como paso previo a la exigencia de responsabilidad penal, siguen girando en torno a la actuación en nombre de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto o provecho.

Existe un parecer doctrinal común en cuanto a que la diferencia entre la redacción del art. 31 bis según la Ley Orgánica 5/2010 y la dada

por la Ley Orgánica 1/2015 estriba fundamentalmente en la eliminación del concepto de administrador de hecho o de derecho, términos de naturaleza mercantil que no siempre encuentran una equiparación con las figuras encargadas de la gestión o administración de personas jurídicas de naturaleza no societaria. Con esta reforma, el legislador penal prescinde de nomenclaturas propias de una forma de organización concreta de la persona jurídica. La esencia, pues, es dotar de mayor énfasis al hecho de que la actuación u omisión sea llevada a cabo por aquella persona con facultades bien de representación legal, bien con capacidad efectiva de decisión y, por tanto, de vinculación a la persona jurídica con su conducta, ya sea mediante una actuación unipersonal, ya sea como miembro de un órgano colegiado.

Se diferencian la ley de 2010 y la de 2015 en la necesidad de que, cuando el hecho presuntamente delictivo sea cometido por un empleado, éste lo haya hecho porque se ha incumplido gravemente —elemento de nueva adición— por los representantes legales o por las personas con facultades de decisión, el deber de supervisión, vigilancia y control. Quebranto del “*debido control*” como condición que permite adicionalmente exigir responsabilidad penal a la persona jurídica.

Nótese además que el beneficio o provecho que se persiga actuando en nombre de la persona jurídica no se limita a uno de contenido pecuniario, sino que éste ha de ser interpretado en un sentido amplio, de forma que cualquier ventaja (por ejemplo una oportunidad de negocio o la obtención de una subvención, una reducción en la base imponible de un impuesto o un mejor posicionamiento en el sector) serán suficientes para entender que se ha actuado para beneficiar a la persona jurídica. Especialmente, porque la Ley Orgánica 1/2015 extiende el tipo de beneficio, que pueda ser obtenido, a aquellas ventajas de tipo indirecto que la conducta ilícita presuntamente ejecutada pueda conllevar para la persona jurídica.

Esta responsabilidad penal puede ser exigida con independencia de que se haya podido identificar o individualizar a la persona física autora o ejecutora de las conductas presuntamente ilícitas o aunque sobre éstas pese una circunstancia susceptible de modificar su responsabilidad penal.

Tampoco impide exigir responsabilidad penal a la persona jurídica el hecho de que la persona física autora de los ilícitos delictivos imputados haya fallecido o se encuentre huida de la acción de la justicia. Los cambios como consecuencia de un proceso electoral tampoco eximen de responsabilidad penal, pues ésta se entiende automáticamente trasladada a la concreta persona jurídica.

En cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito, han de precisarse dos cuestiones: (i) de un lado, que se aplica a la persona jurídica el mismo principio de obligación de reparación del daño causalmente derivado de la previa comisión de un delito; y de otro (ii) que, respecto de aquellos delitos que no sean de atribución directa a la persona jurídica, sigue vigente el art. 120 del Código Penal, esto es, cabe exigir la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica por los delitos cometidos por las personas que las dirijan, administren o por sus empleados, en el desempeño de sus actividades profesionales.

### 3. LA POSICIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO RESPECTO A LOS COLEGIOS PROFESIONALES

Tras el surgimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el obligado dimensionamiento subjetivo de una realidad extensa, difusa e imprecisa en lo que se refiere a las entidades públicas, será la Circular 1/2011 de la Fiscalía la que realizó una interpretación teleológica de este precepto entendiendo que la exclusión no afectaba a las organizaciones en todo caso, sino “*exclusivamente en el marco de su actividad en el ejercicio de las funciones de soberanía o administrativas*” sin que por la Fiscalía se considerase excluida con carácter general la responsabilidad penal de los Colegios Profesionales y las demás Corporaciones de Derecho Público, debiendo efectuarse una valoración jurídica casuística, “*postura que no fue compartida ya por un importante sector de la doctrina*”<sup>1</sup>. Otro sector de esa doctrina

---

<sup>1</sup> DE LORENZO Y MONTERO, R. Presidente de la Asociación Española de Derecho Sanitario: “*Responsabilidad penal de los Colegios Profesionales*”. Redacción médica, n° de 7 de mayo de 2018. Señala que no hay ningún elemento que sustente el cambio interpretativo que se hace de la Circular 1/2011 a la 1/2016 y —sobre todo— sin que se atienda a la auténtica naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales con arreglo al artículo 36 de la Constitución, que establece la diferencia con entidades de base asociativa como partidos políticos (art. 6 CE) o sindicatos (art. 28 CE); y con Cámaras de Comercio (art. 52 Política social y económica), que, si bien estas son Corporaciones de Derecho público, no tienen el mismo régimen, fines ni objetivos que los Colegios profesionales siendo los de éstos la defensa independiente de los derechos e intereses de los ciudadanos, clientes o pacientes, usuarios de los servicios de sus colegiados (art. 1 LCP). Igual podría decirse, por ejemplo y esto no es del autor sino de nuestra particular opinión, de las Universidades Públicas, a las que serían aplicables mutatis mutandis iguales apreciaciones que a los Colegios Profesionales.

(CASTRESANA FERNÁNDEZ)<sup>2</sup> también destaca el carácter casuístico de esa indagación de los distintos supuestos.

La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado considera que los Colegios profesionales no encajan en ninguna de las categorías del art. 31 quinquies y que no cabe hacer una interpretación extensiva de las personas jurídicas excluidas. Entiende que el precepto sólo excluye a las Administraciones Públicas y no a “*entes de naturaleza asociativa privada, como los Colegios profesionales, las Cámaras de comercio, los sindicatos o los partidos políticos*”.

Esta tesis de la Fiscalía General del Estado es la que, en principio, van a seguir los Fiscales, aunque no estemos de acuerdo con ella. Pese a que no se manifestado ningún supuesto real, la doctrina creada por los autores de tal procedencia confirma este punto de vista, como no podía ser de otro modo en una organización jerárquica piramidal<sup>3</sup>, debiendo ser ceñida en sus estrictos términos la trascendencia de un documento como éste<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> CASTRESANA FERNÁNDEZ, C. “*La exención de la responsabilidad penal del Estado y entidades de él dependientes*”. Revista La Ley N° 242/2019. “*La Circular también concluye que, con carácter general, la exención del art. 31 bis 5 CP no alcanza a los Colegios Profesionales y demás Corporaciones de Derecho Público, requiriéndose una valoración del caso concreto, dada la peculiar naturaleza de estos y la mayor o menor “asimilación de sus actos al régimen administrativo”*”.

<sup>3</sup> MUÑOZ CUESTA, J. “*Responsabilidad penal de los Colegios Profesionales*”. Revista Aranzadi Doctrinal, N° 10. Diciembre 2016. Pp. 11-15. Este autor –que como fiscal comparte la posición de la Fiscalía– avanza, de forma que lógicamente consideramos hartó discutible, que el problema que nos ocupa (la responsabilidad penal de los Colegios Profesionales) “*ha dejado actualmente de ser una cuestión objeto de debate para asentarse como algo cierto*”...” *sin perjuicio de las discrepancias que sobre ello se han expresado por asociaciones integradas por los Colegios, cuyos razonamientos no estimamos suficientes para incluirlos como exentos dentro del último artículo citado*” en referencia al artículo 31 quinquies del Código Penal. Menos aún podemos compartir que sostenga la aplicación de responsabilidad a los Colegios Profesionales tras la reforma de la Ley 1/2015 al incluir la responsabilidad penal de los partidos políticos y sindicatos “*puesto que estos y los anteriores tienen similar naturaleza y finalidades, incluso se podría decir que los partidos políticos tienen una mayor cercanía al poder público, al ser sustento del Estado democrático, que el que pudieran tener los Colegios Profesionales, sin que su constitucionalización conforme al art. 36 CE sea suficiente para la exclusión.*”

<sup>4</sup> BENITEZ RODRIGUEZ, D. “*La exclusión de la responsabilidad penal de las fundaciones del sector público en la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado.*” Revista Aranzadi Doctrinal, n° 6, junio 2016. “*Las Circulares de la Fiscalía General del Estado tienen por objeto principal construir las bases del principio de unidad de actuación al que se refiere el artículo 124 de la Constitución Española, esto es, fijar la unidad de criterio en la interpretación y proceder de los representantes del Ministerio Público. Como tales, las Circulares de la Fiscalía resultan vinculantes, única y exclusivamente, a los miembros de la Fiscalía.*”

Se trata de un tema abierto desde el punto de vista jurisprudencial<sup>5</sup>, lo cual implica actuar con la mayor prudencia posible dentro de este terreno, aun considerando que los Colegios no son sujetos imputables desde el punto de vista penal. Especialmente algunos de tales Colegios como son, cualificadamente, los de Abogados.

#### 4) EXAMEN DE LAS CLAVES HERMENÉUTICAS DEL PRECEPTO.

La nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se crea pensando en las empresas y entidades pertenecientes al sector privado. Las Corporaciones de Derecho Público quedan, ontológica y conceptualmente, fuera del alcance de la nueva acción sancionadora del Compliance. Las medidas que se propondrán tienen vocación reputacional y se enmarcan en una nueva cultura de gobierno corporativo que la doctrina más aceptada recuerda en estrictos términos de gobierno corporativo empresarial<sup>6</sup>.

La construcción conceptual penal se ha verificado de la forma inversa: cualquier persona jurídica puede ser penalmente responsable, salvo

---

*Como doctrina administrativa, las Circulares de la Fiscalía General del Estado informan e interpretan las cuestiones tratadas, no siendo vinculantes para Jueces y Magistrados. Por ello, deben ser interpretadas con la debida cautela, dado que pese a tratarse de doctrina cualificada, no garantizan más que el criterio del Ministerio Público mantenido en un momento determinado, y siempre que el mismo no varíe. Cuestión esta última, la variación de criterio que, ante lo novedoso de la materia y a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, parece más que probable.”*

<sup>5</sup> La primera jurisprudencia sobre la aplicación del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas puede verse en BOLDOVA PASAMAR, M.A. “Análisis de la aplicación jurisprudencial del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas” Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal. N° 52 (octubre-diciembre) 2018. Ninguna de ella tiene por sujeto a un colegio profesional. También puede verse VILLEGAS GARCÍA/ENCINAR DEL POZO “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.” Diario La Ley n° 9106, 26 de diciembre de 2017.

<sup>6</sup> MAGRO SERVET, V. “La combinación de la contratación de las pólizas de Seguro de Responsabilidad Civil de Directivos y el Compliance normativo por las empresas”. La Ley, n° 9257, de 12 de septiembre de 2018. Se habla en dicho artículo de “la necesidad de introducir un nuevo modelo en el sistema empresarial” así como de que “la sociedad responderá penalmente si no tiene implementado un buen modelo de compliance”, siempre en clave estrictamente societaria. En el mismo sentido mercantil –nunca corporativo o institucional- e igual artículo se habla de que “la peligrosidad de la delincuencia económica ad intra (apropiación indebida y administración desleal) en el seno de las empresas debe hacer ver a estas que el modelo de compliance introduce patrones de control interno que la eviten”.

aquéllas que se declaran expresamente exentas en el Código Penal. Es el artículo 31 quinquies del Código el que regula las exenciones y del que nos interesa especialmente su apartado primero, referido a las personas jurídicas de Derecho público. Tras la evolución de su redacción, dispone lo siguiente en su texto vigente:

*“1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.*

*2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del art. 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”.*

El precepto nos parece suficientemente claro, siendo su inciso final —“*ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas*”— precisamente aquél en cuya ambigüedad se ha basado la Fiscalía General del Estado para afirmar en su Circular que en la norma hay numerosas imprecisiones terminológicas —aunque en él se encuentra el auténtico fundamento de la interpretación sistemática que precisamente legitima la exclusión de los Colegios profesionales (con carácter general y sin precisar si todos o algunos en particular)—.

Pero ni el inciso es una mención solitaria ni la interpretación del conjunto del precepto puede ser otra que la que concluye en ese epílogo normativo excluyente. Procedemos por ello a aplicar las reglas de la interpretación jurídica derivadas de la técnica contenida en el Título Preliminar del Código Civil (artículo 3.1):

*“1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.”*

La aplicación de los anteriores principios hermenéuticos a la disposición que nos ocupa parte, en primer lugar, de la obligada atención a lo que el legislador ha dicho. Luego veremos lo que ha querido decir. Y lo que literalmente ha dispuesto de forma expresa es que la nueva regulación de las personas jurídicas se ciña a las personas jurídicas privadas y a las actuaciones privadas de las personas públicas.

En efecto, cuando se dice que no estarán bajo su manto regulador ni el Estado, ni las Administraciones públicas territoriales (entendamos aquí principalmente Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales en sus diferentes personificaciones) e institucionales (no se olvide esta relevante precisión corporativa), ni los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, ni las organizaciones internacionales de derecho público, lo que en definitiva se está conformando es un conjunto de poderes públicos (territoriales e “*institucionales*”, repetimos que no olvidemos esta sutil pero muy relevante precisión) para los que no fue dictada esta obligación.

La mención “*institucionales*” nos lleva naturalmente a aquéllas entidades públicas diferentes de las mencionadas anteriormente. En otro caso no tendría ningún sentido la precisión terminológica, que podría haberse quedado en la referencia a las administraciones tradicionalmente consideradas “*territoriales*”. Véase por ejemplo la legislación de expropiación forzosa que solo se refiere a las territoriales (artículo 2.1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954):

*“1. La expropiación forzosa sólo podrá ser acordada por el Estado, la Provincia o el Municipio.”*

Con la lógica adición constitucional de las Comunidades Autónomas —que no existían en 1954— se conformó el elenco de los tres grandes poderes territoriales dotados de la facultad expropiatoria. Sin embargo, el legislador penal —cuya precisión terminológica resulta obligadamente superior por la cualificada naturaleza de los intereses protegidos en su ámbito— da varios pasos más (exactamente tres) que, ahora en sede hermenéutica, solo pueden entenderse (a los efectos que aquí nos concitan) para entender que son nítidamente excluyentes de la aplicabilidad de la nueva regulación a los Colegios de Abogados. Recorramos dichos tres pasos:

En primer lugar, amplía a cierta clase de entidades la condición de personas jurídicas excluidas. Apréciense aquí que los Colegios (y muy singularmente los de Abogados), por las razones que más adelante se dirán, son personas jurídicas públicas, de base privada, pero creadas por ley y a las que se atribuye el ejercicio de funciones públicas, lo que permite incluirlas sin especial complejidad ubicarlas con naturalidad en la categoría de “*excluidas*”.

Lo que queda claro es que existe un ámbito exento de la aplicación de la nueva legislación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Resulta natural entender que la naturaleza de los fines, la singularidad

de las potestades y la tradicional consideración pública de los Colegios de Abogados los sitúe directamente en el ámbito excluido.

Un segundo círculo concéntrico excluyente de los Colegios (y otras instituciones como las que hemos referido más arriba) viene dado por la forma en que el párrafo primero del 31 bis reafirma —reiterando— la convicción de que tampoco se aplica (segunda mención expresa)

*“ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas”.*

Resulta lógico entender que sea esta la reiterada fundamentación de la exclusión porque atiende no ya solo personalmente a cuáles sean los excluidos (las personas jurídicas públicas en sentido amplio: no sólo territorial sino personal) sino que explica por qué tiene que producirse dicha exclusión: porque se están ejerciendo potestades públicas que, aunque delegada o dativamente, son en su origen de indudable naturaleza teleológica pública. Los poderes que tienen ciertas instituciones (y por ello se les excluye) son originariamente públicos. Y por esa configuración de naturaleza pública (inequívocamente superior) deben ser mantenidos al margen de las nuevas exigencias. Desde luego ello es así en el caso específico de los Colegios de Abogados.

Pero existe un tercer ámbito de exclusión contenido en el propio artículo 31 bis en su apartado segundo. Y aquí ya estamos avanzando en la hermenéutica del precepto, superada la estricta interpretación literal de las palabras (referida en los dos supuestos anteriores) en la consideración del contexto y los antecedentes de la nueva norma.

Cuando el apartado segundo del 31 bis se refiere al *“caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”* está perfilando, en la rotunda línea excluyente analizada en el apartado primero del precepto, aquéllos casos que pueden suscitar dudas en cuanto a su aplicación, por haberse revestido la Administración de una nueva capa de origen particular (la personificación jurídica privada) que supone acudir a una ficción (no se olvide que toda persona jurídica —y por supuesto las públicas— no es sino una ficción: nadie ha visto físicamente a la Administración del Estado o a una Comunidad Autónoma, nadie ha tomado un café con un Ayuntamiento o ha hablado con un Consorcio).

Pues bien, lo que el precepto quiere detallar es que, pudiendo haber acudido la Administración a la creación de una sociedad (porque ese es el ámbito natural al que prioritariamente la ley quiere dirigirse: a las sociedades privadas), incluso en tales supuestos y cuando se trate de la creación de

una sociedad mercantil pública (es decir y según la legislación de contratos del sector público: si mayoritariamente el control de la sociedad de capital está en manos públicas), si tiene por objeto ejecutar políticas públicas o prestar servicios de interés económico general, también en tales casos estará exceptuada de verse sometida a la nueva regulación del compliance.

Parece lógico y obvio aplicar, analógicamente, tales disquisiciones al caso de los Colegios Profesionales (y desde luego al caso de los Colegios de Abogados) para poder concluir —de modo natural y nada forzado— que también la aplicación de políticas públicas (por ejemplo la política pública de atención al turno de oficio) debe conllevar la exención en los casos —mucho menos extremos— de que no exista una personificación privada sino que, ab initio, lo que se postule desde la creación sea la natural atención de intereses generales, más allá de los estrictamente corporativos.

Podrá decírse nos, y será cierto, que quizás no todos los Colegios Profesionales pueden soportar este tercer fino tamiz del filtro de sus actividades por la estricta malla de los intereses públicos. Pero tampoco habrá nadie que pueda poner en duda que eso no ocurre en el caso de los Colegios de Abogados en particular, habida cuenta de los muy superiores intereses generales a los que atiende en buena parte de su actividad (y por los que disfruta de una privilegiada posición jurídica que goza incluso de respaldo constitucional). Sobre ello volveremos más adelante, por haberlo apuntado también algunos autores.

## **5. SINGULARIDADES DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS QUE ABONAN SU PERFIL DE ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL**

Tienen mucho que ver las invocadas singularidades con el hecho de que los Colegios Profesionales sean inicialmente asociaciones de personas físicas que comparten una profesión y que se unen para la mejor defensa y promoción de sus derechos e intereses. Y el Estado valora la utilidad de esas asociaciones hasta tal punto que los reconoce (en el artículo 36 de la Constitución misma) y respalda, atribuyéndoles funciones públicas y dotándoles de personalidad jurídica pública. La doble faz pública y privada de los Colegios profesionales es así reconocida.

La Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, reconoce en su art. 1 la personalidad jurídica de los Colegios Profesionales (“Los Colegios Profesionales son Corporaciones de derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y

plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”). Fue con ocasión de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2013 (y otras que le siguieron) donde se patentizó esta importancia por varias razones. El Constitucional se refiere precisamente a la esencia y razón de ser de la institución colegial, reiterando previas afirmaciones realizadas a lo largo de su existencia en otras resoluciones.

*“La institución colegial está basada en la encomienda de funciones públicas sobre la profesión a los profesionales, pues, tal y como señala el art. 1.3, son sus fines la ordenación del ejercicio de las profesiones, su representación institucional exclusiva cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados. La razón de atribuir a estas entidades, y no a la Administración, las funciones públicas sobre la profesión, de las que constituyen el principal exponente la deontología y ética profesional y, con ello, el control de las desviaciones en la práctica profesional, estriba en la pericia y experiencia de los profesionales que constituyen su base corporativa”.*

Es decir, el constituyente al redactar el artículo 36 de la Constitución y el legislador al desarrollarlo han atribuido conscientemente una serie de competencias públicas a los Colegios y no a las Administraciones públicas por razones esenciales de eficacia (conviene recordar que el principio de eficacia rige la actuación de la Administración y se recoge en el art. 103.1 de la propia Constitución) basadas en la *“pericia y experiencia de los profesionales que constituyen su base corporativa”*.

El carácter público del Colegio profesional viene determinado desde su creación, al requerir un plus sobre la voluntad asociativa de sus miembros —lo que resulta suficiente en otras instituciones de base corporativa— consistente en la intervención del poder legislativo en su creación a través de la promulgación de una Ley específica. Dicha Ley, que otorga personalidad jurídica al nuevo Colegio supone la publicación del ejercicio de una profesión —pasa a ser una profesión colegiada— y, sobre todo, otorga el monopolio al Colegio Profesional para ordenar el ejercicio de dicha profesión en el ámbito geográfico correspondiente.

Sin perjuicio de esta función pública, los Colegios profesionales tienen las atribuciones propias y naturales de las entidades de base corporativa, fundamentalmente la gestión de los intereses colectivos de sus miembros —en este caso, de los colegiados— que derivan del ejercicio de una profesión común. Y gozan —cuestión nada desdeñable— de una *“garantía institucional”* constitucionalmente asegurada (STS Sala 3ª, 31 de marzo de 2005) que deriva de la referida constitucionalización en el artículo 36 y que

se extiende no solamente a asegurar su existencia en términos de reconocibilidad sino también al reconocimiento de los Colegios como entes sociales de carácter representativo de base democrática.

Sorprendería en grado sumo que entidades que gozan constitucionalmente de una “*garantía institucional*” no formasen parte de la “*Administración institucional*” referida en el 31 quinquies del Código Penal.

De hecho se ha señalado por la jurisprudencia (por todas las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 7 de marzo y de 28 de febrero de 2011) que el perfil privado de los Colegios es más acentuado que el público, que no implica, entre otras cosas, que sus empleados sean funcionarios públicos, ni que sus finanzas se controlen por la Intervención del Estado, ni por el Tribunal de Cuentas, ni la Administración u otro poder público intervenga en su organización o dirección. Ahora bien, las funciones públicas podrán ser menos extensas que las privadas, pero son sin duda más complejas. Esta complejidad descrita apunta a la heterogeneidad de funciones y, por ende, a su consideración como Administración de base corporativa.

La complejidad de la institución de los Colegios Profesionales (y sin lugar a dudas de los Colegios de Abogados) se manifiesta con especial intensidad en el régimen de control jurisdiccional de sus actos, puesto que dependiendo de la naturaleza jurídica que presente la actuación colegial, la competencia podría radicar en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo o en el orden jurisdiccional civil, según se estén ejerciendo o no las funciones públicas que la ley estatal o autonómica les atribuye (o delega).

Ahora bien, que el perfil privado sea más acentuado, o que las funciones privadas sean más numerosas que las públicas no obsta para su consideración como personas jurídicas de Derecho público, ni tampoco para que las funciones esenciales o estructurales de los Colegios sean las públicas. Como dice algún autor señala “*la naturaleza administrativa y pública de la potestad disciplinaria colegial ofrece pocas dudas. La potestad disciplinaria es el paradigma de las potestades administrativas de supremacía especial.*”<sup>7</sup>

Pues bien, conectando de nuevo con las previsiones del Código Penal, parecería lógico que las imprecisiones terminológicas del Legislador no

---

<sup>7</sup> JIMÉNEZ SEGADO, C. “*La responsabilidad penal de los Colegios de Abogados*”. La Ley, N° 3362/2018.

podrían perjudicar, sino en todo caso beneficiar, a los afectados por ellas. Sin embargo, en este caso ha ocurrido justamente lo contrario.

Los Colegios son personas jurídicas de Derecho público. Se crean por Ley y tienen atribuidas funciones públicas directamente por la Ley o por las leyes, a pesar de que desarrollen otras sujetas a Derecho privado. Y especial consideración revisten aquellos Colegios que responden a un “*interés público esencial*”, lo que de por sí supondría una cualificada posición que, precisamente por ello, les inviste de una categoría singular que por ello ha de verse exenta de responsabilidad penal de la persona jurídica<sup>8</sup>.

A nuestro juicio (que nos alegra encontrar reforzado por otras cualificadas voces en sede doctrinal en lo que respecta precisamente a los Colegios de Abogados<sup>9</sup>), deberían encontrarse exentos de responsabilidad penal en toda su actividad porque el artículo 31 quinquies del Código Penal no distingue actividades o tipos de actividad, sino tipos de personas jurídicas. Y, en todo caso, al menos deberían reputarse inimputables en cuanto ejerzan potestades administrativas, como efectivamente hacen. No puede olvidarse que determinadas personas jurídicas de Derecho público, como son las Entidades Públicas Empresariales, sujetan toda su actividad al Derecho privado y se encuentran exentas.

Como hemos dicho en nuestros informes anteriores sobre el compliance, recuérdese que tampoco existe concepto legal de qué sea un modelo de prevención de riesgos penales. Aún queda por definir legal y jurisprudencialmente con precisión que se entiende por tal cosa. La mención del 31 bis del Código Penal a esos “*modelos de organización y gestión*” es genérica en grado sumo.

Tampoco la Circular 1/2016 de la Fiscalía constituye una fuente de derecho (menos aún en cuestiones que parecen contradecirse con lo que dijo

---

<sup>8</sup> JIMÉNEZ SEGADO, C. Op. Cit.: “*Las potestades administrativas que pudieran ejercer los colegios de administradores de fincas o de gestores administrativos, a diferencia de las ejercidas por los colegios de abogados, adolecerían de la nota fundamental de responder a un interés público esencial, y por tanto cabría considerar su responsabilidad penal como personas jurídicas.*”

<sup>9</sup> JIMÉNEZ SEGADO, C.: Op. Cit. Pp. “*En el caso de los Colegios de Abogados, teniendo en cuenta la redacción vigente del art. 31 quinquies, la aplicación del método casuístico conduce a declararlos personas jurídicas penalmente irresponsables, al constituir piezas claves de la administración de justicia y ejercer la potestad disciplinaria colegial.*”

la 1/2011 sin existir cambios en la redacción considerada<sup>10</sup>), y al margen de que suministre elementos de comprensión e interpretación del nuevo fenómeno. Y no podemos dejar de mencionar —siquiera de pasada, susceptible de desarrollo en otros lugares, dentro del sano ámbito de la libre crítica— que incluso alguno de tales elementos de interpretación (como es el caso de la aplicación de las exigencias de los planes de prevención a los Colegios Profesionales) constituyen opciones interpretativas más que discutibles por lo que pueden encerrar de incorrecta hermenéutica de la norma penal.

O puede quizás que lo que se está buscando por el Código Penal es que se ahonde en el terreno de la autorregulación con la excusa —nada despreciable— de la aplicación de la norma penal. A nadie se oculta que los modelos de prevención vienen a constituir —como mínimo— modelos de buenas prácticas corporativas absolutamente recomendables para el buen funcionamiento de las personas jurídicas. La función de compliance es en todo caso una función interna de la organización (aunque se pueda externalizar su elaboración o seguimiento), correspondiendo la responsabilidad última de supervisión de la correcta ejecución al órgano de administración (o a aquél otro órgano en que éste haya delegado)<sup>11</sup>.

La continua y decidida jurisprudencia del Tribunal Supremo (en su Sala 2ª de lo Penal) no deja lugar a dudas: en una reciente sentencia (316/2018, de 28 de junio de 2018) en la que condena a cuatro años de prisión al exad-

---

<sup>10</sup> Señala JIMÉNEZ SEGADO (Op. Cit.) como la primera Circular de la Fiscalía General del Estado propuso un método casuístico para analizar si las potestades administrativas que se otorgan al Colegio profesional al que se pretende exigir responsabilidad penal responden a un interés público esencial —que se traduce en la propia existencia del colegio y la obligación legal de pertenecer al mismo para ejercer una profesión, normalmente titulada-. Ese interés, señala el autor, “*resulta evidente en el caso de los colegios de abogados, y también en los de médicos o arquitectos, pero no está tan claro, y por tanto, existe la posibilidad de responsabilidad penal en los colegios de licenciados o graduados en filosofía, biología, políticas o sociología, entre otros muchos, ya sean de ámbito nacional o autonómico.*”. El autor critica que la segunda Circular de la Fiscalía se haya apartado de esta posición, “*en un texto que no ha sufrido alteración en este punto.*”.

<sup>11</sup> No se olvide que incluso se ha postulado recientemente la conveniencia de que se regule la profesión de compliance officer mediante un Real Decreto Ley que fijara las condiciones para acceder a tal cualificación profesional: MAGRO SERVET, V. “*Viabilidad de la pericial de compliance para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas.*”. La Ley, nº 9337, de 15 de enero de 2019.

ministrador de una empresa por un delito continuado de apropiación indebida y administración desleal, aconseja la implantación en las sociedades mercantiles de protocolos de buena gestión de obligado cumplimiento, o lo que es lo mismo, programas de cumplimiento normativo, para prevenir la comisión de este tipo de delitos y la posible derivación de la responsabilidad penal a la empresa. Porque solo de empresas (y no de corporaciones de derecho público) habla dicha sentencia<sup>12</sup>.

Se está incitando en todo caso, bien que coactivamente, a las empresas a que autoregulen sus comportamientos y den paso a un relevante cambio de perspectiva: son las claras alusiones de la Circular de la Fiscalía a la “*cultura ética empresarial*”, la “*cultura de respeto a la ley*” o la “*cultura de cumplimiento*”. Algunos han criticado que quizás se trate de fórmulas sencillas para pensar que se está impune. Del grado de rigor del plan y de su ejecución dependerá en mucho la evaluación penal de sus resultados, si llega el caso. Esta es una constante continuada en toda la jurisprudencia sobre la cuestión<sup>13</sup>.

Corolario de lo expuesto será el que, sin perjuicio de nuestra opinión de que los Colegios de Abogados estén excluidos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una razón de buena práctica colegial puede hacer recomendable dotarse de planes de prevención de riesgos penales con carácter voluntario y como saludable mecanismo de buen gobierno corporativo.

---

<sup>12</sup> Las menciones de la indicada sentencia a que “*ha sido pieza esencial en la reestructuración del buen gobierno corporativo de las sociedades que se implanten e implementen protocolos de buena gestión de los administradores de las sociedades mercantiles*”, la referencia a “*Códigos a seguir por los Administradores societarios*” o la especificación sobre “*el control interno en las empresas mediante la técnica anglosajona del compliance programé*” parecen no dejar a dudas sobre el carácter empresarial de los modelos de gestión de riesgos penales. Otras expresiones de la resolución jurisdiccional son clarísimas: “*una buena praxis corporativa en la empresa es la de implementar estos programas de cumplimiento normativo*”. Una vez más, solo se habla de empresas. Sobre todo cuando se invoca como fundamento adicional el artículo 225 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

<sup>13</sup> Puede verse la evolución jurisdiccional desde la sentencia STS 514/2015, de 2 de septiembre de 2015, seguida de las STS (Pleno) 154/2016, de 29 de febrero de 2016 y luego 221/2016, de 16 de marzo; 516/2016, de 13 de junio; 744/2016, de 6 octubre; 31/2017, de 26 enero; 121/2017, de 23 de febrero; 455/2017, de 21 de junio; 583/2017, de 19 de julio; 668/2017, de 11 octubre;

## 6. CONCLUSIONES

**Primera.**— Existen fundamentos jurídicos suficientes para considerar a los Colegios de Abogados exentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la forma señalada en el artículo 31 quinquies del Código Penal.

**Segunda.**— La interpretación literal, sistemática y teleológica del artículo 31 quinquies del Código Penal abona la tesis de que los Colegios de Abogados no se hallan sometidos a la nueva exigibilidad de responsabilidad penal corporativa, ideada conceptualmente para las entidades empresariales o de base asociativa ordinaria.

**Tercera.**— El hecho de que los Colegios de Abogados gocen constitucionalmente de una “*garantía institucional*” reafirma que deben hallarse naturalmente comprendidos entre las personas jurídicas excluidas señaladas en el 31 quinquies del Código Penal

**Cuarta.**— Sin perjuicio de lo anterior, una razón de buena práctica colegial puede hacer recomendable dotarse de planes de prevención de riesgos penales con carácter voluntario y como mecanismo de buen gobierno corporativo.



# Criterios de honorarios y transparencia

## (Informe 11/2018)

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. CARÁCTER DE LA FUNCIÓN COLEGIAL SOBRE APROBACIÓN DE CRITERIOS ORIENTATIVOS. 3. CRITERIOS ORIENTADORES Y TRANSPARENCIA. 4. CRÍTICA DE LA POSTURA DE LA CNMC. 5. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

La cuestión de los honorarios profesionales presenta numerosas aristas que dificultan un tratamiento unitario.

El interés primordial, como es evidente, es el de los propios profesionales de la Abogacía, al ser los honorarios la retribución de los servicios prestados. Pero también lo es para los Colegios de Abogados, en la medida en que han tenido tradicionalmente atribuidas diversas funciones en la materia —sobre alguna de ellas, en concreto, la actual previsión del artículo 5.o) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios profesionales, ya emitió esta Comisión Jurídica el informe n° 3/2014).

Esas funciones, en lo que aquí interesa, recibieron un nuevo tratamiento como consecuencia de la reforma de la Ley de Colegios profesionales por 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.

Esta Ley, también conocida como “Ley Ómnibus”, procedió en su artículo 5 a modificar e introducir nuevos artículos en la Ley 2/1974 en coherencia con la necesidad de trasponer a nuestro ordenamiento interno la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, siendo complemento de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ha incorporado.

En particular, el artículo 5 de la Ley 25/2009, en sus apartados catorce y diecisiete, introdujo un nuevo artículo 14 y una nueva disposición adicional cuarta en la Ley de Colegios profesionales, con el siguiente tenor:

*“Catorce. Se añade un nuevo artículo 14 con la siguiente redacción:*

*Artículo 14. Prohibición de recomendaciones sobre honorarios.*

*Los Colegios Profesionales y sus organizaciones colegiales no podrán establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales, salvo lo establecido en la Disposición adicional cuarta.*

*Diecisiete. Se añade una nueva Disposición adicional cuarta, con la siguiente redacción:*

*Disposición adicional cuarta. Valoración de los Colegios para la tasación de costas.*

*Los Colegios podrán elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados.*

*Dichos criterios serán igualmente válidos para el cálculo de honorarios y derechos que corresponden a los efectos de tasación de costas en asistencia jurídica gratuita”.*

La modificación implicó la desaparición de los clásicos baremos de honorarios profesionales de los Colegios de Abogados, para sustituirlos por unos criterios orientadores u orientativos a los “exclusivos efectos de la tasación de costas y jura de cuentas de los abogados”, criterios que serán igualmente válidos para la tasación de costas en asistencia jurídica gratuita.

El ámbito, por tanto, es notablemente más reducido que el de los clásicos baremos y se proyecta sobre la función que a los Colegios atribuye en su artículo 246 la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> Artículo 246. Tramitación y decisión de la impugnación.

1. Si la tasación se impugnara por considerar excesivos los honorarios de los abogados, se oírán en el plazo de cinco días al abogado de que se trate y, si no aceptara la reducción de honorarios que se le reclame, se pasará testimonio de los autos, o de la parte de ellos que resulte necesaria, al Colegio de Abogados para que emita informe.

2. Lo establecido en el apartado anterior se aplicará igualmente respecto de la impugnación de honorarios de peritos, pidiéndose en este caso el dictamen del Colegio, Asociación o Corporación profesional a que pertenezcan.

3. El Letrado de la Administración de Justicia, a la vista de lo actuado y de los dictámenes emitidos, dictará decreto manteniendo la tasación realizada o, en su caso, introducirá las modificaciones que estime oportunas.

Si la impugnación fuere 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.

Contra dicho decreto cabe recurso de revisión.

Contra el auto resolviendo el recurso de revisión no cabe recurso alguno.

4. Cuando sea impugnada la tasación por haberse incluido en ella partidas de derechos u honorarios indebidas, o por no haberse incluido en aquélla gastos debidamente justificados y reclamados, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado a la otra parte por tres días para que se pronuncie sobre la inclusión o exclusión de las partidas reclamadas.

función sobre la que el Tribunal Supremo (Auto de 2 de febrero de 2005, Rec.3454/1998, de la Sección 6ª de la Sala 3ª) ha declarado que “*el dictamen que ha de emitir el Colegio de Abogados, según lo dispuesto por el artículo 246 de la LEC, cuando los honorarios de un abogado han sido impugnados por excesivos, constituye una obligación impuesta por la Ley a aquél como Administración Corporativa, además de un trámite preceptivo para que el órgano jurisdiccional pueda pronunciarse con mayor conocimiento y mejor criterio acerca de la corrección de los expresados honorarios profesionales*”.

Por tanto, se trata de una obligación impuesta por la Ley a los Colegios de Abogados en cuanto Corporaciones de Derecho público. Sirva ahora dejar apuntado este dato, sobre el que se volverá más tarde al tratar de la caracterización de esta función en el conjunto de las que corresponden a los Colegios mencionados.

En cualquier caso, debe dejarse apuntado que los criterios orientadores aprobados por los Colegios de Abogados no constituyen una norma jurídica de obligada observancia para los órganos judiciales. No podrían serlo por una simple cuestión de rango, ya que la imposición de funciones a la Administración de Justicia y, en concreto, a los juzgados y tribunales, ha de hacerse por norma con rango de ley y que esa imposición a los cuerpos de la Administración de Justicia exige, cuando menos, norma de rango reglamentario dictada por la Administración competente —Consejo General del Poder Judicial, Administración general del Estado o Comunidades autónomas con competencias transferidas—. Pero tampoco podrían tener ese efecto, en la medida en que las funciones de las Corporaciones de Derecho público en general, y de los Colegios profesionales en particular, se proyectan hacia su ámbito subjetivo por excelencia, que es de los cole-

---

El Letrado de la Administración de Justicia resolverá en los tres días siguientes mediante decreto. Frente a esta resolución podrá ser interpuesto recurso directo de revisión y contra el auto resolviendo el recurso de revisión no cabe recurso alguno.

5. Cuando se alegue que alguna partida de honorarios de abogados o peritos incluida en la tasación de costas es indebida y que, en caso de no serlo, sería excesiva, se tramitarán ambas impugnaciones simultáneamente, con arreglo a lo prevenido para cada una de ellas en los apartados anteriores, pero la resolución sobre si los honorarios son excesivos quedará en suspenso hasta que se decida sobre si la partida impugnada es o no debida.

6. Cuando una de las partes sea titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita, no se discutirá ni se resolverá en el incidente de tasación de costas cuestión alguna relativa a la obligación de la Administración de asumir el pago de las cantidades que se le reclaman por aplicación de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

giados; es cierto que existen funciones —piénsese en la representación exclusiva de las profesionales o en la intervención en procedimientos de tramitación de disposiciones de carácter general que les afecten, entre otras muchas— que proyectan su eficacia frente a terceros, pero no lo hacen con el mismo carácter ni fuerza de obligar que aquellos que se les reconocen en su condición de Administraciones corporativas o Corporaciones sectoriales de base privada<sup>2</sup>.

Podría no obstante adoptarse un criterio diferente, consistente en atender a si la función otorgada por el legislador competente lo ha sido en atención no de la protección y la promoción de los intereses de la profesión y de sus miembros, cuanto de un fin distinto, pero igualmente merecedor de protección por medio de la acción colegial —o incluso susceptible de merecer una mejor o más alta protección—.

Piénsese, a estos efectos, en lo declarado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2013 (FJ 6º):

*“La institución colegial está basada en la encomienda de funciones públicas sobre la profesión a los profesionales, pues, tal y como señala el art. 1.3, son sus fines la ordenación del ejercicio de las profesiones, su representación institucional exclusiva cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios*

---

<sup>2</sup> La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 206/2019 de 20 de febrero de 2019, Rec. 1537/2016, recuerda que “*La doctrina de del Tribunal Constitucional es ya reiterada en lo que se refiere a la calificación jurídica de los Colegios Profesionales a partir de la STC 23/1984 (RTC 1984\23), en la cual, partiendo del pluralismo, de la libertad asociativa y de la existencia de entes sociales (partidos, sindicatos, asociaciones empresariales), se alude a la de otros entes de base asociativa representativos de intereses profesionales y económicos (artículos 36 y 52 C.E.), que pueden llegar a ser considerados como Corporaciones de derecho público en determinados supuestos. La STC 123/1987 (RTC 1987\123) se hace eco de esa doctrina y afirma su consideración de corporaciones sectoriales de base privada, esto es, corporaciones públicas por su composición y organización que, sin embargo, realizan una actividad en gran parte privada, aunque tengan delegadas por la ley funciones públicas, lo que le lleva a afirmar que los Estatutos del Colegio constituyen una norma de organización ajena a la libertad de asociación de que se trata el art. 22 de la C.E. Y, en fin, la STC 20/1988, de 18 de febrero (RTC 1988\20), reitera esta calificación y configura los Colegios Profesionales como personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho público cuyo origen, organización y funciones no dependen sólo de la voluntad de los asociados, sino también, y en primer término, de las determinaciones obligatorias del propio legislador, añadiendo que el sentido del art. 36 de la Constitución no es otro que el de singularizar a los Colegios Profesionales como entes distintos de las asociaciones que puedan libremente crearse al amparo del art. 22, remitiendo la Constitución a la Ley para que ésta regule las peculiaridades de aquéllos”.*

*de los servicios de sus colegiados. La razón de atribuir a estas entidades, y no a la Administración, las funciones públicas sobre la profesión, de las que constituyen el principal exponente la deontología y ética profesional y, con ello, el control de las desviaciones en la práctica profesional, estriba en la pericia y experiencia de los profesionales que constituyen su base corporativa. Por ello, al contrario de lo afirmado por las partes, la expresión «sin perjuicio de la competencia de la Administración pública por razón de la relación funcional», no contiene una exclusión del régimen de colegiación obligatoria de los funcionarios públicos sino, al contrario, una cautela dirigida a garantizar que el ejercicio de las competencias colegiales de ordenación de la profesión que se atribuyen, en exclusiva, a los colegios profesionales y, por tanto, a los propios profesionales, no desplaza o impide el ejercicio de las competencias que, como empleadora, la Administración ostenta sin excepción sobre todo su personal, con independencia de que éste realice o no actividades propias de profesiones colegiadas. Una cautela especialmente necesaria en cuanto que la función de ordenación del ejercicio de la profesión que se atribuye a los colegios profesionales en el artículo 1.3, no se limita al «ejercicio libre» de la profesión, sino que se extiende «al ejercicio de la profesión» con independencia de que se realice por cuenta propia o ajena”.*

Este extracto permite advertir, de una parte, que la atribución por el legislador de determinadas funciones públicas a los Colegios profesionales radica en la oportunidad y acierto de hacerlo por la “pericia y experiencia de los profesionales que constituyen” la base corporativa misma de los Colegios profesionales. Y, de otra parte, se considera que la atribución de alguna de esas funciones a los Colegios —como es singularmente “la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados”— no lo es tanto por ser una “función pública sobre la profesión” que se atribuye a los propios profesionales por la apuntada razón, sino que se trata de un fin esencial de los Colegios profesionales que puede calificarse de específico y autónomo con respecto a los típicos y tradicionales fines colegiales. Quiere con ello decirse que en realidad la atribución de ese fin esencial de protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados, debe conectarse con la función colegial —artículo 5.1.a)— y del Consejo General —artículo 9.1.a)— consistente en llevar a cabo “Cuantas funciones redunden en beneficio de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados”.

Esta redacción, incluye, como es obvio, el ejercicio, en su caso, de toda acción dirigida a dicha protección, redacción que solo ya de modo indirecto o tangencial podría considerarse como una función pública atribuida a los Colegios “sobre la profesión a los profesionales”.

Desde esta aproximación a las funciones colegiales, cabe abordar la cuestión de los criterios orientativos de la disposición adicional cuarta de la Ley de Colegios profesionales; no sin antes apuntar que no se limitan las

funciones colegiales a las previstas en la Ley 2/1974, pues también cabe que el ordenamiento las reconozca —o atribuya, por mejor decir— en otros instrumentos normativos, ya sea, como es el caso de los Colegios de Abogados, y sin ánimo exhaustivo, en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la Ley 1/1996, de 15 de enero, de asistencia jurídica gratuita o la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (artículo 20).

Este dato permite cuestionar que el despliegue concreto de las funciones colegiales haya de ser entendido solo como el reflejo de lo que prevé la legislación propia de estas corporaciones, pues caben, y así lo demuestra el ordenamiento, que extramuros de esa legislación, aunque en muchas ocasiones con ella conectada, se encuentren previsiones concretas de funciones encomendadas a los Colegios. Y entre esas funciones, también las hay que pueden considerarse públicas. Es más, las Administraciones Públicas pueden encomendar a los Colegios de Abogados el desarrollo de actividades concretas por medio del oportuno convenio, por ejemplo, cuestión que no es objeto del presente informe, pero que será analizada por la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, la expresión “funciones públicas” no ha de entenderse en el estricto sentido de funciones atribuidas por el legislador a los Colegios profesionales “sobre la profesión” —ordenación y deontología profesional como funciones públicas por antonomasia—, sino que puede extenderse a aquellas otras funciones que pudiendo ser ejercidas por la Administración se atribuye o se encomienda su ejercicio y despliegue a los Colegios profesionales por razón de su especial y específica cualificación y competencia (es decir, la pericia y experiencia profesionales de la que habla la citada STC 3/2013).

Llegados a este punto, cabe ya preguntarse por la función consistente en la posible aprobación por los Colegios de la Abogacía de los criterios orientativos de la disposición adicional cuarta de la Ley de Colegios profesionales.

## **2. CARÁCTER DE LA FUNCIÓN COLEGIAL SOBRE APROBACIÓN DE CRITERIOS ORIENTATIVOS**

Si, como se ha indicado, los Colegios están facultados por el legislador para aprobar los referidos criterios —en el estricto ámbito que marca la disposición adicional cuarta de la LCP—, cabe preguntarse si esta función

es pública o es privada, teniendo en cuenta la precisión anterior sobre el alcance de la expresión “funciones públicas”.

Desde esta perspectiva, es discutible que una facultad que se atribuye por el legislador a los Colegios calificada como de “valoración” por estos “para la tasación de costas” (a “los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados”, establece en su primer párrafo la reiterada disposición adicional cuarta, añadiendo en el segundo “Dichos criterios serán igualmente válidos para el cálculo de honorarios y derechos que corresponden a los efectos de tasación de costas en asistencia jurídica gratuita”) pueda considerarse una función “privada”, en el sentido de proyectarse sobre la exclusiva relación entre colegiados y Colegio —como lo es por ejemplo la relación de pago de la cuota colegial o lo son las cuestiones atinentes a la gestión del patrimonio colegial—.

Si no es función de orden privado habrá de serlo de otro carácter.

A este respecto, interesa destacar que esos criterios, de elaborarse por los Colegios de Abogados, lo son para atender a los requerimientos legalmente previstos y procedentes de los órganos competentes de la Administración de Justicia. Ese es el sistema que prevé el ya citado artículo 246 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de tasación de costas:

*“1. Si la tasación se impugnara por considerar excesivos los honorarios de los abogados, se oír a en el plazo de cinco días al abogado de que se trate y, si no aceptara la reducción de honorarios que se le reclame, se pasará testimonio de los autos, o de la parte de ellos que resulte necesaria, al Colegio de Abogados para que emita informe”.*

En relación con esta intervención y este precepto, cabe ahondar ahora en algunos pronunciamientos jurisdiccionales en la materia:

- La Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3<sup>a</sup>, en Sentencia de 24 de febrero de 2011, Rec. 45/2009, declara sobre esa intervención colegial que, *“aunque se trata de un organismo de carácter corporativo, el mismo está dotado de una indudable cualificación técnica en la emisión de informes de esta naturaleza, pues cumple funciones públicas, lo cual presupone una independencia e imparcialidad para merecer que sus juicios puedan servir de criterio a la hora de que los Tribunales deban pronunciarse sobre estas cuestiones, aunque no resulten vinculados por los mismos”*.
- En los mismos términos se pronunció ya la Sentencia de su Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2<sup>a</sup>, de 22 de enero de 2009, Rec. 78/2004.

- La Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, en Sentencia 399/2014, de 21 de julio de 2014, Rec. 495/2013, recordaba que *“ya hemos afirmado en alguna ocasión que rige el principio de libre determinación de la remuneración de los servicios jurídicos prestados por un letrado, sin que tengan carácter vinculante las normas del Colegio de Abogados correspondiente, por ser meramente orientadoras (Sentencia 314/2013, de 17 de mayo). Este principio ha quedado reforzado con la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que traspone la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, que prohíbe toda “restricción a la libertad de precios, tales como tarifas mínimas o máximas o limitaciones a los descuentos” [art. 11. g)]. Y por 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, que introduce un nuevo art. 14 a la Ley de 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, según el cual “(l) os Colegios Profesionales y sus organizaciones colegiales no podrán establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales, salvo lo establecido en la Disposición Adicional Cuarta”. Esta disposición adicional justifica la existencia de los baremos orientativos para la tasación de costas y la jura de cuentas.*

*ii) Y en el segundo caso (tasación de costas), es reiterada la doctrina de esta Sala de que “en materia de impugnación de los honorarios de Letrado por excesivos, debe atenderse a todas las circunstancias concurrentes, tales como trabajo realizado en relación con el interés y cuantía económica del asunto, tiempo de dedicación, dificultades del escrito de impugnación o alegaciones, resultados obtenidos, etc., sin que por tanto sean determinantes por sí solos ni la cuantía ni los criterios del Colegio de Abogados, precisamente por ser éstos de carácter orientador” [Auto de 12 de abril de 2011 (recurso núm. 1018/2008)].*

*Como también recordábamos en el Auto de 25 de septiembre de 2012 (recurso núm. 4611/2000), con cita de los anteriores Autos de 8 de noviembre de 2007 y de 8 de enero de 2008, “no se trata de predeterminar, fijar o decidir cuáles deben ser los honorarios del letrado de la parte favorecida por la condena en costas, ya que el trabajo de éste se remunera por la parte a quien defiende y con quien le vincula una relación de arrendamiento de servicios, libremente estipulada por las partes contratantes, sino de determinar la carga que debe soportar el condenado en costas respecto de los honorarios del letrado minuyente (...).” De tal forma que “la minuta incluida en la tasación debe ser una media ponderada y razonable dentro de los parámetros de la profesión, no*

*solo calculada de acuerdo a criterios de cuantía, sino además adecuada a las circunstancias concurrentes en el pleito, el grado de complejidad del asunto, la fase del proceso en que nos encontramos, los motivos del recurso, la extensión y desarrollo del escrito de impugnación del mismo, la intervención de otros profesionales en la misma posición procesal y las minutas por ellos presentadas a efectos de su inclusión en la tasación de costas, sin que, para la fijación de esa media razonable que debe incluirse en la tasación de costas, resulte vinculante el preceptivo informe del Colegio de Abogados”.*

El Tribunal Supremo, en definitiva, ha entendido que la intervención colegial es preceptiva pero no vinculante para la Administración de Justicia; como precisa el Auto de 14 de marzo de 2018, Rec.nº.7174, de la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, Sección 7ª, “*Las normas corporativas sobre honorarios profesionales recomendados y los informes previstos en el artículo 246.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tienen carácter orientador. Son, sin duda, un instrumento muy valioso para evaluar económicamente el trabajo profesional del Letrado y, también, para juzgar sobre el cálculo efectivamente realizado al elaborar su minuta cuando ésta sea impugnada, pero no vinculan a la Sala”.*

Esa caracterización de la preceptiva intervención colegial como “instrumento muy valioso” para el adecuado ejercicio por la Administración de Justicia de sus potestades en materia de tasación de costas permiten afirmar, sin lugar a equívocos, que la función colegial coadyuva al buen funcionamiento de la Administración de Justicia, caracterizada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en la legislación como una razón imperiosa de interés general (considerando 40 de la Directiva 2006/123); y también lo hace para la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios (artículo 3.11 de la Ley 17/2009, donde se caracteriza esta protección como otra razón imperiosa de interés general).

Esta relación es la que ha llevado al Consejo General de la Abogacía Española a defender la aplicación a la función de aprobación de criterios orientadores de la Ley

### **3. CRITERIOS ORIENTADORES Y TRANSPARENCIA**

Como ha sostenido el Consejo General, cabe sostener la aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, a esta concreta actividad.

El punto de partida, sin duda, lo conforma su artículo 2, que incluye en el ámbito subjetivo de aplicación de su Título I (Transparencia de la actividad pública) a

*“e) Las corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo”.*

Es decir, que solo a este género de actividades le serán aplicables las normas de publicidad activa (Capítulo II del Título I) y las relativas al derecho de acceso a la información pública (Capítulo III del Título I).

Para el Consejo General, es discutible que algunas de las previsiones de ese Capítulo II no sean aplicables a las funciones colegiales y en particular a la de aprobación de los reiterados criterios.

Así, el artículo 5 (“Principios generales”) dispone:

*“1. Los sujetos enumerados en el artículo 2.1 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”.*

Entre esos sujetos del artículo 2.1 se encuentran, según ha sido indicado, los Colegios profesionales en cuanto Corporaciones de Derecho público. Y puede deducirse que “*la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública*” incluye la actividad consistente en la aprobación de criterios, en la medida en que su publicidad —la transparencia perseguida por este precepto— es relevante para garantizar el control de su actuación pública.

Esta afirmación puede precisarse en el sentido de que la actuación colegial relativa a los criterios forma parte del elenco de funciones de los Colegios que se insertan entre las atribuidas por el legislador por tratarse de entidades especialmente cualificadas para su realización, a las que, por ello, se les encomienda emitir un informe preceptivo al efecto. La función de aprobación de criterios a la que nos hemos referido es una función que, en su caso, podría ejercerse por las Administraciones Públicas —piénsese en el arancel de los Procuradores— o incluso por la Administración de Justicia —existen ejemplos de aprobación de cantidades a tener en cuenta en atención a la actuación desplegada en cada tipo de proceso aprobadas por órganos jurisdiccionales—.

En el primero de esos casos, es evidente que se aplicaría la Ley 19/2013 a esa concreta actividad administrativa de aprobación de criterios; en el se-

gundo, de aprobación por órganos jurisdiccionales, sería público el acuerdo en el que se adoptaran.

No parece admisible sostener que si esos mismos criterios se aprueban por un Colegio de la Abogacía, no pueden ser objeto de publicidad. Si el legislador faculta a los Colegios en esta materia es por su especial pericia y experiencia —base de la atribución de funciones públicas—, no por ser personas jurídicas de base subjetiva profesional. Esto es, no se les atribuye esta facultad por ser estructuras asociativas profesionales, sino en su faceta de Corporaciones sectoriales de base privada.

En la misma línea de razonamiento, cabe interpretar el artículo 6.1 de la Ley 19/2013 (“Información institucional, organizativa y de planificación”):

*“1. Los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de este título publicarán información relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les sea de aplicación así como a su estructura organizativa”.*

Esta obligación de publicación no puede —o no debería poder— limitarse a la transcripción meramente informativa de “las funciones que desarrollan” los sujetos incluidos en la relación del artículo 2.1 de la propia Ley 19/2013. Decir que las funciones “son las que son” es tanto —o tan poco— como remitir, en el caso de las Administraciones públicas, por ejemplo, al ordenamiento jurídico en su conjunto, al que someten toda su actuación. La obligación de publicación debe concretarse en la expresión de la forma en que dichas funciones se ejercitan, lo que en el caso que nos atañe implica la publicación de los concretos criterios aprobados, en su caso, por un Colegio de Abogados.

Desde la perspectiva no ya de publicidad activa, a la que se refieren los citados preceptos, sino desde la del acceso a la información pública (artículos 12 y siguientes de la Ley 19/2013), es igualmente muy discutible que pueda un Colegio de Abogados negar el acceso al específico tipo de información pública que constituyen los Criterios. La lectura del artículo 13 permite incluir en el concepto de información pública a los criterios y la del artículo 14, por el contrario, no permite invocar en contra del derecho de acceso los límites que ese precepto regula; antes bien, alguno de esos límites —como el de la garantía de la tutela judicial efectiva— parece propender a la concesión del acceso que pudiera solicitarse a los criterios.

En suma, se considera que existen datos suficientes en la Ley 19/2013 para incluir los criterios tanto en las reglas de transparencia activa, como en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

#### 4. CRÍTICA DE LA POSTURA DE LA CNMC

En su resolución (Expte. S/DC/0587/16 COSTAS BANKIA) de 8 de marzo de 2018, por la que se sancionó a nueve Colegios de Abogados por las infracciones consistentes en recomendaciones de precios mediante la elaboración, publicación y difusión de baremos de honorarios, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC argumentó del siguiente modo en cuanto a la alegación por algunos de los Colegios de Abogados acerca de la aplicación a la materia de la Ley 19/2013:

*“4.1.3 Sobre la aplicación de la normativa de transparencia*

Algunos Colegios de Abogados, como el ICAB, ICAAVILA y el ICAS (folios 10490 a 10494), alegan que la publicación de los “Criterios Orientadores” resulta ajustada a Derecho en la medida en que se considera aplicable la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (Ley de Transparencia).

Sin embargo, esta conducta no resulta avalada por la Ley de Transparencia, pues esta norma, en primer lugar, dispone en su artículo 2 que se aplicará a las Corporaciones de Derecho Público, sí, pero “en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo” y, en segundo lugar, su artículo 5 indica que habrá de publicarse aquella información “relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública”.

Sobre este último extremo se pronunció el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en su Resolución de 22 de septiembre de 2016:

*“3 Este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ya ha tenido ocasión de tratar la aplicación de la LTAIBG (RCL 2013, 1772) a las corporaciones de derecho público, como son los Colegios Profesionales.*

Así, en la Resolución dictada con fecha 30 de marzo en el expediente de reclamación con núm. de expediente R/0080/2016, el Consejo se pronunciaba en los siguientes términos:

*La LTAIBG establece en su artículo 2 establece el denominado Ámbito subjetivo de aplicación de la norma, incluyendo, en su apartado 1 e) a las Corporaciones de Derecho público en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo. Igualmente, el apartado 2 del mismo artículo 2 señala que se entiende por Administraciones Públicas los Organismos y entidades incluidas en las letras a) a d) del apartado anterior. En consecuencia, las Corporaciones de Derecho público no se deben considerar, a efectos de la LTAIBG, como Administración Pública y la norma le es de aplicación sólo en sus actividades sujetas a derecho administrativo.*

*Atendiendo al caso que nos ocupa, el CONSEJO GENERAL tiene la consideración jurídica de Corporación de Derecho público, por lo que solamente sus actuaciones*

sometidas a Derecho Administrativo deben considerarse incluidas dentro del ámbito de aplicación de la LTAIBG.

(...)

Según se desprende del tenor literal de los preceptos de la LTAIBG acabados de reseñar, resulta determinante para pronunciarse sobre la reclamación planteada delimitar qué se entiende por “actividades sujetas a Derecho Administrativo”, en tanto y cuanto se trata del presupuesto de hecho que ha previsto el legislador para la efectiva aplicación a las entidades corporativas de la reiterada Ley 19/2013, de 9, de diciembre.

En atención a esta premisa, cabe comenzar señalando que los Colegios Profesionales, tal y como ha destacado el Tribunal Constitucional, tienen una naturaleza mixta o bifronte. Esta doctrina aparece sistematizada en la STC 89/1989, de 11 de mayo (RTC 1989, 89) —reiterada en pronunciamientos posteriores, como la STC 3/2013, de 17 de enero (RTC 2013, 3), F.J. 5 (...)

Asimismo, del conjunto de funciones que tienen encomendadas los Colegios Profesionales por el artículo 5 de la 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, sólo pueden considerarse como públicas una parte del total que desempeñan, esto es, aquellas funciones que el Estado encomienda o delega en estos entes —p.ej. representación y defensa de los intereses del sector ante las diferentes Administraciones con competencias en la materia; la regulación de la profesión; la colaboración de estas Corporaciones con las Administraciones públicas para el ejercicio de funciones relacionadas con el sector; las funciones que le haya podido delegar la Administración, etc.—, dado que el resto son funciones dirigidas al interés particular.

De este modo, se puede sostener que sólo el ejercicio de dichas funciones públicas es el que se sujeta a Derecho Administrativo y, en concreto, a la legislación sobre procedimiento administrativo y, además, sólo los actos dictados en el cumplimiento de tales funciones públicas que tienen atribuidas los Colegios son susceptibles de recurso contencioso-administrativo.

(...)

Por su parte, el Tribunal Supremo, en Sentencia dictada por su Sala Tercera de fecha 18 de julio de 2008 (RJ 2008, 3454) indicaba que (...) constituye actividad colegial administrativa sujeta al posterior control jurisdiccional contencioso-administrativo: a) La colegiación obligatoria (STC 194/98 (RTC 1998, 194)); b) Todo su régimen electoral; c) El régimen disciplinario; d) El visado colegial de los trabajos profesionales de los colegiados, cuando así lo exijan los respectivos Estatutos; e) El régimen de recursos contra los actos administrativos dictados por los distintos órganos colegiales, en el ámbito de sus competencias, respecto de sus colegiados” (...).”

Esto es, ni el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ni el Tribunal Supremo contemplan en ningún momento que la fijación de honorarios, y mucho menos su publicación, entre dentro de lo que se consideran actuaciones de los Colegios Profesionales sometidas a Derecho Administrativo. No puede afirmarse, pues, que la Ley de Transparencia les resulte aplicable en este aspecto.

Pero es que, además, el Título I de la Ley de Transparencia entró en vigor al año de la publicación de esta norma en el BOE, es decir, el 10 de diciembre de 2014 (según su disposición adicional novena) y ha de tenerse en cuenta que todos los documentos publicados fueron aprobados en fecha anterior a ésta (...).

Algunos Colegios afirman en sus alegaciones que esta publicidad obedece a un criterio de seguridad jurídica e información a consumidores y usuarios —lo que no hace

*sino corroborar la conformidad de los Colegios con la difusión de los baremos—. Sin embargo, no sólo ninguna norma avala la publicidad de los mal llamados “criterios orientadores” —como ya se ha visto en el apartado anterior de la presente Resolución— sino que el propio órgano instructor ha corroborado, algunos Colegios han confirmado y aun a fecha de redacción de la presente Resolución, otros Colegios tienen disponible el acceso a los honorarios en la zona privada de sus webs, accediéndose a ellos mediante usuario y contraseña”.*

Según este apartado de la resolución sancionadora, y el criterio recogido del Consejo de Transparencia, la función de aprobación de criterios es una función “dirigida al interés particular”; por todo lo ya expuesto, no puede compartirse que la función colegial consistente, conforme a la pericia y experiencia corporativa y profesional, en la aprobación de criterios orientadores que permitan, en cada caso concreto, emitir el informe exigido por la legislación procesal civil para coadyuvar al buen funcionamiento de la Administración de Justicia en su vertiente de tasación de costas y jura de cuentas, merezca tal calificación.

Y en cuanto a la postura que se dice mantiene el Tribunal Supremo, huelga todo comentario desde el momento en que la CNMC selecciona una sentencia de 2008, anterior a la reforma de la Ley de 1974 por la Ley 25/2009, que introdujo en aquella la tan reiterada disposición adicional cuarta. Cabe destacar, frente a una alegación de este género, que por ejemplo en la Ley de Cataluña 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales, en particular en el Capítulo II (“Funciones de los colegios profesionales”) de su Título V, se incluye el artículo 39, dedicado a las “Funciones públicas de los colegios profesionales”, entre las que se incluye en su letra k) la de “*Informar en los procesos judiciales y administrativos en los que se discutan cuestiones relativas a honorarios y aranceles profesionales*”.

O que el Tribunal Supremo ha admitido la legitimación del Consejo General de la Abogacía Española para impugnar, en aras de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados (artículo 1.3, en conexión con los artículos 5.a) y 9.1.a) de la LCP), los Acuerdos de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial sobre especialización de juzgados en los asuntos denominados de cláusulas suelo; así resulta de la STS de 22 de octubre de 2018, Rec. 482/2017, frente a lo resuelto en la STS de esa misma fecha, Rec. 495/2017, sobre el recurso interpuesto contra el mismo Acuerdo de 25 de mayo de 2017, por el Consejo Andaluz de Colegios de Abogados, en el que la Sección 6ª de la Sala 3ª declaró:

*“En definitiva, como bien pone de manifiesto el sr. abogado del Estado, lo que ha hecho el Consejo colegial autonómico aquí recurrente es articular una acción en defensa de la legalidad abstracta, por encima y al margen de su legítimo ámbito de actuación definido en sus estatutos; y no estando reconocida en este ámbito la acción popular, forzoso resulta concluir que carece de legitimación. por lo que el recurso ha de ser inadmitido (lo cual a su vez determina la improcedencia de entrar al estudio de las cuestiones de fondo planteadas en la demanda).*

*Por lo demás, esta Sala y Sección ha deliberado en la misma fecha el recurso contencioso-administrativo nº 482/2017, promovido contra el mismo Acuerdo del CGPJ por el Consejo General de la Abogacía (y en el que se sostienen argumentos impugnatorios en buena parte coincidentes con los que ahora ha sostenido el Consejo Andaluz); recurso, este, en el que ni se ha planteado por la demandada ni esta Sala ha introducido de oficio ninguna cuestión relativa a la falta de legitimación de la ahí recurrente; pero ello responde al matiz muy relevante de que el Consejo Nacional de la Abogacía ostenta el ámbito nacional de actuación que precisamente no tiene el Consejo Andaluz aquí recurrente”.*

Por consiguiente, la postura expresada por la CNMC en el apartado 4.1.3 de su resolución sancionadora no se comparte, entendiendo que hay sólidos motivos para defender justo la postura contraria, esto es, de aplicación a la función de aprobación de criterios de la Ley 19/2013, en los términos expuestos.

Puede completarse este razonamiento con alguna reflexión adicional sobre el apartado anterior de dicha resolución (4.1.2), en el que la CNMC examinó la cuestión de la “Publicación y difusión de los Criterios de Honorarios”. Decía la resolución:

*“Los Colegios reconocen en sus alegaciones que uno de los objetivos de los llamados ‘criterios’ es cumplir con lo dispuesto en la LEC en relación con la elaboración de informes en la impugnación de tasación de costas o jura de cuentas. Esta función colegial relativa a la emisión de informes a petición judicial ya ha sido examinada por esta Sala en anteriores resoluciones, como en la Resolución de 23 de julio de 2015, SACAN/31/2013 Honorarios Profesionales Colegio Abogados de Las Palmas), a la que también se remiten las Resoluciones de esta Sala de Competencia de 15 de septiembre de 2016, Expedientes SAMAD/09/2013 Honorarios Profesionales ICAM y SAMAD/09/2013 Bis Honorarios Profesionales ICAAH, señalando que “La ley únicamente prevé el pronunciamiento del Colegio respecto a honorarios profesionales a petición judicial, para lo que sí se permite contar con una serie de criterios (nunca baremos) orientativos” (énfasis añadido). En este sentido, la actuación del Colegio no solamente no se ha ajustado a la LCP al haber aprobado baremos y no criterios, sino que, así mismo, se ha extralimitado en el alcance que ha dado a dichos baremos o mal llamados criterios, puesto que de la Disposición Adicional 4ª no se deduce, en ningún caso, que los abogados deban usar los criterios que los colegios tienen para elaborar los citados informes”.*

Aquí la Sala deduce de una norma lo que no dice; recordemos que la disposición adicional cuarta en su párrafo primero establece que “*Los Colegios podrán elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados.*”

En ningún momento se prevé en el ordenamiento que los criterios orientativos hayan de ser secretos para los colegiados, que es lo que la CNMC afirma sin margen alguno de duda; tampoco en el ordenamiento se establece que no quepa darles publicidad, en forma general o puntual, con arreglo a las ya expuestas previsiones de la Ley 19/2013.

Pero la CNMC ahonda en la idea en los siguientes términos:

*“Por todo ello la Sala considera que la publicación o difusión de los denominados “Criterios Orientadores” de los nueve Colegios de Abogados imputados constituye una medida ilegal, claramente innecesaria y desproporcionada para el cumplimiento de los objetivos previstos en la disposición adicional cuarta de la LCP. La legislación vigente no apoya la tesis de que unos criterios orientativos, que no son tales, sino baremos, deban ser puestos en conocimiento de los abogados para que éstos los empleen en la determinación de las eventuales costas de la parte contraria. Ni tampoco para el resto de ciudadanos, como se expone a continuación, a pesar de que los nueve Colegios defiendan lo contrario.*

*Esta divulgación de los mal denominados “Criterios Orientativos” constituye una infracción del artículo 1 de la LDC. Así lo ha venido reconociendo esta CNMC, al igual que su predecesora, la CNC. De este modo, como ya expuso esta última en su Informe sobre Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva de Servicios (2012) y han reiterado posteriores Resoluciones de esta Sala de Competencia (Resoluciones de 5 de septiembre de 2016, Expedientes SAMAD/09/2013 Honorarios Profesionales ICAM y SAMAD/09/2013 Bis Honorarios Profesionales ICAAH), en el caso en el que se confeccionen criterios orientativos a efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados, los Colegios deben tener especial cuidado en no hacerlos públicos, pues en caso contrario se constituyen en medidas que restringen la capacidad de los profesionales para fijar de forma independiente sus precios (...).”*

La CNMC, de nuevo, presume sin prueba el resultado de la aprobación de los Criterios y su conocimiento por los colegiados.

Y prosigue:

*“Resulta evidente, tal y como dispone la LEC y se desprende de la Ley Ómnibus, que el Colegio debe limitarse a informar a los órganos judiciales de la aplicación de los criterios a cada caso concreto, éstos deben ser sus únicos destinatarios. En el caso de la tasación de las costas, corresponde al Letrado de la Administración de Justicia proceder a dicha tasación, tal y como recogen los artículos 241 y siguientes de la LEC. El Colegio debe limitarse, pues, a emitir el informe correspondiente y remitirlo al citado Letrado, que será quien finalmente decida sobre el mantenimiento de la tasación realizada o su modificación. Por tanto, el hecho de que la LEC únicamente prevea la intervención del Colegio en relación con las impugnaciones de los honorarios de los abogados en un pleito judicial, en cuyo caso deberá emitir informe que, además,*

*no resulta vinculante (STS de 18 de diciembre de 2013, nº 769/2013 de la Sala de lo Civil), no pueden aceptarse las alegaciones de los Colegios en relación con que la publicación de los Criterios de honorarios no constituye una infracción de la LDC.*

*En la medida en que sólo los Letrados de la Administración de Justicia son los únicos destinatarios del informe del Colegio de Abogados correspondiente, la publicación de dichos criterios, dirigida a los colegiados o a los propios ciudadanos, como algunos Colegios llegan a afirmar, no encuentra acomodo normativo alguno”.*

Una vez más, la CNMC afirma que la aprobación de los criterios es una función colegial reservada —la única en realidad—, en el sentido de ser inaccesible a los colegiados y a los particulares.

Y añade:

*“Dado que la LEC únicamente prevé la intervención del Colegio en relación con las impugnaciones de los honorarios de los abogados en un pleito judicial y que la referencia a “elaborar criterios orientativos” a la que alude la disposición adicional cuarta de la LCP no lleva aparejada la publicación o difusión de los mismos, asociada a la práctica llevada a cabo por los nueve Colegios imputados, no pueden aceptarse las alegaciones de los Colegios de Abogados que rechazan que la publicación de los “Criterios Orientativos” constituya una recomendación colectiva de precios.*

*En relación con ello, esta Sala entiende, por tanto, que la publicación de “Criterios Orientadores”, que constituyen auténticos baremos o listados de precios, no constituye ni un medio necesario ni proporcionado para el cumplimiento de los objetivos previstos en la disposición adicional cuarta de la LCP, es decir el asesoramiento a los órganos judiciales en los procesos de tasación de costas y jura de cuentas. Ello es así, en primer lugar, porque la publicación o difusión de dichos criterios alcanza un ámbito generalizado que excede a los órganos judiciales a los que deberían ir destinados, pero además la generalidad y el carácter omnicomprendivo de los “Criterios Orientadores” publicados impiden que se ajusten a la casuística de cada procedimiento judicial concreto en el que deban aplicarse, lo que obliga a su necesaria individualización a realizar en cada caso que se deba informar.*

*Asimismo, la difusión realizada por los Colegios de estos baremos entre todos los colegiados mediante su publicación en la página web del Colegio no ha podido dejar de influir decisivamente en la determinación de los honorarios de los abogados, no sólo a los efectos de tasación de Costas y Jura de Cuentas, sino sobre los honorarios negociados con los clientes y cobrados por los abogados por sus servicios. Prueba de ello es que los propios Colegios, a excepción del ICAS y ICASCT, disponen de un acceso privado a los mismos. La existencia de baremos, esto es, listados de precios para cada actuación, hace que todos ellos asignen un precio en euros a cada actuación concreta, lo que tiende a homogenizar los honorarios cobrados por todos a la hora de tasar las costas. Desde esta perspectiva, los criterios actúan como un punto del que parten o hacia el que convergen todos los honorarios, homogeneizándolos y eliminando la lógica y deseable dispersión que resultaría de un sistema libre en el que cada profesional cobra en función de su esfuerzo, capacidad o experiencia”.*

En este punto cabe entender que la CNMC confunde los criterios orientativos con la libre negociación de honorarios; aquellos están pensados en

torno a la tasación de costas y los honorarios en el libre pacto entre las partes. Son ámbitos distintos, los abogados lo saben y los Colegios también.

La CNMC afirma en la resolución sancionadora que las prácticas colegiales examinadas “*constituyen una restricción de la competencia por objeto en la medida que se ha verificado su aptitud para lograr el objetivo perseguido de falseamiento de la libre concurrencia en el mercado de servicios profesionales de abogacía prestados por letrados al ser ejecutadas por parte de los nueve Colegios imputados*” (página 31).

Pero esta afirmación deberá ser interpretada a la vista de la STS de 18 de febrero de 2019, Rec. 5624/2017, en la que se declara, con apoyo en la STJUE de 11 de septiembre de 2014 (asunto C- 67/13) dictada en el caso “Cartes Bancaire”, que según el Tribunal de Luxemburgo:

*“(...) la necesidad de que la actuación contemplada tenga un grado de nocividad para la competencia suficiente para que pueda considerarse innecesario el examen de sus efectos, por tratarse de supuestos graves de distorsión a la competencia y enfatiza el la necesidad de seguir una interpretación restrictiva del concepto de “restricción por objeto”, indicando al respecto que ciertos comportamientos colusorios, como la fijación horizontal de precios por los carteles, pueden considerarse aptos para generar efectos negativos en la competencia, haciendo innecesaria la demostración de que tienen efectos concretos en el mercado ex art. 81.1 CE. Y declara que para apreciar si una actuación presenta un grado de nocividad suficiente para la competencia debe valorarse ciertos factores, entre otros, el contexto económico y jurídico de la conducta examinada.*

Pues bien, lo anteriormente razonado nos conduciría a entrar al examen de la corrección de la calificación de las cláusulas contractuales de Telefónica como restrictivas “por el objeto”. No obstante, con independencia de esta cuestión más dogmática, hemos de estar a los términos en los que se plantea el presente recurso de casación y como luego se dirá, a los razonamientos expuestos por la Audiencia Nacional en su sentencia. Como hemos indicado, la CNMC basa su resolución sancionadora en la valoración de las cláusulas contractuales estipuladas por Telefónica Móviles, que, por su diseño, las califica como una restricción “por el objeto”. De esta calificación deduce, sin realizar ninguna prueba adicional —como el test del competidor igualmente eficiente—, la afectación a la competencia. No obstante, tal caracterización no resulta acorde con las pautas jurisprudenciales del TJUE y la exigencia de interpretar restrictivamente el concepto de restricciones de la competencia “por el objeto” en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, calificación que se acepta, como hemos indicado, para los cárteles de fijación de precio o para acuerdos de reparto de mercado (...).”.

Como indica la misma Sentencia de 18 de febrero de 2019, una verdadera restricción “por el objeto” es aquel “*tipo de colusión entre empresas que revelen un grado de nocividad para la competencia que exima del examen de sus efectos*”.

Ni una cosa ni otra se hace por la resolución sancionadora de la CNMC con el grado de precisión y acreditación que hubiera sido deseable.

## **5. CONCLUSIONES**

La función de aprobación de los criterios orientadores no puede considerarse una función de mero interés particular para las partes en el incidente de tasación de costas, en la medida en que por medio de ella —y su expresión en los preceptivos informes colegiales— los Colegios de la Abogacía coadyuvan al buen funcionamiento de la Administración de Justicia y a la protección de los derechos de los usuarios de los servicios jurídicos.

Dichos fines son razones imperiosas de interés general que forman parte de los fines esenciales colegiales o que se encuentran en directa relación con el ejercicio de las funciones encomendadas por el legislador.

Los criterios aprobados han de considerarse objeto de transparencia activa (artículos 5 y siguientes de la Ley 19/2013) y susceptibles de ser objeto de acceso por cualquier ciudadano (artículos 12 y siguientes de la Ley 19/2013).



# El secreto profesional y el futuro de la profesión

*(Informe 14/2018)*

**Sumario:** 1. EL SECRETO PROFESIONAL Y EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD DEL ABOGADO. 1.1. Planteamiento. 1.2. La trascendencia práctica de la distinción de ambos conceptos. 2. EL DEBER Y EL DERECHO DEL SECRETO PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. 2.1. La configuración del derecho como una exención de otros deberes legales de declarar, informar o comunicar. 2.2. El deber de confidencialidad del abogado frente al deber de declarar en juicio. 2.3. El deber de confidencialidad del abogado frente al deber de dar información con trascendencia tributaria a la Hacienda Pública y de colaboración mediante el reporte informativo de mecanismos transfronterizos con determinadas señas distintivas. 2.4. El deber de confidencialidad del abogado frente a los deberes de abstención, comunicación y colaboración establecidos en la normativa de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

## 1. EL SECRETO PROFESIONAL Y EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD DEL ABOGADO

### *1.1. Planteamiento*

Es habitual que las exposiciones sobre el secreto profesional de los abogados se realicen destacando su naturaleza jurídica de deber y derecho a la vez, mostrando como contenido del mismo lo dispuesto en el Estatuto General de la Abogacía y el Código Deontológico de la Abogacía Española, con referencia luego a las normas del ordenamiento jurídico que, de forma dispersa y escueta, se refieren al secreto profesional.

Se justifica esta forma de proceder en el hecho de que el contenido de estas normas corporativas es más completo que las normas generales y en ellas el secreto profesional de los abogados está bastante definido y delimitado en todas sus perspectivas.

Además, el citado Código Deontológico de la Abogacía Española acaba de ser modificado y ha realizado un más completo desarrollo del contenido del secreto profesional del abogado.

Por tanto, siguiendo la misma forma de proceder, bastaría con limitarnos a glosar esa reforma con la que, podría pensarse, los abogados se disponen a ir acotando su esencial secreto profesional para hacer frente a los retos que, en relación con el mismo, comprometen el futuro de la profesión.

Sin embargo, la eficacia práctica de este mejorado desarrollo del secreto profesional en normas corporativas, para hacer frente a tales retos, es inexistente.

Olvidamos a veces distinguir el plano del deber ético de confidencialidad, que es lo que regulan esas normas corporativas, del derecho y el deber jurídico del secreto profesional, que es lo que regulan las normas del ordenamiento jurídico y que son las únicas competentes para configurar un contenido vinculante del secreto profesional, mediante la preponderancia del deber de confidencialidad, que actúe como exención o dispensa de otros deberes legales de informar o comunicar, así como para imponer consecuencias jurídicas frente a todas derivadas de su infracción.

Piénsese en la aportación de comunicaciones confidenciales entre abogados en los procesos judiciales.

Esto dará lugar a un expediente colegial y a la imposición de una sanción al abogado infractor, pero en el procedimiento judicial correspondiente habrá quedado la comunicación con la que se ha cometido la infracción colegial como elemento de prueba válido.

Son esos otros deberes legales de información y de comunicación que se vienen imponiendo a los abogados los que, no interpretados correctamente o impuestos con extralimitaciones, pueden afectar al futuro de la profesión.

No tanto frente a estos deberes, sino con plena coherencia y armonía con los mismos, se ha de exigir una regulación más precisa y unitaria del deber de confidencialidad del abogado que permita solucionar los conflictos que se vayan presentando.

### ***1.2. La trascendencia práctica de la distinción de ambos conceptos***

El secreto profesional en nuestro ordenamiento carece de una regulación desarrollada y las únicas referencias existentes lo que hacen, esencialmente, es configurarlo como una excusa del cumplimiento de otros deberes legales.

Se echa en falta una mayor precisión legal de la imprescindible confidencialidad del abogado como núcleo esencial del secreto profesional configurado como deber, distinguible de la invocación del derecho al secreto como excusa legal de otros deberes.

La tradicional naturaleza mixta de deber y derecho del secreto profesional lleva consigo esta distinción no suficientemente precisada.

Aunque puede alegarse que se trata de una sutileza técnica merece la pena centrarse en la parte del deber del secreto profesional contemplado más allá de un deber ético de la profesión.

De acuerdo con esto, si adoptamos un punto de vista analítico, se puede decir que el deber de confidencialidad es una norma de comportamiento, una prohibición, aplicable *prima facie* a un caso y el derecho al secreto profesional es la exención al deber de declarar, informar o comunicar, establecido legalmente, deber este otro que entra en colisión con aquel deber de confidencialidad para afirmar su preponderancia.

Si adoptamos un punto de vista axiomático la diferencia está entre los fundamentos del deber de confidencialidad y los fundamentos de su consideración como deber preponderante en caso de colisión con un deber legal de declarar, informar o comunicar, articulado como derecho del abogado.

Conforme a la regulación hoy existente, desde un punto de vista sistemático, la diferencia entre el deber de confidencialidad del abogado y el secreto profesional es la que existe entre una norma estatutaria de comportamiento y la exención jurídica que hace posible el cumplimiento de esa norma corporativa, fuera del ámbito estatutario, pero con nulas posibilidades de ser impuestas fuera de ese específico ámbito.

Debe llamarse la atención, por tanto, sobre esa distinción y sin confundir los planos en que actúan hoy unas y otras normas, tal y como vienen recogidas en disposiciones de naturaleza estatutaria o legal, encontremos las bases de una obligación legal de confidencialidad del abogado porque tiene evidentes consecuencias prácticas sobre el ejercicio de la abogacía, que debe estar en condiciones de imponer la preponderancia de su derecho al secreto profesional, cuando así quede legalmente establecido, sobre otros deberes legales.

Todo ello sin dejar de reclamar esta regulación legal de una forma más precisa y exhaustiva para que las obligaciones legales de declarar, informar y comunicar, en los distintos y cada vez más importantes ámbitos en los que viene operando, sean mejor entendidas y aplicadas, sin que en esa inevitable antinomia no quede un deber vencedor sobre el otro.

## 2. EL DEBER Y EL DERECHO DEL SECRETO PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

### 2.1. *La configuración del derecho como una exención de otros deberes legales de declarar, informar o comunicar*

La Constitución se refiere al secreto profesional como una exención de cumplir otro deber legal de informar, comunicar o declarar sobre lo que el secreto protege, pero sin definirlo ni delimitarlo en modo alguno.

Los dos preceptos de la misma, que no lo configuran como un derecho constitucional, pero sí como un derecho que puede ser preponderante sobre otros deberes, se limitan a realizar una remisión a la ley ordinaria.

El artículo 20.1 d) de la Constitución que reconoce y protege el derecho “*a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*”, seguidamente precisa que “*la ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades*”.

El artículo 24.2, párrafo segundo, de la misma se limita a realizar la siguiente remisión: “*La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*”.

Esa ley general reguladora del secreto profesional no se ha dictado. Sin embargo, la referencia al secreto profesional de los abogados se hace en tres preceptos de tres leyes diferentes.

El artículo 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), el artículo 93.5 de la Ley General Tributaria (LGT) y el artículo 22 de la Ley de Prevención de Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo (LPBLAC-FT).

Los tres preceptos lo que establecen, básicamente, es la exención de los abogados del cumplimiento de determinadas obligaciones legales.

El precepto citado de la LOPJ les exime de declarar en juicio, el precepto de la LGT les exime de facilitar información con trascendencia tributaria a la Hacienda Pública y el precepto de la LPBLAC-FT les exime de la obligación de abstención de iniciar una relación de servicios con quien sea imposible aplicar las medidas de diligencia debida en esa materia, de la obligación de realizar una comunicación por indicio al SEPBLAC y de colaborar con la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.

Qué sea aquello que deberá mantenerse protegido por el secreto profesional del abogado y, por tanto, exento del deber de declarar, informar o comunicar sobre ello, queda delimitado en estos preceptos de una forma que presenta diferencias y que no permite, con la firmeza y claridad que sería deseable, establecer un deber de confidencialidad de los abogados con un contenido material unívoco.

La LOPJ, al referirse a los abogados como cooperadores con la Administración de Justicia, mantiene la protección de *“todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional”*. Estos son los que tendrán preponderancia y los abogados *“no podrán ser obligados a declarar sobre los mismos”*.

La LGT mantiene protegido por el secreto profesional de los profesionales, entre los que están, desde luego y singularmente, los abogados, aunque no los cita expresamente, *“aquellos datos confidenciales de sus clientes de los que tengan conocimiento como consecuencia de la prestación de servicios profesionales de asesoramiento o defensa”*, dándoles preponderancia sobre el deber de información tributaria. Igualmente, con referencia a los profesionales en general, se establece que ese deber de información tributaria *“no alcanzará a los datos privados no patrimoniales que conozcan por razón del ejercicio de su actividad cuya revelación atente contra el honor o la intimidad personal y familiar”*.

La protección que la LPBLAC-FT otorga a los abogados, sobre las citadas obligaciones impuestas a los sujetos obligados, se refiere *“a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos”*.

De estos preceptos puede deducirse que los abogados tienen un derecho de exención con distintos grados de intensidad según el deber que excepcionen y, por tanto, que el deber de confidencialidad del abogado tiene diferentes grados según ese otro deber con el que se confronte.

## ***2.2. El deber de confidencialidad del abogado frente al deber de declarar en juicio***

El derecho al secreto profesional que ha de preponderar sobre el deber de declarar en juicio se basa en el deber de confidencialidad del abogado que tiene un fundamento constitucional derivado del derecho de defensa establecido en el artículo 24.2 de la Constitución.

El secreto profesional exime de declarar en juicio sobre “*todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional*”, como dice el citado precepto de la LOPJ.

El secreto debe proteger “*todas las confidencias y propuestas del cliente, las de la parte adversa, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya remitido a recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional*”, que es el contenido que delimita el artículo 5.2 del Código Deontológico de la Abogacía Española y que debe ser la pauta interpretativa del sentido de “*todos los hechos y noticias*” a que se refiere el citado artículo 542 de la LOPJ.

Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 797/2015, de 24 de noviembre:

*“El art. 24.2, párr. 2º, de la Constitución establece que “La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”. El Código Penal, en el art. 199, sanciona al que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio, con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. El art. 542.3 de la LOPJ dispone que “Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”. El art. 416.2 de la Lecrim dispensa de la obligación de declarar establecida en su art. 410 al Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor, norma que la STS de esta Sala de 5 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8566), entre otras, extiende por analogía a los Letrados de las acusaciones particulares pues también están obligados por el secreto profesional.*

*A la vista de este entorno normativo, y sin necesidad de profundizar más en la interesante temática del secreto profesional del abogado, es claro que una prueba propuesta que exige a un Abogado declarar sobre un hecho o noticia conocido a través de su intervención profesional en el proceso es claramente inadmisibile por contravenir el secreto profesional”.*

Es este el núcleo esencial del deber de confidencialidad del abogado y el derecho a no declarar en Juicio que debe preponderar de forma absoluta.

Finalmente, sí debe destacarse que está en la mano de los abogados no confrontarnos a nosotros mismos en una colisión de estos deberes.

El Código de Ética y Deontología de la Abogacía Española recientemente aprobado, en su artículo 11.12, establece que será obligatorio abstenerse de pedir declaración testifical del abogado o abogada sobre hechos relacionados con su actuación profesional.

### ***2.3. El deber de confidencialidad del abogado frente al deber de dar información con trascendencia tributaria a la Hacienda Pública y de colaboración mediante el reporte informativo de mecanismos transfronterizos con determinadas señas distintivas***

El deber de confidencialidad de los abogados frente al deber de proporcionar a la Hacienda Pública la información de datos con trascendencia tributaria de terceros obtenidos en el ejercicio de su actividad profesional prevalece cuando se trate de “*datos confidenciales de los clientes de los que tengan conocimiento como consecuencia de la prestación de servicios profesionales de asesoramiento o defensa*”, como dice el citado artículo 93.5 de la LGT.

De acuerdo con la dicción literal del precepto, el secreto no ampararía nada más que los datos del cliente y, por tanto, no de terceros diferentes a este.

Esta interpretación literal no puede sostenerse porque los hechos, datos o noticias que provengan de la parte adversa, que son conocidos en el marco de un proceso o de una negociación jurídica, están al servicio de las necesidades de la defensa y asesoramiento jurídico.

Difícilmente podría entenderse que la Agencia Tributaria solicitase la información al abogado de la parte adversa del contribuyente sobre el que reclama la información para eludir la invocación del secreto profesional de su propio abogado.

Lo que se deba entender por datos confidenciales, preponderantes sobre el deber de suministrar información de trascendencia tributaria, no debería ser distinto de todos los hechos o noticias a que se refiere la LOPJ y que están protegidos por el artículo 24.2 de la Constitución.

En ambos casos el fundamento está en el derecho de defensa y a no declarar contra sí mismo establecido en el citado precepto constitucional.

En consecuencia, los datos confiados a los abogados en el marco de la relación de confianza que conlleva consigo la relación profesional del abogado con el cliente deben quedar protegidos por el secreto profesional frente al deber de colaborar con la Hacienda Pública mediante la contestación a un requerimiento de información tributaria, aunque, como se verá seguidamente, la jurisprudencia no considera que pueda hablarse de una preponderancia absoluta que pueda establecerse de forma general.

Junto con este deber debe considerarse ahora uno nuevo que resulta de la Directiva 2018/822, de 25 de mayo sobre intercambio automático y

obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información.

Esta nueva obligación afecta a los denominados intermediarios secundarios, entre los que se encuentran los abogados.

La misma no tiene como presupuesto un requerimiento previo de una autoridad, sino que se configura como una obligación de información con base en el solo hecho de conocer como abogado, sin solicitud previa, de lo que denomina “mecanismos transfronterizos de planificación fiscal potencialmente agresiva” en los que concurra una serie de señas distintivas.

La Directiva se remite a las respectivas legislaciones nacionales para que apliquen, en el modo que lo tengan establecido, el secreto profesional al que, de acuerdo con aquella, los abogados podrían acogerse.

Por tanto, el impacto en el ejercicio de la abogacía de este nuevo deber dependerá de cómo se interprete el secreto profesional por nuestro legislador al realizar la transposición de la Directiva.

La aplicación del artículo 93.5 de la LGT debería ser suficiente, pero cabe la posibilidad de que, al transponer la Directiva, se reforme para acomodarlo a este nuevo deber y matizar lo que ahora podría ser considerado como preponderancia del secreto profesional.

Por tanto, conviene tener presente cómo se interpreta ese precepto de la LGT y también recordar la doctrina constitucional sobre la obligación del contribuyente de facilitar datos de trascendencia tributaria en expedientes sancionadores que le afectan directamente, aunque le perjudiquen, para vislumbrar por dónde pueden venir matizaciones del deber de confidencialidad de los abogados

La doctrina constitucional, partiendo del fundamento constitucional del secreto profesional, introduce matices que impiden una formulación clara, precisa e inequívoca del ámbito del mismo frente a la Hacienda Pública.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, de 26 de noviembre, sostiene que el deber de secreto profesional de los abogados es obligado e, incluso, su violación puede ser castigada penalmente, por lo que la Inspección no puede pretender que se viole.

Ahora bien, no todos los “contenidos” de la relación profesional abogado/cliente están amparados por el secreto profesional. Dice esta sentencia constitucional:

*“El secreto profesional, es decir, el deber de secreto que se impone a determinadas personas, entre ellas los Abogados, de lo que conocieren por razón de su profesión, viene reconocido expresamente por la Constitución, que en su art. 24.2 dice que la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se está obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Evidentemente, y “a fortiori”, tampoco existe el deber de declarar a la Administración sobre esos hechos. La Constitución consagra aquí lo que es no un derecho, sino un deber de ciertos profesionales que tienen una larga tradición legislativa (cfr. art. 263 LECr.).*

*Es evidente que si el secreto es obligado e incluso su violación es castigada penalmente (art. 360 CP), la Inspección Fiscal no puede pretender que se viole. Pero también en este punto son aplicables algunas de las consideraciones anteriores. La exigencia de exigir las certificaciones del movimiento de las cuentas no viola en sí el secreto profesional, puesto que, como se ha advertido, en ellas sólo aparece la causa genérica de cada operación bancaria y no el contenido concreto de la relación subyacente. Tampoco vulneraría el secreto profesional el simple conocimiento del nombre del cliente y de las cantidades pagadas por él en concepto de honorarios, ya que estos datos deben figurar en el libro de ingresos profesionales, de obligada llevanza y exhibición a la Inspección.*

*La cuestión podría suscitarse si la Inspección, al pedir los antecedentes y datos de determinadas operaciones, penetrase en el ámbito de las relaciones profesionales concretas entre el cliente y, en este caso, el Abogado. Sólo entonces podría y debería negarse el contribuyente a facilitar datos que supusiesen la violación del secreto profesional. Es posible también que no existiese acuerdo sobre cuál es la zona específica de relaciones cubiertas por el secreto profesional cuya delimitación puede ofrecer dificultades en ciertos casos. Pero para eso están los Tribunales de Justicia. La cuestión, en último término, no puede resolverse de forma abstracta, sino sobre cada caso concreto”.*

Deja esta doctrina constitucional, por tanto, al juicio del caso concreto de los Tribunales determinar lo que sea la “zona específica de relaciones cubiertas por el secreto profesional cuya delimitación puede ofrecer dificultades en ciertos casos”.

Se rechaza aquí cualquier delimitación general, como la contenida en el artículo 5.2 del Código de Deontológico de la Abogacía Española, máxime en su condición de norma colegial o estatutaria.

La sentencia citada equipara la salvaguarda del derecho a no declarar ante los Tribunales con el derecho a no declarar ante la Administración, con base en ese mismo derecho constitucional de defensa.

Pero cabe la posibilidad de que la norma de transposición de la Directiva establezca que las señas distintivas en ella recogidas quedan fuera del deber de confidencialidad del intermediario (el abogado), conlleven o no indicios de elusión fiscal, fraude o evasión, cuando se obtienen en el marco del asesoramiento en la construcción del mecanismo transfronterizo po-

tencialmente peligroso y no en la determinación de la posición jurídica de un cliente en una situación contenciosa o pre contenciosa.

En esta línea el propio Tribunal Constitucional ha matizado considerablemente el fundamento del derecho constitucional del contribuyente a no declarar contra sí mismo como de un deber preponderante sobre su deber de facilitar información tributaria.

El principio de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo forma parte del derecho de defensa, que está recogido en el artículo 24.2 de la Constitución e, implícitamente, en el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando la expresión “*derecho a un juicio equitativo*” del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ha llegado a la conclusión de que el derecho a no declarar contra sí mismo puede ser invocado en cualquier procedimiento, penal o administrativo, susceptible de desembocar en una sanción.

Sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucional que establece en su Sentencia 76/1990, de 26 de abril, que dedicó su fundamento jurídico 10 a este tema, se inclina por la preponderancia del deber de informar a la Hacienda Pública, contra un pronunciamiento distinto del Tribunal Supremo.

El motivo de inconstitucionalidad que estaba dilucidando versaba sobre el antiguo artículo 83.3.f) de la LGT, en la redacción que tenía en 1995 y que preveía una sanción de multa por “*la falta de aportación de pruebas y documentos contables o la negativa a su exhibición*”.

El Tribunal Supremo consideraba que no era posible traer a colación el deber de colaboración de los contribuyentes con la Administración porque, si bien había de admitirse la amplitud de dicho deber respecto de la conducta de terceros no contribuyentes y “*a excepción de cuando venga cubierto por el secreto profesional*”, para el Tribunal era indudable que, en el caso de los propios contribuyentes, aquel deber “*no ha de rebasar el umbral donde comienza el derecho del ciudadano a no auto inculparse como un elemento de protección de su presunción de inocencia*”.

Por consiguiente, el Tribunal Supremo no discutía la presencia de un genérico deber de colaboración del contribuyente con la Administración tributaria, pero encontraba un límite de ese deber en el derecho del contribuyente a no “*auto inculparse*”.

Son dos, por tanto, los derechos fundamentales que el Tribunal Supremo consideraba afectados e íntimamente unidos en esta cuestión.

Por un lado, el derecho a no confesarse culpable y, por otro lado, el derecho a la presunción de inocencia, derechos que el artículo 24.2 de la Constitución enunciaba y garantizaba de forma separada. De la conexión entre ambos, el Tribunal Supremo deducía, como reconocía la propia sentencia del Tribunal Constitucional citada, lo que podría considerarse como un genérico derecho del contribuyente a la reserva de sus datos económicos frente a la Administración tributaria.

Esta construcción argumental no es acogida por el Tribunal Constitucional y, para ello, invoca su citada sentencia 110/1984 y su Auto 642/1986 en el que se afirmaba que no puede haber duda de *“que la Administración está habilitada también desde el plano constitucional para exigir determinados datos relativos a la situación económica del contribuyente”* y que esta exigencia era predicable *“de todos y cada uno de los ciudadanos en cuanto recaiga en ellos la cualidad de sujetos pasivos del impuesto y no sólo de terceros como son las Entidades intermediarias en el área económica y las crediticias; doctrina en parte reiterada también en el ATC 982/1986”*.

Así el Tribunal Constitucional sostiene que si el derecho a la intimidad personal (artículo 18.1 de la Constitución) no puede entenderse de tal modo que constituya un obstáculo que haga imposible o dificulte el cumplimiento del deber declarado en el artículo 31 de la misma, otro tanto cabe decir cuando se invoca con idéntica finalidad su artículo 24.2, pues es una misma la razón de decidir en uno y otro caso.

El Tribunal Constitucional establece que no existe un derecho absoluto e incondicionado a la reserva de los datos económicos del contribuyente con relevancia fiscal y esgrimible frente a la Administración tributaria. La existencia de un derecho con esa preponderancia haría virtualmente imposible la labor de comprobación de la veracidad de las declaraciones de los contribuyentes a la Hacienda Pública y, en consecuencia, dejaría desprovisto de toda garantía y eficacia el deber tributario del artículo 31.1 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional desciende un poco más al detalle de lo que debe considerarse como derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a la presunción de inocencia.

Concluye que los documentos contables son elementos acreditativos de la situación económica y financiera del contribuyente. Estos, dice el Tribunal Constitucional deben ser exhibidos para hacer posible el cumpli-

miento de la obligación tributaria y su posterior inspección, sin que pueda considerarse la aportación o exhibición de esos documentos contables como una colaboración equiparable a la “declaración” comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución. En definitiva, cuando el contribuyente aporta o exhibe los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad.

Se priva al contribuyente del derecho a no declarar contra sí mismo cuando se trata de comprobar sus datos tributarios y, por tanto, se pierde el fundamento constitucional sobre el que se sustenta el deber de confidencialidad del abogado.

No es imposible que en la transposición de la Directiva se opte por establecer que el intermediario obligado, que no está determinando la posición jurídica del cliente sino asesorándole activamente en la construcción de un mecanismo transfronterizo con determinadas señas distintivas debe realizar la comunicación automática previsto en la Directiva.

El reto que esa transposición supone es grande, porque el artículo 93.5 de la LGT otorga un cierto amparo bajo el derecho de secreto profesional del abogado, aunque sea matizable caso por caso dependiendo del tipo de datos.

Su derivación hacia líneas parecidas a la de la normativa de prevención de delitos, puede abrir un espacio que puede afectar notablemente al futuro del asesoramiento fiscal prestado por abogados.

#### ***2.4. El deber de confidencialidad del abogado frente a los deberes de abstención, comunicación y colaboración establecidos en la normativa de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo***

El derecho al secreto profesional para no declarar en Juicio es el ámbito natural en el que opera con el fundamento que le es propio y genuino.

La “lucha” del secreto profesional con el deber de información tributaria tiene el mismo fundamento, aunque la prevalencia de los intereses públicos en el efectivo funcionamiento del sistema fiscal, conceden ciertas ventajas a esos intereses.

Esa confrontación del deber de confidencialidad de los abogados con los deberes de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del

terrorismo opera en el ámbito de un deber de auxilio a las autoridades, con un fundamento distinto como es el de la prevención de esos delitos.

Esa finalidad preventiva es el presupuesto fundamental que ha de tenerse presente para delimitar el ámbito del secreto profesional prevalente sobre otros deberes establecidos en la normativa de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

El artículo 22 de la Ley 10/2010, con el título de no sujeción, excluye el deber de abstención, comunicación y colaboración del abogado “*respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos*”.

Qué sea determinar la posición jurídica del cliente necesita una cierta explicación que se va a intentar exponer de acuerdo con los criterios que ha establecido por la Subcomisión Especial para la Prevención del Blanqueo de Capitales del Consejo General de la Abogacía Española.

En un documento sobre medidas y recomendaciones sobre esta materia se proporciona una definición amplia. Se dice que “*determinar la posición jurídica es asesorar al cliente sobre la posición en que se encuentra dentro del universo jurídico*”.

Como anexo a estas recomendaciones esta subcomisión del Consejo General de la Abogacía Española presenta un listado de preguntas frecuentes con sus correspondientes respuestas. La pregunta número 3 es “*¿qué es determinar la posición jurídica?*” y la respuesta es la siguiente:

*“Determinar la posición jurídica es asesorar para establecer el conjunto de derechos y obligaciones y las consecuencias que de ellos deriven para un sujeto —el cliente en caso del Abogado— cuando concurren unas circunstancias y hechos específicos. Lo que los latinos formulaban como ‘da mihi factum dabo tibi ius’.*

*Cualquier asunto para el que se solicita asesoramiento jurídico es susceptible de devenir en un conflicto judicial. El asesoramiento tiene por objeto evitarlo, pero siempre es eventualmente contencioso”.*

Haciendo honor a la histórica precisión del Derecho Romano, esa referencia al principio latino nos sitúa en una senda más segura.

En traducción libre, la esencia del asesoramiento, como modalidad del ejercicio de la abogacía amparada por el secreto profesional o, como dice el artículo 542 de la LOPJ, el asesoramiento y el consejo jurídico, o el cita-

do artículo 22 de la Ley 10/2010, la determinación de la posición jurídica, se encierra en la sencilla fórmula de “dame hechos y te daré derecho”.

Solo Derecho y no consejos evaluando estrategias relacionadas con la oportunidad de negocio o sobre opciones de racionalidad económica, siguiendo las instrucciones del cliente.

El abogado recibe una situación de hechos dada y la evalúa jurídicamente, de modo que no participa ni en su concepción, ni en su realización ni en la elección de opciones estratégicas.

Sigue habiendo una zona gris, que es la intervención en la configuración jurídica de la operación, muchas veces entremezclada o fronteriza con el hecho de coadyuvar a la elección de la alternativa “más conveniente” para el cliente, difícil de deslindar.

A este respecto son interesantes y útiles las conclusiones del Abogado General Sr. Poiares Maduro presentadas en el asunto 305/2005, resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Son de especial interés las conclusiones 60, en la que delimita cómo ha de entenderse el asesoramiento jurídico, como modalidad típica del ejercicio de la abogacía, y las conclusiones 65, 69, 70 y 71 en las que, recogiendo la realidad compleja y dinámica en la que se desarrolla el trabajo de los abogados, trata de proporcionar un criterio de separación entre funciones típicas o propias de los abogados y funciones que no lo son, no sin concluir la dificultad de establecer un criterio apriorístico definitivo.

En la conclusión 60, manifiesta el Abogado General:

*“En mi opinión y tal y como sostienen los Colegios de abogados intervinientes, el principio del secreto profesional incluye el asesoramiento jurídico. La razón para afirmarlo es doble y se asienta tanto en consideraciones de principio como en consideraciones prácticas. En principio, debe tenerse en cuenta «la necesidad de que, en una sociedad civilizada, todo particular pueda dirigirse a su Abogado para que le asesore y la ayude jurídicamente y para que le represente cuando se haya iniciado un procedimiento» [Conclusiones del Abogado General Sir Gordon Slynn en el asunto AM&S (asunto 155/79) terminado mediante sentencia del TJUE de 18 de mayo de 1982]. Representante y defensor, todo abogado tiene también una función esencial de asistencia y asesoramiento. De esa forma, garantiza no solo el acceso a la justicia sino también el acceso al Derecho. Ahora bien, esta última garantía no es menos valiosa que la primera en una sociedad compleja como la sociedad europea. La posibilidad de que cualquier ciudadano pueda disponer de un asesoramiento independiente, de modo que pueda tener conocimiento de la regulación de su situación particular, es una garantía esencial del Estado de Derecho. En estas condiciones, el compromiso de confianza que garantiza la protección del secreto merece ser extendido al ámbito de las relaciones de asistencia y de asesoramiento jurídicos. Además, esta ampliación es coherente con el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.*

La consecuencia de esto la deja bien clara el Abogado General en la conclusión 62 siguiente:

*“De este análisis resulta que la protección reforzada de la que goza el secreto profesional del abogado debe extenderse a las funciones de representación, de defensa, de asistencia y de asesoramiento jurídicos. Por consiguiente, propongo que se declare que no se puede imponer al abogado, en el marco del ejercicio de estas funciones, ninguna obligación de informar vinculada a la lucha contra el blanqueo de capitales. Deberá considerarse que cualquier imposición de este tipo vulnera la esencia de los derechos protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario”.*

La sentencia del TJUE de 26 de junio de 2007, que resolvió este asunto, lamentablemente, se limitó a referirse a la función de representación ante los Tribunales, sin entrar a valorar las precisiones realizadas por el Abogado General, pero esas consideraciones nos ha de servir de pauta interpretativa para el futuro de nuestra profesión.

Admitido esto, la siguiente dificultad es buscar un criterio de distinción, dentro del asesoramiento jurídico, con respecto a otras actividades de los abogados que, en muchos casos, aparecen inextricablemente unidas.

Sobre este particular las conclusiones del Abogado General parten de la manera en que se ejerce el asesoramiento. Así en la conclusión 69 dice:

*“En mi opinión, sería arriesgado querer diferenciar en función del grado de implicación del abogado en la operación de que se trate. No veo por qué una actividad de asistencia merece gozar de una protección especial más que otra en la que se actúe como mandatario, si no se demuestra que esa actividad se realiza con total independencia. Más importante que la actividad ejercida es la manera en que se ejerce”.*

El criterio de la independencia en el ejercicio de la profesión de abogado, que constituye una obligación deontológica del mismo, aunque es un tanto general, no deja de ser un buen referente para anclar sobre el mismo, como un correlato necesario, el deber/derecho de secreto profesional.

La conclusión 70 del Abogado General que se viene exponiendo explica este punto con una claridad que exige transcribir íntegra la misma, no obstante su extensión. Se dice en esta:

*“Es indiscutible que en todos los casos en los que interviene el abogado puede tener que realizar una evaluación de la situación jurídica de su cliente. Sin embargo, esta evaluación puede tomar distintas orientaciones. Una cosa es exponer el marco y las implicaciones jurídicas de la operación considerada, y otra es realizar una evaluación con el fin de adoptar la mejor estrategia para llevar a cabo una actuación o una operación económica o comercial en interés del cliente. Si la evaluación simplemente pretende ayudar a su cliente a organizar sus actividades «ajustándose a la legalidad» y ajustar sus objetivos a las normas jurídicas, debe considerarse como una actividad*

*de asesoramiento y debe dispensarse de cualquier obligación de información, independientemente del contexto en el que la prestación se haya desarrollado. En cambio, si la evaluación tiene como finalidad esencial realizar o preparar una operación comercial o financiera y está sujeta a instrucciones del cliente para encontrar, en particular, la solución económicamente ventajosa, el abogado no actúa de modo distinto a un «agente de negocios» que pone todas sus competencias al servicio de una actividad no jurídica, y no procede aplicar el secreto profesional. En el primer caso, puede afirmarse que el abogado actúa no solo en interés del cliente, sino también en interés del Derecho. En el segundo, prevalece únicamente el interés del cliente. En este caso, el abogado no actúa como abogado independiente, sino que se encuentra en una situación idéntica a la de un asesor financiero o a un abogado de empresa”.*

Se trata de un principio orientador que solo en cada caso podrá considerarse con toda su virtualidad. La pretensión de un criterio único, general, a modo de una especie de idea clara y distinta cartesiana, es imposible de establecer, ni tampoco es imprescindible.

El Abogado General en su conclusión 71 se hace eco de esta dificultad y dice:

*“Sin embargo, estoy de acuerdo en que la diferencia entre estos dos tipos de situaciones es, en sí misma, difícil de apreciar. Una apreciación de carácter general, como la solicitada al Tribunal de Justicia en este asunto, no puede resolver todas las dificultades prácticas que esta apreciación puede suscitar”.*

Pero, en cualquier caso, sí es un indicador fiable para depurar el asesoramiento jurídico como modalidad de ejercicio de la abogacía que, si bien ha quedado incluido como actividad sujeta en la peculiar transposición realizada por la Ley 10/2010, cuando se refiere a las operaciones reseñadas en la norma, no necesariamente y atendiendo a la manera en que se preste, daría lugar al irresistible cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en dicha norma, singularmente la de comunicación por indicio a las autoridades de prevención del blanqueo.

Partiendo de estas consideraciones, pueden ensayarse algunas conclusiones sobre supuestos de asesoramiento jurídico en los que debe mantenerse el deber de secreto profesional.

Desde luego y, en primer lugar, se puede concluir que está sujeto al secreto profesional el asesoramiento consistente en determinar la posición jurídica del cliente, realizada a posteriori de la situación dada, que es analizada por el abogado, sin intervenir, ni haber intervenido, ni participar, ni haber participado de ningún modo en la concepción y/o realización de la operación.

Por ejemplo, la solicitud de un Dictamen o Informe sobre una determinada operación o estructura jurídica de un negocio, claramente cuando ya está realizada, realmente no convierte al abogado en sujeto obligado de la Ley ni le exime del deber de secreto profesional. Además, ya no tiene virtualidad la finalidad preventiva de la norma.

De acuerdo con lo expuesto, también debe mantenerse el secreto profesional respecto al asesoramiento jurídico o, como dice la norma, la determinación de la posición jurídica del cliente, aunque sea en relación con una operación de compraventa de inmuebles o venta de entidades y aun con carácter previo a su efectiva realización, cuando esta viene dada y definida por el cliente, sin participación alguna en la concepción o realización de la misma, de modo que el asesoramiento no alcanza a evaluar ni proponer distintas alternativas sobre la configuración jurídica de la operación de acuerdo con las instrucciones del cliente buscando la solución económica más ventajosa.

Se puede decir, ciertamente, que en el mundo globalizado y complejo en el que se mueve hoy en día el ejercicio de la abogacía, sobre todo en torno a la oferta de servicios multidisciplinarios que realizan los grandes Despachos, las instrucciones y requerimiento del cliente llevan al abogado, en muchos aspectos, a actuar como agente de los negocios del mismo, poniendo a disposición del cliente el marco de las distintas soluciones jurídicas al servicio de su estrategia de negocio y económicas.

Por tanto, es obligado ser realistas y con un criterio de prudencia y sin perjuicio de considerar actividad sujeta al asesoramiento jurídico en las operaciones reseñadas legalmente, realizado *ex ante*, coadyuvando a la configuración y realización de la correspondiente operación, debemos tener la auto exigencia de comprobar la manera precisa en la que se ha prestado el asesoramiento para decidir, caso por caso, el estricta aplicación o no del secreto profesional.

La Directiva 2015/849 dice que los profesionales del Derecho deben quedar sujetos a la normativa, “*cuando participen en operaciones financieras o empresariales, incluido el asesoramiento fiscal, en las que exista mayor riesgo de que los servicios de dichos profesionales del Derecho se empleen indebidamente a fin de blanquear el producto de actividades delictivas o financiar el terrorismo*”.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH) en el Asunto Michaud v. Francia (12323/11) al delimitar el secreto profesional que está garantizado en el artículo 8 del Convenio resume su idea central indicando que “*solo afecta a tareas desempeñadas por abogados que son similares a aquellas realizadas por otras profesiones sometidas a la*

*misma obligación y no afecta a la función que llevan a cabo en tanto que defensores de sus clientes”.*

La Directiva y la jurisprudencia europea parece indicar la línea de la participación activa de los abogados, *ex ante*, en determinadas operaciones con riesgo, que quedan fuera las típicas funciones del ejercicio de la abogacía consistentes en el asesoramiento (determinación de la posición jurídica) y la defensa en procesos judiciales.

La dificultad de nuestra Ley 10/2010 es que ha introducido el mero asesoramiento que acompaña a la operación de riesgo como determinante de su condición de sujeto obligado y, a la vez, considera bajo el título de no sujeción, los presupuestos de exención de determinados deberes como consecuencia del tipo de asesoramiento protegido por el secreto profesional.

Pocas conclusiones apriorísticas pueden darse, aunque sí pueden darse, de nuevo, algunas pautas de actuación.

En los supuestos en los que, de acuerdo con la citada Directiva, “*el profesional del derecho esté implicado en blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, de que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo*”, ni tan siquiera debería hablarse de secreto profesional, cuando se trata de acciones delictivas de los abogados.

No tiene sentido que la Directiva se refiera a estas situaciones como excepción al secreto profesional.

Sí lo tiene cuando, seguidamente la Directiva, se refiere a los casos en los que “*el profesional del derecho sepa que el cliente solicita asesoramiento jurídico con fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo*”.

Se estaría aquí ante un asesoramiento *ex ante*, puesto que la actividad delictiva aún no se ha producido y entendemos también que no ha habido participación en la concepción o realización más allá del puro asesoramiento jurídico, esto es, asesoramiento sobre una estructura dada sobre la que solamente se realiza una estricta evaluación sobre su adecuación a la legalidad.

En este caso, si en aplicación de las medidas de diligencia, el abogado puede saber que el cliente quiere instrumentalizar el asesoramiento que se le requiere para propiciar el blanqueo o financiar el terrorismo, podría hacer la comunicación pertinente.

En este caso, hay una quiebra de la confianza que preside la relación abogado/cliente por razón de la instrumentalización que el segundo hace del primero. Además, se ataca a la independencia del abogado por el pro-

pio cliente. No se trata de la solicitud de asesoramiento con el que se trata de evaluar por el cliente su posición jurídica en previsión de un eventual conflicto en el que le imputen blanqueo de capitales (supuesto en el que sí habría secreto profesional), sino de una instrumentalización del asesoramiento para propiciar el blanqueo mismo.

En este caso, tampoco debe ser de aplicación el secreto profesional y el abogado estaría libre para comunicar el hecho a las autoridades administrativas.



# El secreto profesional de los abogados de empresa

(Informe 8/2018)

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. UN ANTEPROYECTO DE LEY Y UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA. 2. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA. 3. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO/DEBER DE SECRETO PROFESIONAL. 4. A MODO DE RESUMEN Y CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN. UN ANTEPROYECTO DE LEY Y UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Si hemos de partir de un hecho incuestionado, éste es que los abogados españoles no nos hemos cuestionado en ningún momento que los compañeros que prestan sus servicios para una empresa con la que mantienen una relación laboral, sea no con exclusividad, son tan independientes en su actuación como el resto.

Ahora bien, este aparente consenso conceptual que une y ha unido siempre a la abogacía española está siendo objeto de reflexión y cuestionamiento en los últimos tiempos. Y no porque revisemos nuestro criterio, sino porque nos ha parecido necesario reafirmarlo incluso formalmente. Bien es verdad que esta reafirmación efectuada por la Abogacía institucional no parece ser compartida por otras instituciones.

Recientemente hemos conocido, por noticias de prensa, la existencia de un borrador de Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley General Tributaria, que pretende trasponer la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información. La directiva pretende prevenir los que denomina “*mecanismos de planificación fiscal potencialmente agresiva*”, que en estos tiempos abarcan normalmente más de una jurisdicción. Y pretende hacerlo mediante el establecimiento de obligaciones de información a los intermediarios y asesores. Para estos casos de estructuras o mecanismos transfronterizos.

Ahora bien, el artículo 8 bis ter de la Directiva modificada —relativo al *ámbito de aplicación y condiciones del intercambio automático y obligatorio de infor-*

*mación sobre mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información—incorpora un apartado 5 del siguiente tenor:*

*“5. Cada Estado miembro podrá adoptar las medidas necesarias para otorgar a los intermediarios el derecho a una dispensa de la obligación de presentar información sobre un mecanismo transfronterizo sujeto a comunicación de información cuando la obligación de comunicar información vulnere la prerrogativa de secreto profesional en virtud del Derecho nacional de dicho Estado miembro. En estas circunstancias, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para exigir a los intermediarios que notifiquen sin demora sus obligaciones de comunicación de información en virtud del apartado 6 a cualquier otro intermediario, o cuando no exista tal intermediario, al contribuyente interesado.*

*Los intermediarios solo podrán acogerse a una dispensa con arreglo al párrafo primero en la medida en que actúen dentro de los límites de la correspondiente normativa nacional por la que se definan sus profesiones”.*

A pesar de ello, el Ministerio de Hacienda español pretende extender, al parecer, la obligación de información a los abogados de empresa por considerar que carecen del derecho a mantener el secreto profesional. Y este craso error del Ministerio debe ser corregido antes de que el texto vea la luz.

Es posible que nuestra Administración se haya dejado llevar por una lectura apresurada y una interpretación errónea de la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2010, dictada en el recurso de casación interpuesto por Azko Nobel Chemicals Ltd y Akcros Chemicals Ltd, que vino a suponer un cuestionamiento generalizado de la posición de los abogados de empresa. El litigio se suscitó como consecuencia de una decisión de la Comisión, de 8 de mayo de 2003, que denegó la solicitud de las empresas —inmersas en un procedimiento de verificación por eventuales prácticas contrarias a la competencia— de proteger ciertos documentos con base en la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.

El Tribunal fue claro y conciso. Reitero la doctrina sentada en su ya antigua sentencia de 18 de mayo de 1982 (AM & Europe/Comisión), que subordinaba la confidencialidad de esas comunicaciones abogado/cliente a dos requisitos:

- que las comunicaciones se refirieran al ejercicio de los “*derechos de la defensa del cliente*”;
- y que se tratara de “*abogados independientes*”, es decir, “*no vinculados a su cliente mediante una relación laboral*”.

A muchos abogados españoles les resultó muy difícil no ya compartir, sino entender tan siquiera el criterio del Tribunal, al menos desde un punto de vista teórico. Se preguntaron qué tiene que ver la naturaleza de la relación contractual que liga a abogado y cliente con la necesaria independencia, dignidad e integridad en el ejercicio de la abogacía y con el respeto del secreto profesional (términos todos éstos profusamente utilizados por la archiconocida Directiva de Servicios).

Para el Tribunal no es lo mismo un abogado interno que uno externo, no son términos equiparables para justificar una infracción del principio de igualdad de trato. Aun cuando en el ámbito nacional se prevea y exija la incorporación de los abogados de empresa al Colegio, éstos no son considerados por el Tribunal independientes de su cliente porque son una parte del mismo. La posible equiparación legal no incide en la dependencia económica y la identificación del abogado interno con su empresa.

Es cierto que existen Estados Miembros que excluyen a los abogados de empresa de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado/cliente. Incluso algunos no les permiten colegiarse y, en consecuencia, no les atribuyen la condición de abogados. Y ésta fue —y debió ser— una razón esencial para un Tribunal europeo que tiene el deber de guardar un equilibrio difícil entre los diferentes regímenes jurídicos de los Estados Miembros. No obstante, los ordenamientos internos deberían ser siempre los preferentes en estos casos, aun cuando se trate de cuestiones suscitadas en un procedimiento comunitario. Es decir, la condición y estatuto jurídico de los abogados debería regirse exclusivamente por el Derecho interno, ya que se trata de un contenido profesional no homogeneizado en el ámbito comunitario. Y así lo hace la Directiva (UE) 2018/822, aunque el Ministerio de Hacienda no parece haberse dado cuenta.

## **2. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA**

Los abogados de empresa son en España tan abogados como cualquier otro. Están sujetos a los mismos derechos y obligaciones colegiales y deontológicas. Eso sí, siempre que se trate de *abogados*, es decir, de quienes se encuentran colegiados o inscritos en un Colegio de Abogados.

La colegiación es obligatoria para prestar cualquier servicio propio de la profesión, con independencia de la naturaleza jurídica de la relación que une al abogado con el cliente. La no incorporación al Colegio implicaría una absoluta falta de control deontológico y disciplinario, una inacción frente al desvío en el ejercicio profesional. Debe tenerse en cuenta que el

asesoramiento jurídico resulta esencial para permitir el correcto ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes, así como para la conciliación de conflictos que de otra forma colapsarían los Tribunales. Esto significa que sirve al interés general de una manera nítida. El asesoramiento es esencial para que las personas físicas y jurídicas sepan qué comportamiento deben asumir para no contrariar el ordenamiento jurídico, para evaluar los riesgos de cualquier actuación y, lo que es aún más importante, para ejercer sus derechos con eficacia.

El sentido real en España de los Colegios profesionales y de su entronque constitucional sólo se manifiesta cuando se configuran como un elemento organizativo de la profesión y también de la regulación profesional, manifestado en el principio de colegiación obligatoria. Entonces el control deontológico tiene sentido. Si los profesionales pueden desarrollar su actividad al margen del Colegio, la deontología no existe. Nos encontraremos ante la ética individual de cada profesional, pero no colectiva de la profesión, controlable, exigible y sancionable en cuanto a las desviaciones que se produzcan.

La principal justificación de existencia de los Colegios en estos tiempos ha venido situándola el legislador español en la protección de los ciudadanos receptores de los servicios de los profesionales colegiados, no ya en la protección de los propios colegiados. El legislador entiende —y lo hace de forma acertada— que los Colegios se encuentran en una mejor posición para defender los derechos e intereses de los ciudadanos en este ámbito concreto que la propia Administración.

Esto es esencial y es lógico. Los responsables colegiales conocen la profesión por dentro, las normas deontológicas que deben regir la actuación de los profesionales, el estándar en cada caso, los Códigos de conducta de ámbito comunitario europeo que deben aplicarse y cómo son interpretados por las instancias profesionales de ámbito supraestatal. Esto engarza de forma natural con el criterio manifestado por el Tribunal Constitucional español, en su sentencia de 17 de enero de 2013, cuando afirma sin ambages que:

*“La razón de atribuir a estas entidades, y no a la Administración, las funciones públicas sobre la profesión, de las que constituyen el principal exponente la deontología y ética profesional y, con ello, el control de las desviaciones en la práctica profesional, estriba en la pericia y experiencia de los profesionales que constituyen su base corporativa”.*

Los Códigos deontológicos profesionales en España son elaborados por los Colegios profesionales. El principio de autorregulación es esencial y

básico. Más aun, la legitimidad de estos Códigos tiene su raíz en que surgen de los propios profesionales, son una plasmación jurídica de la ética colectiva, que trasciende la ética individual de cada profesional. Las normas deontológicas constituyen el elemento esencial de la ordenación profesional, constituyendo verdaderas normas —preferentemente codificadas— con plena aplicabilidad práctica y que gozan de completa autonomía. No son normas de contenido meramente programático, ético o moral, sino que son las normas que deben seguir continuamente los profesionales colegiados en el ejercicio de su profesión.

De hecho, las normas deontológicas son de aplicación forzosa a los colegiados; ya sean conocidas o no; hayan sido publicadas en un diario oficial o no; en fin, establezcan o no las consecuencias jurídicas del incumplimiento (sanción) dentro de las propias normas.

Los Colegios profesionales son los verdaderos vigilantes de la corrección del conjunto de los servicios profesionales que prestan los colegiados, en que normalmente confluyen necesidades heterogéneas, como son la defensa de la libre competencia, pero también la salvaguarda de la autonomía o independencia, dignidad, integridad y ética de la profesión en garantía de los derechos de los ciudadanos receptores de tales servicios. La Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de servicios) se refiere constantemente a la necesidad de respetar esos principios.

En España hasta ahora se trata de principios respetados por todos los abogados, incluidos obviamente los de empresa. Sin embargo, el futuro se muestra inquietante a la vista del Anteproyecto anunciado.

La relación abogado-Colegio supone además una peculiaridad que incide en las relaciones entre empleador y empresario, toda vez que la independencia profesional del abogado lleva aparejada que los empleadores no puedan ejercer su poder de dirección y control de la actividad del abogado empleado con la misma intensidad que respecto de otros trabajadores. Cuando se contrata a un abogado se hace con toda la carga que su Estatuto le impone. Éstas son las sencillas y claras premisas del régimen jurídico español al respecto.

Ser abogado es algo muy serio y difícil y la sentencia del TJUE cuestionaba un punto nuclear del régimen o estatuto jurídico del abogado, como es el secreto profesional. Desde la Abogacía institucional española se consideró que era justo y necesario contemplar específicamente la situación de estos profesionales aparentemente más vulnerables. Y así se propuso

dedicarles un precepto del nuevo (o, más bien, futuro) Estatuto General de la Abogacía Española.

De este modo, con fecha 12 de junio de 2013, el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española aprobó, sin ningún voto en contra, la parte articulada del futuro nuevo Estatuto General, que remitió seguidamente al Ministro de Justicia, para que siguiera su tramitación hasta ser aprobado por Real Decreto del Consejo de Ministros. Este nuevo Estatuto General incorpora un artículo 40 dedicado precisamente a los abogados de empresa, en el que se constata la necesidad de que su actuación sea libre e independiente. Dispone lo siguiente el precepto:

**“Artículo 40. Abogado de empresa.**

*La Abogacía también podrá ejercerse por cuenta ajena como Abogado de empresa en régimen de relación laboral común, mediante contrato de trabajo formalizado por escrito y en el que habrán de respetarse la libertad e independencia básicas para el ejercicio de la profesión y expresarse si dicho ejercicio fuese en régimen de exclusividad”.*

La abogacía es profesión específica y es profesión unitaria, diferenciada de las demás; y su ejercicio lleva aparejado el compromiso de defensa de los más elementales y fundamentales derechos de las personas. En España, las normas de aplicación determinan el conjunto de derechos y deberes que configuran la profesión de abogado, buscando siempre la satisfacción del interés general. Y no parecía posible segregar actividades propias de la abogacía para configurar nuevas profesiones o establecer regímenes jurídicos diferentes para los abogados atendiendo al tipo de relación contractual con su cliente. No obstante, en el momento actual se ha concretado una nueva amenaza para la situación jurídica de los abogados de empresa y su independencia.

En efecto, nos encontramos ante un anuncio de proyecto normativo que pretende eliminar el derecho (y deber) de secreto profesional de los abogados de empresa. La esencia del diferente tratamiento de estos abogados con respecto a otros no se encuentra en la profesión o en la actividad profesional que desarrollan o desempeñan, sino en la naturaleza jurídica de la relación que une al prestador de servicios profesionales y a quien los recibe.

Pero debe recordarse que al abogado con relación laboral se le exigen los mismos requisitos formativos y de otro tipo que a cualquier otro, teniendo en cuenta que para acceder a la profesión de abogado en España es necesario superar un máster específico y un examen de Estado.

Las normas españolas se refieren muy extensa e intensamente al derecho/deber de secreto profesional de los abogados. La razón es obvia. El secreto profesional es un instituto angular —y la manifestación de un derecho fundamental— para el ejercicio profesional del abogado. Resulta así esencial conocer cuál es el marco jurídico en el que nos movemos en España respecto al derecho/deber de secreto profesional que vincula a los abogados en su ejercicio.

La Constitución señala en su art. 24.2 (con especial atención al inciso final) que:

*“2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”*

La regulación del secreto profesional es por tanto un supuesto de configuración legal, lo que ahora veremos para después analizar la regulación existente. Así, la Ley Orgánica del Poder Judicial se refiere a los abogados disciplina en su art. 542, que transcribimos íntegramente, aun cuando a los efectos que nos ocupan resulta esencial su apartado 3:

- “ 1. 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.*
- 2. En 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.*
- 3. 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.”*

El apartado primero se refiere al abogado como aquél que actúa ante los Tribunales ejerciendo funciones de dirección y defensa de las partes y también como quien asesora y da consejo jurídico. Se incluyen tanto funciones contenciosas como consultivas y el abogado lo es cualquiera que sea la actividad profesional integradora de su profesión que desarrolle en un momento concreto.

Por su parte, el apartado tercero, al tratar del derecho/deber de secreto profesional, lo impone para “*cualquiera de las modalidades de su actuación pro-*

*fesional*". Es decir, tanto para la de defensa ante los Tribunales, como para la de asesoramiento jurídico.

Nos encontramos por tanto, con una definición integral de la profesión. El Tribunal Supremo ha seguido idéntico criterio, siempre definiendo al abogado con un carácter omnicomprendivo respecto a la actividad jurídica, sin limitarla a la de carácter procesal.

Por ello la norma propuesta resulta contraria a lo previsto por la LOPJ y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que veremos seguidamente.

El Código Penal dispone en su art. 199 lo siguiente:

*"1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.*

*2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años."*

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su art. 263, exceptúa del deber de denunciar que establece el art. 262 a "*los abogados y a los procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes*".

Y su art. 416.2 exceptúa del deber de declarar como testigo al "*abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor*".

La Ley de Enjuiciamiento Civil dedica su art. 371.1 (que derogó el art. 1247 del Código Civil) a esta materia también:

*"Artículo 371. Testigos con deber de guardar secreto*

*1. Cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interrogue, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Si el testigo quedare liberado de responder, se hará constar así en el acta".*

Acabamos de ver cuáles son las normas constitucionales y las contenidas en leyes orgánicas (y alguna ordinaria) que protegen el secreto profesional. No son las únicas. Es preciso también citar el vigente Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio. Conviene recordar algunas de sus normas:

– Art. 21.b):

*“Los Abogados tienen las siguientes prohibiciones, cuya infracción se sancionará disciplinariamente:...*

*... b) Compartir locales o servicios con profesionales incompatibles, si ello afectare a la salvaguarda del secreto profesional.”*

– **Art. 25.2.a):**

*“2. Se considerará contraria a las normas deontológicas de la Abogacía la publicidad que suponga: (...) a) Revelar directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional.”*

– **Art. 28.2:**

*“2. La agrupación habrá de tener como objeto exclusivo el ejercicio profesional de la Abogacía y estar integrada exclusivamente por Abogados en ejercicio, sin limitación de número. No podrá compartir locales o servicios con profesionales incompatibles, si ello afectare a la salvaguarda del secreto profesional. Tanto el capital como los derechos políticos y económicos habrán de estar atribuidos únicamente a los Abogados que integren el despacho colectivo.”*

– **Art. 32:**

*“1. De conformidad con lo establecido por el artículo 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.*

*2. En el caso de que el Decano de un Colegio, o quien estatutariamente le sustituya, fuere requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, competente para la práctica de un registro en el despacho profesional de un abogado, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen velando por la salvaguarda del secreto profesional.”*

Por su parte, el Código Deontológico, aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo General de la Abogacía el 27 de septiembre de 2002 (para adaptarlo al Estatuto General) y modificado por Acuerdo de 10 de diciembre de 2002 contiene también las siguientes previsiones:

– **Art. 5, Secreto profesional:**

*“1. La confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado, ínsita en el derecho de aquél a su integridad y a no declarar en su contra, así como en derechos fundamentales de terceros, impone al abogado 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 el artículo 437.2 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial.*

*2. El deber y derecho al secreto profesional del abogado comprende 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 por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional. **ÁMBITO OBJETIVO.**

3. El abogado no podrá aportar a los tribunales, ni facilitarle a su cliente las cartas, comunicaciones o notas que reciba del abogado de la otra parte, salvo expresa autorización del mismo.

4. Las conversaciones mantenidas con los clientes, los contrarios o sus abogados, de presencia y por cualquier medio telefónico o telemático, no podrán ser grabadas sin previa advertencia y conformidad de todos los intervinientes y en todo caso quedarán amparadas por el secreto profesional.

5. En caso de ejercicio de la abogacía en forma colectiva, el deber de secreto se extenderá frente a los demás componentes del colectivo siempre que el cliente expresamente lo solicite.

6. En todo caso, el abogado deberá hacer respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier otra persona que colabore con él en su actividad profesional.

7. Estos 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.

8. El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacía. 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 por sí solo no excusa al Abogado de la preservación del mismo.”

El art. 7, que regula la publicidad que pueden hacer los abogados, considera, entre otros supuestos, que vulnera el Código Deontológico aquella publicidad que comporte revelar “*directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional*” (art. 7.2-a CDAE).

El art. 13 está dedicado a regular las relaciones del abogado con sus clientes. Su apartado 3 establece que el abogado tendrá plena libertad para aceptar o rechazar el asunto en que se solicite su intervención, sin necesidad de justificar su decisión. Asimismo queda determinado que el Abogado podrá abstenerse o cesar en la intervención cuando surjan discrepancias con el cliente y que deberá hacerlo “*siempre que concurran circunstancias que puedan afectar a su plena libertad e independencia en la defensa o a la obligación de secreto profesional*”. El apartado 5 establece que el abogado no podrá aceptar encargos profesionales que impliquen actuaciones contra un anterior cliente, cuando exista riesgo de que el secreto de las informaciones obtenidas en la relación con el antiguo cliente pueda ser violado, o que de ellas pudiera resultar beneficio para el nuevo cliente, estipulando en el apartado 6 que el abogado deberá, asimismo, abstenerse de llevar los asuntos de un conjunto de clientes afectados por una misma situación, cuando surja

un conflicto de intereses entre ellos, exista riesgo de violación del secreto profesional, o pueda estar afectada su libertad e independencia.

Pero no sólo abogados españoles han considerado al secreto profesional como esencial para su ejercicio profesional y para salvaguardar el derecho fundamental de defensa de sus clientes. Los abogados de la vieja Europa, máxima defensora del respeto a los derechos humanos, han incluido las siguientes menciones en el Código Deontológico de los Abogados de la Comunidad Europea:

*“Art. 2.3. Secreto profesional.*

*2.3.1. El Abogado es depositario, en razón de su misión, de secretos de su cliente y destinatario de comunicaciones confidenciales. Sin garantía de confidencialidad no puede haber confianza de forma que el secreto profesional es considerado como el derecho y la obligación fundamental y primordial del Abogado.*

*2.3.2. El Abogado debe respetar el secreto de cualquier información confidencial de la que tenga conocimiento en el marco de su actividad profesional.*

*2.3.3. Esta obligación no está limitada en el tiempo.*

*2.3.4. El Abogado debe hacer respetar el secreto profesional por su personal y por cualquier persona que colabore con él en su actividad profesional.”*

Y el nuevo Estatuto, al que antes nos referíamos (y que en el momento en que se elabora este informe se encuentra sujeto a Dictamen del Consejo de Estado), dedica al secreto profesional el capítulo cuarto —arts. 22 a 25—, de su Título segundo (ejercicio de la abogacía), sin perjuicio de otras referencias en diferentes artículos.

*“Artículo 22. Secreto profesional.*

*La confianza y confidencialidad en las relaciones con el cliente imponen al Abogado, de conformidad con lo establecido por la Ley Orgánica del Poder Judicial, el deber y el derecho de guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligado a declarar sobre ellos.*

*Artículo 23. Ámbito del secreto profesional.*

*1. El deber y derecho de secreto profesional del Abogado comprende todos los hechos, comunicaciones, datos, informaciones, documentos y propuestas que, como Abogado, haya conocido, emitido o recibido en su ejercicio profesional.*

*2. El secreto profesional no ampara las actuaciones del Abogado distintas de las que son propias de su ejercicio profesional y, en especial, las comunicaciones, escritos y documentos en que intervenga con mandato representativo de su cliente y así lo haga constar expresamente.*

*3. Las conversaciones mantenidas por los Abogados con sus clientes, los contrarios o sus Abogados, de presencia o por cualquier medio telefónico o telemático, solo podrán ser grabadas con la previa advertencia y conformidad de todos los intervinientes, quedando en todo caso amparadas por el secreto profesional. Están igualmente*

*amparadas por el secreto profesional, las grabaciones realizadas por el cliente, no conocidas por su Abogado, incluso si éste no lo era o no intervino en dicho momento, de conversaciones en que intervenga Abogado de la otra parte. En ningún caso podrán dichas grabaciones, autorizadas o no, ser aportadas o utilizadas en juicio sin la previa autorización expresa de todos los intervinientes en las conversaciones de que se trate.*

*4. En caso de ejercicio de la Abogacía en el seno de una sociedad profesional o en alguna otra forma de ejercicio colectivo de la profesión, el deber de secreto profesional se extenderá a los demás componentes de la sociedad o del colectivo y a todos los empleados y colaboradores.*

*5. El Abogado deberá hacer respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier otra persona que colabore con él en su actividad profesional.*

*6. El deber de secreto profesional permanece incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, sin que se encuentre limitado en el tiempo.*

*7. El Abogado no quedará relevado de sus deberes de secreto profesional por la autorización de su cliente.*

**Artículo 24.** *Confidencialidad de las comunicaciones entre Abogados.*

*El Abogado no podrá aportar a los Tribunales, ni facilitar a su cliente, las cartas, documentos y notas que, como comunicación entre profesionales de la Abogacía, mantenga con el Abogado de la otra parte, salvo que éste lo autorice expresamente. Esta prohibición no alcanzará a las cartas, documentos y notas en que intervenga con mandato representativo de su cliente y así lo haga constar expresamente.*

**Artículo 25.** *Entrada y registro en despachos profesionales.*

*Los Decanos de los Colegios, quienes estatutariamente les sustituyan o quienes para tal fin fueran designados por el Decano, asistirán a la práctica de los registros en el despacho profesional de un Abogado y a cuantas diligencias de revisión de los documentos, soportes informáticos o archivos intervenidos en aquél se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional y, especialmente, porque el registro así como el resto de las actuaciones, a las que también asistirán, se limiten exclusivamente a la investigación del ilícito por razón del cual fueron acordados”.*

Pues bien, la cita de los artículos transcritos sólo tenía por objeto destacar la vigencia y vigor del derecho fundamental que es el secreto profesional en nuestro ordenamiento.

### **3. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO/DEBER DE SECRETO PROFESIONAL**

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 183/1994, de 20 de junio, aclara que el titular del derecho sería el abogado (en el mismo sentido las SSTC 141/1985 y 11/1992). Aunque la doble faz —derecho/deber— del

secreto profesional ha exigido que se sancione penalmente a quien viola su propio deber de secreto profesional (art. 199 del Código Penal).

Desde el punto de vista del cliente, por estar afectados fundamentalmente su derecho a la intimidad y su derecho de defensa, el secreto se configura como un derecho suyo y un deber del abogado. Desde el punto de vista del abogado, el secreto profesional se puede contemplar, a su vez, como derecho y como deber. Por un lado, se le impone el deber de no divulgar los hechos o noticias de los que haya tenido conocimiento en su ejercicio profesional; este deber tiene su origen en el previo derecho del cliente. Por otro, puede oponer su derecho al secreto profesional cuando alguien le exija que comunique lo que haya conocido con motivo de su ejercicio profesional.

Podría surgir la duda teórica acerca de si el secreto profesional ampara todas las actuaciones del abogado o sólo algunas. Sería una pregunta lógica a la que la LOPJ da una respuesta clara y contundente: el abogado debe guardar secreto de todos —no de alguno, sino de *todos*— los hechos o noticias de que conozca por razón de cualquiera —es decir, *todas*— de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligado a declarar sobre los mismos. No es preciso esforzarse mucho para concluir que si no puede ser obligado a declarar por una autoridad judicial, menos aún por una autoridad administrativa.

Ahora bien, el secreto profesional no ampara ni puede amparar lo que no es una modalidad de actuación profesional o, por decirlo mejor, aquellas actuaciones o prestaciones de servicios que no son propias del abogado. Por tal razón el nuevo EGAE 2013 excluye los supuestos en que el abogado no actúa como tal, sino con mandato representativo del cliente, esto es, como su representante, lo que no es función propia de la abogacía.

Su art. 23.2 prevé así que “*el secreto profesional no ampara las actuaciones del Abogado distintas de las que son propias de su ejercicio profesional y, en especial, las comunicaciones, escritos y documentos en que intervenga con mandato representativo de su cliente y así lo haga constar expresamente*”. Pero esto nada tiene que ver con que estamos analizando en este Informe, con las amenazas que se ciernen sobre el secreto y que son de otra naturaleza.

Por supuesto que constantemente encontramos amenazas al secreto profesional. Por ejemplo, el abogado torpe o desalmado que revela involuntaria o voluntariamente el secreto, que lo hace por ignorancia, para “*ayudar*” a su cliente o por venganza frente a éste.

También el caso del abogado a quien su cliente libera del deber de secreto, dándole consentimiento para que pueda comunicar ciertos datos o informaciones. Podría parecer casi lógico pensar que en tal caso el abogado no estaría vulnerando el deber de secreto profesional. Esta postura sobre la relevancia del consentimiento del cliente no es la imperante, sino que el posicionamiento doctrinal mayoritario entiende que el consentimiento del cliente devendría ineficaz cuando el abogado considere que la revelación del secreto perjudica a su defendido. Y, sobre todo, no es válida cuando el secreto no afecta sólo al cliente, sino también a terceros. El Código Deontológico se sitúa al lado de esta corriente doctrinal, puesto que su art. 5.8 mantiene que el consentimiento del cliente no excusa al abogado de la preservación del secreto profesional.

El riesgo más habitual para la preservación del secreto profesional se concreta en los supuestos de entrada y registro en un Despacho de abogados. En estos casos es evidente que puede observarse una interferencia en el secreto profesional, puesto que terceros ajenos a las relaciones profesionales van a tomar conocimiento de datos o informaciones que, en principio, no deberían tener personas distintas de abogado y cliente. Obviamente, otra cosa es que tal interferencia se realice de forma legítima. El art. 32.2 EGAE prevé que en el caso de que el Decano de un Colegio, o quien estatutariamente le sustituya, fuere requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, competente para la práctica de un registro en el despacho profesional de un abogado, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional.

No obstante esas previsiones, en la STS (Sala 2ª) de 25 de febrero de 2004 se recoge que el Derecho español, a diferencia del francés, no regula de forma específica en el código procesal penal la forma de llevar a cabo la entrada y el registro del despacho profesional de un abogado. Reconoce las referencias del EGAE y se refiere también a la normativa comparada para afirmar que ésta no encuentra obstáculos a la entrada y registro siempre que exista la posibilidad de encontrar datos relevantes para la investigación de delitos cometidos por alguno de los clientes del abogado o cuando sea el abogado mismo el sospechoso de haberlos cometido. En el caso enjuiciado se da validez a la entrada y registro efectuado tomando en consideración no sólo que se había protegido el secreto profesional respecto de los clientes que no estaban siendo investigados, sino que el registro se realizó en presencia de un letrado que velaba por los intereses del despacho del que formaba parte.

Y el otro supuesto de riesgo cierto lo tenemos en la interceptación de comunicaciones abogado-cliente, que es la cuestión probablemente más candente en los últimos años en España en relación con el secreto profesional.

La LECR ha sido modificada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, para conseguir el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

La adopción de este tipo de diligencias de intervención exige una decisión judicial motivada con finalidad exclusivamente probatoria para establecer la existencia de delito y el descubrimiento de las personas responsables, adoptándose con carácter excepcional, debiendo ser proporcionada y limitada en el tiempo

Pero aquí no nos interesa la regulación de la diligencia, sino su ámbito subjetivo, con especial referencia al abogado. Y se ha de afirmar categóricamente que las comunicaciones del imputado con su abogado no son susceptibles de constituir objeto lícito de la diligencia de intervención de las comunicaciones.

Los ordenamientos francés, alemán e italiano regulan expresamente limitaciones a la posibilidad de intervenir este tipo de comunicaciones. En aplicación de la doctrina del TEDH (por todas, la STEDH de 24 de abril de 1990, caso *KRUSLIN*) se han ido estableciendo limitaciones a la posibilidad de intervenir las comunicaciones entre abogado y cliente imputado en los ordenamientos alemán (parágrafo 97. 1 y 2 StPO), francés (artículo 100.7 CPP) e italiano (art. 271.1° CPP en relación con el artículo 200.1°).

La reforma de la LECR de 2015 incorpora en el art. 118.4 la siguiente nueva redacción:

*“Todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial.*

*Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones.*

*Lo dispuesto en el párrafo primero no será de aplicación cuando se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria”.*

Reiterándose en el artículo 520 entre el elenco de derechos y garantías del detenido:

*“7. Las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial en los mismos términos y con las mismas excepciones previstas en el apartado cuarto del artículo 118 de esta ley”.*

En caso de que la intervención afecte a la comunicación abogado-cliente la afectación de derechos fundamentales trasciende del derecho al secreto de las comunicaciones, afectando a otros, básicamente al derecho de defensa y, en su caso, al derecho a la intimidad personal, por lo que el examen de las garantías en este caso —el juicio de proporcionalidad— no se puede limitar a aplicar los criterios generales, sino que deben tomarse en consideración el resto de derechos afectados.

La práctica de la diligencia de intervención sobre las comunicaciones del abogado con su cliente —dado que se trata de una declaración obtenida de modo forzoso del propio abogado— resulta incompatible con la prohibición —establecida con claridad en la LOPJ— de declarar sobre hechos que haya conocido o le hayan sido confiados en el ejercicio de su profesión, dentro de lo que cabe incluir de un modo evidente todo lo que pueda comunicar con su cliente y que es incorporado al proceso —del mismo modo que una declaración testifical— en virtud de la diligencia de intervención adoptada.

El Tribunal Supremo ha afirmado que se produciría una vulneración del secreto profesional en caso de que la diligencia tenga por objeto la comunicación abogado-cliente. En la sentencia de la Sala Segunda nº 79/2012, de 9 de febrero, se afirma que:

*“(…) el derecho al secreto profesional. Concebido como un derecho del letrado a no revelar los datos, de la clase que sean, proporcionados por su cliente, o, con carácter más general, obtenidos en el ejercicio del derecho de defensa (artículo 416 de la LECR y 542.3 de la LOPJ), opera también como un derecho del imputado a que su letrado no los revele a terceros, ni siquiera bajo presión. El conocimiento indebido del contenido de las comunicaciones entre ambos, pues, dejaría en nada este derecho”.*

Por otra parte, los preceptos reguladores del derecho a no declararse culpable se ven afectados, puesto que realizándose la comunicación del cliente con su abogado en el marco de la confianza que genera el derecho de defensa, la obtención y traslado al proceso de lo comunicado —que podría incluir referencia a los hechos investigados o incluso una declaración autoinculpatoria— supone no sólo cercenar el derecho de defensa, sino también el derecho a no declarar contra sí mismo o el derecho a no declararse culpable (reconocidos como garantías constitucionales del proceso por el art. 24.2 de la Constitución).

Con base en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el TEDH ha considerado en repetidas ocasiones la confidencialidad de la relación entre Abogado e imputado como un principio esencial que debe inspirar la normativa reguladora del proceso penal y su aplicación (STEDH de 13 de marzo de 2007 —caso *Castravet c. Moldavia*— y STEDH de 20 de junio de 2000 —caso *Foxley c. Reino Unido*—).

De modo específico, en la sentencia TEDH de 5 de octubre de 2006 —caso *Marcello Viola c. Italia*— establece que el derecho del acusado a comunicarse con su Abogado de modo confidencial constituye un presupuesto básico para un proceso equitativo y justo en un sociedad democrática y se deriva directamente del artículo 6.3(c) CEDH.

El TEDH considera que si un abogado no pudiera entrevistarse con el imputado de un modo reservado, la asistencia perdería gran parte de su utilidad (Sentencia TEDH de 28 de noviembre de 1991 —caso *S. c. Suiza*—), lo que tiene relevancia directa para el derecho de defensa (Sentencia TEDH de 16 de octubre de 2001 —caso *Brennan c. Reino Unido*—).

La referencia más actual para valorar la intervención en las comunicaciones abogado-cliente es la reciente STEDH de 3 de febrero de 2015 —caso *Pruteanu c. Rumanía*—. En ella se analiza la intervención, transcripción y aportación al proceso de unas conversaciones entre el abogado y su cliente, afirmando el Tribunal que la interceptación de conversaciones entre un abogado y su cliente afecta a la confidencialidad y secreto profesional que está en la base de esa relación. En consecuencia, en términos absolutos, su interceptación, grabación y, en su caso, transcripción a efectos procesales vulnera el artículo 8.1 CEDH.

En el ámbito de la Unión Europea, la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente fue declarada como un principio del derecho comunitario ya por la fundamental sentencia TJCE de 18 de mayo de 1982 —caso *AM&S Ltd. Comisión Europea*, C. 155/79, Rec. 417—.

En España nuestro Tribunal Constitucional otorga trascendental relevancia también a la confianza y confidencia como elementos que forman parte del núcleo esencial del derecho de defensa.

Constituye un hito la sentencia de la Sala Segunda del TS de 9 de febrero de 2012 antes citada, dado que si bien tiene por objeto el análisis de una intervención de las comunicaciones abogado-cliente en el ámbito de un centro penitenciario, que cuenta con un régimen jurídico específico en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP), las consideraciones que realiza sobre la confidencialidad de las

comunicaciones entre el abogado y su cliente son aplicables con carácter general a cualquier ámbito y sea cual sea el modo en que se produzca la intervención:

*“Como luego se dirá, aunque es pertinente adelantarlos, el derecho de defensa es un elemento nuclear en la configuración del proceso penal del Estado de Derecho como un proceso con todas las garantías. No es posible construir un proceso justo si se elimina esencialmente el derecho de defensa, de forma que las posibles restricciones deben estar especialmente justificadas. (...)”*

*En el desarrollo de la comunicación entre letrado y cliente, basada en la confianza y en la seguridad de la confidencialidad, y con mayor razón en el ámbito penal, es lo natural que aparezcan valoraciones sobre lo sucedido según la versión del imputado, sobre la imputación, sobre las pruebas existentes y las que podrían contrarrestar su significado inculpatario, sobre estrategias de defensa, e incluso podría producirse una confesión o reconocimiento del imputado respecto de la realidad de su participación, u otros datos relacionados con la misma. Es fácil entender que, si los responsables de la investigación conocen o pueden conocer el contenido de estas conversaciones, la defensa pierde la mayor parte de su posible eficacia”.*

Los términos que el Tribunal Supremo utiliza, que por otra parte son práctica reproducción literal de algunos pasajes de sentencias del TEDH, son contundentes y no dejan lugar a dudas sobre la conclusión a la que se debe llegar en cuanto a la falta de conformidad a Derecho de las diligencias de intervención que tengan por objeto las comunicaciones abogado-cliente. Además, el propio Tribunal se encarga de dejar claro que la inviolabilidad de la comunicación abogado-cliente debe ser proclamada con carácter general, más allá de las consideraciones y particularidades de los casos concretos:

*“7. Naturalmente, todas estas consideraciones no pueden entenderse referidas solo a los efectos que producen en el caso concreto las escuchas de las comunicaciones reservadas entre el imputado y su letrado defensor. De aceptarse que la mera posibilidad de que se sigan cometiendo delitos justifica la supresión de la confidencialidad entre el imputado preso y su letrado defensor, desaparecería de manera general un elemento esencial en la misma configuración del proceso justo. Incluso la mera sospecha fundada acerca de la existencia de escuchas generalizadas de las comunicaciones entre el imputado privado de libertad y su letrado defensor, anularía de manera general la confianza en una defensa con capacidad de efectividad, como elemento imprescindible para un proceso con igualdad de armas; un proceso, por tanto, equitativo”.*

Para el en el ámbito penitenciario existe una previsión legal expresa, que se corresponde con esa peculiar situación tanto desde el punto de vista subjetivo —cliente privado de libertad, lo lógico es que en situación de prisión preventiva—, como objetivo —comunicaciones que tienen lugar en

el Centro Penitenciario—. En su artículo 51.2, la LOGP contempla la prohibición expresa de intervenir las comunicaciones de la siguiente forma:

*“2. Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”.*

La interpretación del precepto en modo alguno puede pivotar sobre la excepción que constituye el último inciso, sino sobre la prohibición general de intervención. La excepción es extraordinaria —autorización judicial para intervenir en caso de terrorismo— y, en todo caso, debe ser interpretada de modo restrictivo, tal como indica la STC de 20 de junio de 1994:

*“Esta diferenciación esencial que existe entre el art. 51.5 —régimen general cuya única remisión válida es al art. 51.1— y el art. 51.2, pone de manifiesto la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de «orden de la autoridad judicial» y «supuestos de terrorismo», que en el mismo se contienen, así como derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa que es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales. Dichas condiciones habilitantes deben, por el contrario, considerarse acumulativas y, en su consecuencia, llegarse a la conclusión que el art. 51.2 de la LOGP autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su Abogado sin que autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones”.*

Las posibles excepciones no condicionan la inviolabilidad general de las comunicaciones abogado-cliente. Ciertamente, se ha admitido la posibilidad de que las comunicaciones entre el abogado y su cliente sean sometidas a intervención. Así, la ya citada Sentencia del TEDH de 25 de marzo de 1998 —caso *Kopp c. Suiza*— exige como presupuesto de la confidencialidad que las comunicaciones se ciñan a “*la relación abogado-cliente que atañe directamente a los derechos de defensa*” y “*a las actividades propias de su profesión*”, lo que en otras sentencias ha supuesto que se admitan restricciones a la confidencialidad cuando concurra causa suficiente (STEDH de 12 de mayo de 2005 —caso *Öcalan c. Turquía*—).

Esa excepción ha sido precisada en la Sentencia del TEDH de 16 de octubre de 2012 —caso *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria*— en la que se recoge que “*...la lectura de la correspondencia de un interno con su abogado, sólo puede autorizarse en casos excepcionales, si las autoridades tienen razones para creer que existe un abuso de privilegio por cuanto el contenido de la carta amenaza la seguridad del establecimiento o a terceros o reviste un carácter delictivo*”. En un sentido similar

la Sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 2012 —*caso Michaud c. Francia*—, en la que se exceptúa la confidencialidad en aquellos casos en que el abogado desempeñe tareas similares a las realizadas por otros profesionales y no propias de la esencia de la profesión.

En España, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2001 es muy clara al respecto:

*“El secreto profesional que protege a las relaciones de los abogados con sus clientes, puede, en circunstancias excepcionales, ser interferido por decisiones judiciales que acuerden la intervención telefónica de los aparatos instalados en sus despachos profesionales. Es evidente que la medida reviste una incuestionable gravedad y tiene que ser ponderada cuidadosamente por el órgano judicial que la acuerda, debiendo limitarse a aquellos supuestos en los que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado ha podido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva, como uno de sus elementos componentes”.*

De la jurisprudencia citada se extrae que, con las lógicas garantías, se podría exceptuar la confidencialidad en caso de que la relación y la comunicación entre el abogado y su cliente trascienda de la relación profesional y pase a constituirse en una relación delictual o delictiva. Y esto es lo que recoge precisamente la reforma de la LECR.

No obstante, debe entenderse que en estos casos realmente no estamos ante una excepción de la inviolabilidad de las comunicaciones, puesto que la comunicación lo es entre abogado y cliente sólo en términos formales, dado que materialmente no es posible identificar un ejercicio de las funciones del abogado. En realidad estamos ante comunicaciones entre dos presuntos delincuentes.

Si nos referimos a la situación del abogado en relación con la normativa sobre prevención del blanqueo de capitales, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, prevé que su art. 2.1.ñ) que la Ley se aplica a “*los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («trusts»), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria*”.

Pero, el art. 22 (“No sujeción”) establece lo siguiente:

*“Los abogados no estarán sometidos a las obligaciones establecidas en los artículos 7.3, 18 [Comunicación por indicio] y 21 [Colaboración con la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y con sus órganos de apoyo] con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos.*

*Sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley, los abogados guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente”.*

Es decir, en una materia tan sensible —mucho más que las normas fiscales— se reconoce y protege el secreto profesional de los abogados, sin distinción alguna basada en el tipo de relación contractual que mantienen con su cliente.

Dentro del amplio contenido del secreto profesional encontramos una materia que genera gran conflictividad y en la que los abogados adoptan en muchas ocasiones criterios alejados de las exigencias deontológicas. Se trata del deber de secreto (o confidencialidad) sobre las comunicaciones entre compañeros, tanto a las orales como las escritas, como se desprende de los apartados 2, 3 y 4 del art. 5 del Código Deontológico.

En lo que hace a las escritas, que son las más problemáticas, especialmente cuando se aportan a los Tribunales, su regulación aparece dispersa en distintos artículos del EGAE y del Código Deontológico. De modo que el mismo precepto se repite en el art. 34.e) del EGAE, dentro de las obligaciones entre colegiados cuando debería haberse encuadrado en todo caso en el art. 32 destinado específicamente al secreto profesional. En el art. 5.3 del Código Deontológico, dentro del desarrollo general de este deber. Y además en los arts. 11.1.g), 2º inciso, dentro de las obligaciones en relación con los Tribunales; y en el art. 12.11, dentro de las obligaciones entre compañeros, en este caso en relación con los abogados extranjeros.

En esencia, se dispone que el abogado no podrá divulgar, facilitar al cliente, ni aportar en interés de éste ante los Tribunales, las cartas, notas o cualquier tipo de comunicación realizada en cualquier soporte documental que hubiera recibido del abogado de la otra parte, salvo expresa autorización del mismo o de la Junta de Gobierno del Colegio, mediando en este caso causa grave.

Obviamente, no todas las comunicaciones recibidas del abogado contrario están protegidas, sino sólo aquellas cuyo contenido pueda ser calificado de confidencial en sentido antes expresado. Quedan excluidas aquellas comunicaciones escritas recibidas del abogado contrario que no mantengan el doble vínculo: de un lado con el confidente y, de otro, con la función modal de la defensa. Esto excluye de la confidencialidad las revelaciones que haga un abogado a otro por escrito que atañan a cuestiones ajenas al abogado o a la parte contrarios y a cuestiones ajenas al interés de la defensa contraria.

Puede ser sujeto activo, además del receptor, otro abogado que no hubiera recibido la carta o documento del abogado contrario sino del abogado receptor. Si se trata de la sustitución de un compañero de despacho, la prohibición se extiende al mismo de forma directa *ex lege*, en virtud de lo dispuesto en el art. 5.5 y 6 CD, que extiende el deber de secreto con carácter general a todos los componentes del colectivo y colaboradores.

En cualquier caso, conviene recordar que en Europa las reglas no son iguales. En el artículo 5.3.1 del Código Deontológico de la Abogacía Europea, aplicable a las actuaciones transnacionales de los abogados, la confidencialidad del documento no depende objetivamente del carácter sensible de su contenido para el justiciable, sino de que expresamente se haga constar en el documento por el remitente.

#### 4. A MODO DE RESUMEN Y CONCLUSIONES

La exposición precedente de la regulación del secreto profesional de los abogados en España pretende poner de manifiesto la enorme relevancia que se da a esa institución en cuanto garantizadora del derecho fundamental de defensa. Desde el Constituyente al Legislador orgánico y ordinario han sido sensibles a esta realidad. Y no sólo ellos, sino muy especialmente los Tribunales, con especial referencia al Tribunal Supremo, que lo ha reafirmado en situaciones difíciles y ha reaccionado beligerantemente en favor del derecho de defensa ante infracciones en el ámbito judicial que afectaban negativamente al secreto profesional de los abogados.

En España no ha existido ninguna quiebra normativa o judicial en la protección del secreto de todos los abogados, cualquiera que sea la forma de ejercicio profesional y la naturaleza jurídica de la relación que mantuvieran con su cliente. Los abogados de empresa han sido considerados *como un abogado más*.

Bien es cierto que en el ámbito europeo sí hemos observado quiebras parciales del principio referidas a los abogados de empresa, pero eso se debe a la diversa configuración de estos profesionales en los distintos Estados miembros. El tratamiento no es homogéneo. Algunos Estados, como España, les consideran abogados sin matices; pero otros no les permiten tan siquiera colegiarse; y algunos no les reconocen el derecho de secreto profesional.

Los Tribunales de ámbito europeo deben enfrentarse a estas diferentes regulaciones buscando mínimos comunes normativos que resulten aplicables a realidades normativas distintas, lo que no es tarea sencilla. De ahí que las resoluciones se refieran a casos concretos y a materias particulares y heterogéneas, como son las infracciones del Derecho de la competencia con trascendencia europea (que bien conocemos).

Debe destacarse no obstante la preeminencia del secreto profesional de los abogados en normas sensibles incluso para la seguridad pública. No parece por ello razonable que se pretenda excluir para otras de mucha menor importancia cualitativa, como son las referidas a las informaciones fiscales.

El secreto profesional, aparte de lo ya indicado, es seña de identidad de los abogados españoles, que han luchado por su preservación y protección siempre, frente a los poderes públicos cuando ha sido necesario y también contra los *malos abogados* que han infringido sus deberes. Por tal razón, resulta imprescindible destacar su vigencia y su vigor como garantía para el derecho fundamental de defensa también en estos momentos, sin que se puedan permitir quiebras por razón alguna, lo que ampara por supuesto a los abogados de empresa.



# La directiva relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones

(Informe 7/2018)

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 3. LA DIRECTIVA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. 3.1. El objetivo de la Directiva. 3.2. El ámbito de aplicación. 3.3. Los requisitos formales del test de proporcionalidad. 3.4. Los requisitos materiales del test de proporcionalidad. 3.5. Análisis crítico. 4. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los requisitos para el acceso a las profesiones reguladas y su ejercicio están desde hace largo tiempo en el punto de mira de las instituciones europeas. La regulación de las profesiones es, en sí, competencia de los Estados miembros, pero tiene una indudable dimensión comunitaria, pues debe en todo caso respetar las libertades de circulación, así como, cuando sean aplicables, las disposiciones del Derecho europeo de la competencia.

Desde esta doble perspectiva, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene controlando la proporcionalidad de los requisitos de acceso o de ejercicio de las profesiones reguladas, ya sea en el contexto de las cuestiones prejudiciales que a tal efecto se le someten o con ocasión de los recursos de incumplimiento planteados por la Comisión.

Este control contencioso *a posteriori*, sin embargo, pronto devino insuficiente para la Comisión, siempre a la búsqueda de filones de crecimiento económico ocultos tras eventuales restricciones a las libertades de circulación. Partiendo de la idea de que una mayor apertura del acceso a las profesiones estimularía la competitividad y el empleo, el control en vía judicial se completó con el establecimiento, en la Directiva de cualificaciones profesionales de 2005, de una obligación de control previo de la proporcionalidad de las regulaciones, y con el lanzamiento, en 2013, de un proceso de evaluación mutua de las reglamentaciones nacionales.

Los resultados de ambos instrumentos fueron, sin embargo, considerados igualmente insatisfactorios por la Comisión, que decidió entonces adoptar una estrategia más ofensiva para garantizar que la evaluación de

la proporcionalidad se hiciese de forma homogénea en toda la Unión Europea. Así, dentro del llamado “Paquete de Servicios” de enero de 2017, se formuló una propuesta que posteriormente sería aprobada como Directiva (UE) 2018/958 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones. En ella se traslada claramente la carga de la prueba *ex ante* de la proporcionalidad de toda regulación profesional a los Estados miembros, además de armonizar los criterios formales y materiales que deben regir ese examen previo, todo ello con un ámbito de aplicación extraordinariamente amplio, en el que se incluyen, por ejemplo, las profesiones jurídicas, pero también las profesiones sanitarias, pese a su previa exclusión de la Directiva de servicios.

En el presente informe se examinan los contornos que presenta el principio de proporcionalidad en el Derecho de la Unión (II) y el contenido de la Directiva 2018/958, con un análisis crítico de la misma (III), para finalmente formular algunas conclusiones (IV).

## 2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Según la ya clásica expresión de Lord Diplock, el principio de proporcionalidad prohíbe “*usar un martillo pilón para cascar una nuez cuando pueda hacerse con un cascanueces*”<sup>1</sup>. Con una expresión más castiza, diríamos que el principio impide que los poderes públicos actúen “matando moscas a cañonazos”, en la medida en que ello puede vulnerar o limitar los derechos y libertades de los ciudadanos.

Presente en la mayor parte de los sistemas jurídicos europeos, el principio de proporcionalidad ocupa una posición central en el Derecho de la Unión: el artículo 5.4 del TUE establece que “[E]n virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”; la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE lo ha elevado, además, al rango de principio general del Derecho, imponiéndose tanto a las instituciones comunitarias como a los Estados miembros, cuando actúan en el ámbito del Derecho de la Unión.

---

<sup>1</sup> “*You must not use a steam hammer to crack a nut if a nut cracker would do*”: Lord Diplock, *Opinion on (1983) 1 WLR 151*, p. 155.

Es frecuente el recurso al dicho principio, en particular, para garantizar un adecuado equilibrio entre las libertades de circulación previstas en los Tratados y el margen de que disponen los Estados miembros para actuar en defensa de un determinado interés público. Así, de acuerdo con una arraigada jurisprudencia, las restricciones a las libertades de circulación deben, para ser legítimas, superar el llamado test de consistencia y proporcionalidad: “*las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo*”<sup>2</sup>.

Como ya se indicó, la jurisprudencia viene aplicando dicho test como mecanismo de control de la legalidad de las normas nacionales sobre profesiones reguladas: en la medida en que los requisitos exigidos por la legislación de un Estado miembro para ejercer una determinada profesión en su territorio puedan “*obstaculizar o hacer menos atractivo*” el ejercicio de la libre prestación de servicios y de la libertad de establecimiento, debe comprobarse que esas exigencias están justificadas por una razón imperiosa de interés general y que son adecuadas y proporcionadas para alcanzar dicho objetivo.

En el asunto *Blanco Pérez y Chao Gómez*, por ejemplo, el TJUE examinó la conformidad con el Tratado de ciertas normas de la Comunidad Autónoma de Asturias relacionadas con la instalación de oficinas de farmacia y, en particular, los méritos para la evaluación de los candidatos a obtener la titularidad de una nueva farmacia en dicha Comunidad, concluyendo, entre otras cosas, que los criterios que privilegian en el proceso de selección a los farmacéuticos que han ejercido su actividad en una parte del territorio nacional constituyen una restricción a las libertades de circulación que no puede ser justificada con la invocación del objetivo de garantizar una inmediata atención al público de los nuevos farmacéuticos (STJUE de 1 de junio de 2010, asuntos acumulados C-570/07 y C-571/07, ap. 121-125).

En la Sentencia de 17 de marzo de 2011, *Josep Peñarroja Fa*, el Tribunal de Justicia examinó los requisitos que se exigían a un perito traductor jurado con título español para intervenir en procedimientos en la Corte de Casación francesa. En este caso, el Tribunal concluyó que, para alcanzar

---

<sup>2</sup> Véase, por todas, STJCE de 31 de marzo de 1993, *Kraus*, C-19/92, apartado 32.

los objetivos de protección de los justiciables y de buena administración de la Justicia, no resulta desproporcionado exigir que el perito judicial traductor tenga ya cierta experiencia práctica en la realización de misiones de traducción jurídica y un cierto conocimiento del sistema judicial del Estado miembro del órgano judicial de que se trate. En consecuencia, el requisito de haber estado inscrito durante tres años consecutivos en una lista de peritos judiciales no va, en principio, más allá de lo necesario para garantizar la realización de tales objetivos, pero sí sería desproporcionado aplicar dicha regla a un perito judicial traductor de otro Estado miembro que ya ha realizado misiones ante los tribunales de este último Estado o de otros Estados miembros y en particular ante sus tribunales superiores (asuntos acumulados 372/09 y 373/09, apartados 73-75).

En el asunto *Malta Dental Technologists Association*, el Tribunal consideró que la exigencia de que los prótesis dentales desarrollen su actividad en colaboración y con la intermediación de un odontólogo es adecuada y proporcionada para alcanzar el objetivo de protección de la salud pública a que está orientada dicha exigencia (STJUE de 21 de septiembre de 2017, asunto C-125/17), y en el caso *Colegiul Medicilor Veterinari din România*, se examinó la reserva a favor de los profesionales veterinarios de la actividad de comercio al por menor y la utilización de ciertos productos y medicamentos veterinarios, considerándose justificada por un objetivo de protección de la salud pública y proporcionada en la medida en que la reserva se limitaba a determinados productos y por la conveniencia de disponer de formación específica sobre la salud animal para utilizar y vender aquellos; en cambio, la misma sentencia consideró desproporcionado el requisito de que sólo los veterinarios puedan ser titulares del capital de un establecimiento que comercializa al por menor medicamentos de este tipo (STJUE de 1 de marzo de 2018, Asunto 297/16).

En algunos casos, el Tribunal se limita a fijar algunos criterios generales, encomendando el examen de la proporcionalidad de la medida al órgano judicial nacional que plantea la cuestión prejudicial: así, por ejemplo, en la Sentencia de 12 de septiembre de 2013, *Kostas Konstantinides*, se remite al tribunal nacional la verificación de la coherencia y proporcionalidad de las disposiciones de un código deontológico en que se establece que el cálculo de los honorarios médicos debe hacerse sobre la base de un reglamento oficial, y se prohíbe toda forma de publicidad médica “*contraria a la ética profesional*”, limitándose el TJUE a señalar que ese examen deberá hacerse teniendo en cuenta, en particular, la gravedad de las sanciones previstas (asunto C-475/11; en el mismo sentido, STJUE de 26 de septiembre de 2013, *Ottica New Line di Accardi Vincenzo*, C-475/11).

Pues bien, la Directiva 2018/958 confiere a este test de proporcionalidad una nueva dimensión, al regular su contenido de forma pormenorizada y, sobre todo, al convertirlo en un instrumento de control *ex ante* de obligatoria aplicación por los propios Estados miembros.

### 3. LA DIRECTIVA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD

#### 3.1. *El objetivo de la Directiva*

La Directiva del test de proporcionalidad forma parte del llamado “Paquete de Servicios” presentado por la Comisión en enero de 2017, que también incluía la propuesta de regulación de la tarjeta electrónica europea de servicios (*European Services e-Card*) y la de la futura Directiva relativa al procedimiento de notificación para los regímenes de autorización y los requisitos relacionados con los servicios. Con estas propuestas regulatorias, la Comisión perseguía aprovechar todo el potencial del mercado único respecto del sector de los servicios al aumentar la movilidad de los profesionales en la Unión Europea.

En el caso concreto de la Directiva 2018/958, se trata de evitar las repercusiones negativas que la heterogeneidad de los métodos para la evaluación de la proporcionalidad de la regulación de las profesiones en los distintos Estados miembros puede producir en la prestación de servicios y en la movilidad de los profesionales. El objetivo es, por tanto, mejorar el funcionamiento del mercado único —y generar, con ello, un mayor crecimiento económico y empleo— estimulando el sector de los servicios mediante una mayor movilidad entre los Estados miembros.

Según manifestó la Comisión, *“aproximadamente cincuenta millones de personas —el 22% de la población activa europea— desempeñan profesiones cuyo ejercicio está condicionado a la acreditación de cualificaciones específicas o en las que está protegida la utilización de un título concreto, por ejemplo en el caso de los farmacéuticos o los arquitectos. La reglamentación está a menudo justificada para una serie de profesiones (por ejemplo, las relacionadas con la salud y la seguridad), pero en muchos otros casos la existencia de normas obsoletas e innecesariamente gravosas puede dificultar más de lo razonable el acceso de candidatos cualificados a determinados empleos, circunstancia que juega también en detrimento de los consumidores”*. Por ello, aunque la UE *“no regula ni desregula las profesiones, prerrogativa que conservan los Estados miembros”*, se propone *“racionalizar y aclarar cómo deben realizar los Estados miembros una prueba de proporcionalidad completa y transparente antes de adoptar o modificar normas nacionales sobre servicios profesionales”*,

para determinar si esos nuevos requisitos profesionales nacionales son necesarios y equilibrados, todo ello con arreglo a un enfoque coherente y constante<sup>3</sup>.

La aplicación del test de proporcionalidad a nivel nacional estaba ya prevista en la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, cuyo artículo 59.3 establece la obligación de los Estados miembros de examinar si los requisitos que limitan el acceso a una profesión o su ejercicio a los titulares de un título de formación específica, en particular la utilización de títulos profesionales y las actividades profesionales autorizadas sobre la base de dicho título, se ajustan a los principios de no discriminación, necesidad (justificación por una razón imperiosa de interés general) y proporcionalidad (“*deberán ser los adecuados para garantizar la consecución de los objetivos perseguidos y no exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo*”)<sup>4</sup>. Si considerase que un Estado ha incumplido esta obligación, por haber aprobado normas que imponen requisitos que la Comisión estimase desproporcionados, ésta podría iniciar un procedimiento de infracción contra dicho Estado miembro ante el Tribunal de Justicia, a quien corresponderá constatar si dicha infracción, efectivamente, se ha producido.

Las instituciones europeas entienden, sin embargo, que los resultados de este proceso de evaluación recíproca “*revelaron una falta de claridad con respecto a los criterios que los Estados miembros debían utilizar para evaluar la proporcionalidad de los requisitos que restringen el acceso a las profesiones reguladas, o su ejercicio, así como un examen desigual de dichos requisitos en todos los niveles de regulación*”. La adopción de la Directiva 2018/958 responde, en consecuencia, a la idea de introducir “*un planteamiento común a escala de la Unión que evite la adopción de medidas desproporcionadas*” (considerando 5 de la Directiva).

### **3.2. El ámbito de aplicación**

Ese test de proporcionalidad armonizado a escala europea deberá realizarse por los Estados miembros “*antes de introducir nuevas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que restrinjan el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio, o de modificar las existentes*”. El artículo 1 de la Directiva

---

<sup>3</sup> Comunicado de prensa del Paquete de Servicios, 10 de enero de 2017.

<sup>4</sup> Versión consolidada de la Directiva 2005/36, modificada por la Directiva 2013/55/EU del Parlamento Europeo y del Consejo.

igualmente precisa que lo anterior “no afecta a la competencia de los Estados miembros, de no existir armonización, ni a su margen de apreciación para decidir si regular una profesión y de qué manera, dentro de los límites de los principios de no discriminación y proporcionalidad”.

Las profesiones a cuya propuesta de regulación debe aplicarse el test de proporcionalidad son las que entran dentro del ámbito de aplicación de la ya citada Directiva 2005/36, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, esto es, toda “*actividad o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales*” (artículo 3.1.a) de la Directiva 2005/36). En la práctica, esta delimitación alcanza a un grupo de profesiones extraordinariamente numeroso y muy heterogéneo, entre las que pueden encontrarse, según los países, las de abogado, arquitecto, ingeniero, contable, asesor fiscal, agente de la propiedad industrial, agente inmobiliario, peluquero, cocinero, guía turístico, médico, farmacéutico, psicólogo, óptico, enfermero, odontólogo, ... En particular, es digna de mención la controvertida inclusión de las profesiones sanitarias en el ámbito de aplicación de la Directiva relativa al test de proporcionalidad, a las que sin embargo no se aplica la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, a la que la Directiva 2018/958 pretende servir de complemento.

El test de proporcionalidad no será necesario, por el contrario, cuando la regulación profesional proyectada a nivel nacional se limite a llevar a cabo la transposición de requisitos concretos sobre una profesión establecidos en una norma de la Unión que no deje a los Estados miembros elección en cuanto al modo exacto de transponerlos (artículo 2.2 de la Directiva 2018/958).

En fin, junto a las disposiciones relativas a los requisitos para el acceso o el ejercicio de profesiones reguladas, la Directiva 2018/958 establece igualmente la obligación de evaluar la proporcionalidad de los requisitos relacionados con la prestación de servicios de modo temporal u ocasional, entre ellos: una inscripción temporal que se produzca automáticamente o una adhesión pro forma a una organización u organismo profesionales; una declaración previa con arreglo al artículo 7.1 de la Directiva 2005/36 o requisito equivalente; el pago de una tasa o cualquier importe, que se exija por los trámites administrativos, relativa al acceso a una profesión regulada o a su ejercicio, en que incurre el prestador del servicio. Se excluyen, sin

embargo, las medidas destinadas a garantizar el respeto de las condiciones de empleo aplicables que los Estados miembros aplican de conformidad con el Derecho de la Unión (artículo 7.4 de la Directiva 2018/958).

### ***3.3. Los requisitos formales del test de proporcionalidad***

La Directiva 2018/958 establece, en primer término, las condiciones formales que los Estados miembros han de respetar a la hora de llevar a cabo el referido test de proporcionalidad:

- debe llevarse a cabo *“de manera objetiva e independiente”* (artículo 4.5 de la Directiva 2018/958);
- debe ir acompañada de *“una explicación suficientemente detallada que permita valorar el cumplimiento del principio de proporcionalidad”* (artículo 4.3 de la Directiva 2018/958);
- debe fundamentarse *“en datos cualitativos y, cuando sea posible y pertinente, en datos cuantitativos”* (artículo 4.4 de la Directiva 2018/958);
- debe realizarse a la vista de un amplio trámite de audiencia, información y participación de los interesados, incluidos quienes no sean miembros de la profesión de que se trate (artículo 8.3 de la Directiva 2018/958);
- por último, aunque se trata de una evaluación *ex ante*, es decir, de carácter previo a la aprobación de las disposiciones normativas en cuestión, los Estados también tienen que llevar a cabo un seguimiento del respeto del principio de proporcionalidad de las disposiciones en cuestión tras su adopción, *“teniendo debidamente en cuenta cualquier cambio que se haya producido desde la adopción de dichas disposiciones”* (artículo 4.6 de la Directiva 2018/958).

### ***3.4. Los requisitos materiales del test de proporcionalidad***

En cuanto al contenido del test, la Directiva 2018/958 comienza recordando las tres condiciones clásicas sentadas por la jurisprudencia, al establecer que los Estados miembros deben velar por que las disposiciones proyectadas no sean directa ni indirectamente discriminatorias por motivos de nacionalidad o residencia (artículo 5), estén justificadas por objetivos de interés público (artículo 6), y sean proporcionadas, esto es, *“necesarias y adecuadas para garantizar la consecución del objetivo perseguido y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo”* (artículo 7).

En cuanto a los objetivos de interés público que cabe invocar como justificación, puede tratarse de “*motivos de orden público y seguridad o salud públicas*” —que la Directiva destaca en primer lugar— o de “*razones imperiosas de interés general*”, ofreciendo a continuación una lista ejemplificativa claramente inspirada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: “*la preservación del equilibrio financiero del régimen de la seguridad social; la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores; la garantía de una buena administración de justicia; la garantía de la equidad de las transacciones comerciales; la lucha contra el fraude y la prevención del fraude fiscal y la evasión fiscal, y la salvaguardia de la eficacia de la supervisión fiscal; la seguridad en el transporte; la protección del medio ambiente y del entorno urbano; la sanidad animal; la propiedad intelectual; la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional; los objetivos de política social; y los objetivos de política cultural*” (artículo 6.2 de la Directiva 2018/958). Por otra parte, el legislador europeo igualmente establece, en línea con la jurisprudencia, que las razones de naturaleza estrictamente económica o los motivos puramente administrativos no constituirán razones imperiosas de interés general que justifiquen una restricción en el acceso a las profesiones reguladas o en su ejercicio (artículo 6.3 de la Directiva 2018/958).

Hechas estas precisiones iniciales, el artículo 7.2 de la Directiva 2018/958 detalla doce concretos criterios que han de tenerse en cuenta para llevar a cabo el test de proporcionalidad, agrupándolos en dos bloques: seis en el párrafo primero y seis en el párrafo segundo.

De acuerdo con el párrafo primero del artículo 7.2, los Estados miembros deberán considerar:

- a) la naturaleza de los riesgos relacionados con los objetivos de interés público perseguidos, en especial los riesgos para los destinatarios de los servicios, incluidos los consumidores, para los profesionales o para terceros;
- b) si las normas ya existentes, ya sean específicas o más generales, resultan insuficientes para alcanzar el objetivo que se persigue;
- c) la idoneidad de la disposición en lo relativo a su adecuación para lograr el objetivo perseguido y si refleja realmente dicho objetivo de manera congruente y sistemática y, por tanto, aborda los riesgos detectados de forma similar a otras actividades comparables;
- d) la repercusión en la libre circulación de personas y la libre prestación de servicios dentro de la Unión, en la libertad de elección de los consumidores y en la calidad del servicio prestado;

- e) la posibilidad de utilizar medios menos restrictivos para alcanzar el objetivo de interés público;
- f) el efecto de las disposiciones nuevas o modificadas, cuando se combina con otras disposiciones que restringen el acceso a la profesión, o su ejercicio, y en particular el modo en que las disposiciones nuevas o modificadas combinadas con otros requisitos contribuyen a alcanzar el mismo objetivo de interés público, y si son necesarias para ello.

En particular, este eventual “efecto combinado” de las disposiciones proyectadas con otras existentes se examinará, en especial, en relación con: actividades reservadas, título profesional protegido o cualquier otra forma de regulación; obligación de seguir un desarrollo profesional continuo; normas relativas a la organización de la profesión, la ética profesional y la supervisión; adhesión obligatoria a una organización u organismo profesionales, regímenes de inscripción o autorización, en particular cuando dichos requisitos impliquen la posesión de una cualificación profesional específica; restricciones cuantitativas; requisitos relativos a una forma jurídica específica o a la participación en el capital o la gestión de una sociedad; restricciones territoriales, incluidos los supuestos en que la profesión esté regulada en partes del territorio de un Estado miembro de manera distinta al modo en que se regula en otras partes de ese territorio; requisitos que restrinjan el ejercicio conjunto o en asociación de una profesión regulada, así como normas de incompatibilidad; requisitos relativos a la cobertura de seguro u otros medios de protección personal o colectiva en relación con la responsabilidad profesional; requisitos de conocimiento de idiomas, en la medida necesaria para la práctica de la profesión; requisitos en cuanto a tarifas fijas mínimas o máximas; o requisitos en materia de publicidad (artículo 7.3 de la Directiva).

Junto a los seis criterios anteriores, el párrafo segundo de este artículo 7.2 de la Directiva enumera otros seis que también habrán de ser tenidos en cuenta, si bien únicamente “*cuando sean pertinentes para la naturaleza y el contenido de la disposición que se introduce o modifica*”. Son los siguientes:

- a) la relación entre el alcance de las actividades que abarca una profesión o que se reservan a ella y la cualificación profesional exigida;
- b) la relación entre la complejidad de las tareas consideradas y la necesidad de que las personas que las ejerzan posean cualificaciones profesionales específicas, en especial en lo que se refiere al nivel, la naturaleza y la duración de la formación o la experiencia exigidas;

- c) la posibilidad de obtener la cualificación profesional mediante itinerarios alternativos;
- d) si las actividades reservadas a determinadas profesiones pueden o no compartirse con otras profesiones, y por qué;
- e) el grado de autonomía en el ejercicio de una profesión regulada y la repercusión de las disposiciones organizativas y de supervisión en la consecución del objetivo perseguido, en especial cuando las actividades relacionadas con una profesión regulada se ejercen bajo el control y la responsabilidad de un profesional debidamente cualificado;
- f) los avances científicos y tecnológicos que pueden reducir o aumentar efectivamente la disparidad en la información entre profesionales y consumidores.

### 3.5. *Análisis crítico*

Gran parte de estos criterios sustantivos que, con arreglo a la Directiva, los Estados miembros deberán preceptivamente emplear en sus tests de proporcionalidad sobre la regulación de las profesiones, están inspirados en elementos que desde hace mucho tiempo viene manejando el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia. En su gran mayoría no constituyen, por tanto, creaciones *ex novo* del legislador. Sin embargo, al regular exhaustivamente el contenido del test, se encorseta el procedimiento de evaluación de la proporcionalidad, homogeneizando la forma en que aquél se aplica en los distintos Estados miembros y profesiones muy heterogéneas.

Esta es una de las críticas que recibió la propuesta de Directiva durante su tramitación. La Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria del Parlamento Europeo, por ejemplo, aun asumiendo la necesidad de clarificar las reglas relativas al test de proporcionalidad, concluyó que *“no convenía adoptar una legislación horizontal tan vinculante para solucionar problemas particulares”*. En concreto, la aplicabilidad del nuevo test de la Directiva 2018/958 a la regulación de las profesiones sanitarias (excluidas, por el contrario, del ámbito de aplicación de la Directiva de servicios) fue objeto de críticas específicas cuyo fundamento no parece que desaparezca con la genérica precisión del artículo 7.5 de que *“los Estados miembros tendrán en cuenta el objetivo de garantizar un alto nivel de protección de la salud humana”*. En este mismo sentido, el Observatorio Social Europeo ha advertido que, en su examen previo de los resultados del test de evaluación recíproca establecido en el artículo 59 de la Directiva 2005/36, la Comisión analizó profesiones sobre las que el consenso es escaso entre los

Estados miembros, como la de psicólogos y ópticos, eludiendo el análisis de otras mejor organizadas a nivel europeo, como las de médicos y dentistas, manteniendo sin embargo que los principios subyacentes a dicho análisis debían aplicarse a todas las profesiones reguladas<sup>5</sup>.

Ciertamente, la pormenorizada armonización que lleva a cabo la Directiva ayudará en ciertos casos a mejorar los test de proporcionalidad que practican los Estados miembros, pero resulta cuestionable la necesidad y la propia proporcionalidad de la medida, así como su respeto al principio de subsidiariedad.

En su dictamen sobre la propuesta de Directiva, el Comité Económico y Social Europeo ha observado que la regulación “*podría dar la impresión de que, por lo general, se considera que los Estados miembros son poco capaces de comprender los requisitos de la Directiva de servicios y de la Directiva sobre las cualificaciones profesionales, cuando, de hecho, instrumentos legislativos como los tests de proporcionalidad son requisitos básicos de cualquier procedimiento legislativo nacional en la gran mayoría de los Estados miembros*” (apartado 3.3)<sup>6</sup>.

Sin perjuicio del loable objetivo de garantizar una mayor homogeneidad de estos mecanismos de evaluación de la proporcionalidad que ya se practican, al crear un test preceptivo de contornos tan precisos, el legislador europeo traslada íntegramente la carga de la prueba del respeto del Derecho de la Unión en este punto a los Estados miembros, a quienes corresponderá, en lo sucesivo, acreditar haber realizado el test de proporcionalidad conforme a los requisitos formales y con arreglo a los criterios sustantivos establecidos en la Directiva. De este modo, un eventual recurso de incumplimiento podría venir fundado en el futuro no sólo en la falta de proporcionalidad de alguna de las exigencias introducidas en la normativa estatal, sino también, desde un punto de vista procedimental, en eventuales defectos en la valoración de esa proporcionalidad, aunque el resultado final del test fuese positivo.

Cabe poner por ello en cuestión la necesidad y proporcionalidad de la armonización de test de proporcionalidad mediante Directiva, y señalar que el objetivo de unificación y clarificación hubiera podido conseguirse de modo más eficaz y proporcionado, tal y como recomendó el Comité

---

<sup>5</sup> Observatoire social européen, Opinion paper “*Was the exclusion of health care from the Services Directive a pyrrhic victory? A proportionality test on regulation of health professions*”, Rita Baeten, Ose Paper Series, n° 18, April 2017.

<sup>6</sup> DOCE de 31 de agosto de 2017, C 288/43.

Económico y Social Europeo, mediante la introducción de directrices que permitieran a los Estados miembros adaptar el test para que se ajustara mejor a sus sistemas legislativos.

Ciertamente, la armonización mediante Directiva deja algún margen a los Estados para, en las normas de transposición, adaptar el test a las peculiaridades nacionales y, en su caso, a las características de las distintas profesiones afectadas. Aunque, dada la exhaustividad de la regulación europea, ese margen de actuación es muy limitado, las autoridades nacionales deberán al menos emplearlo para delimitar los contornos del test de proporcionalidad, dentro del marco trazado por la Directiva.

En primer lugar, algunos de los criterios materiales que, de acuerdo con el artículo 7.2 de la Directiva 2018/958, deben considerarse para valorar la proporcionalidad de una regulación profesional, merecen ciertas precisiones:

- La mayor parte de los seis criterios contemplados en el párrafo primero se encuentran bastante delimitados por la jurisprudencia (en particular, la valoración de la naturaleza de los riesgos, la necesidad y coherencia de la medida para lograr los objetivos perseguidos, la repercusión en las libertades de circulación, en la libertad de elección del consumidor y en la calidad del servicio prestado, así como la posibilidad de regulaciones alternativas menos restrictivas). No es el caso del llamado “efecto combinado” de las nuevas disposiciones con otras que ya restrinjan el acceso a la profesión o a su ejercicio (letra f) del párrafo primero), en cuya transposición habrá de cuidarse el no deslizar hacia una indebida valoración del “efecto acumulativo”, criterio más restrictivo que figuraba en las primeras versiones de la Directiva y que, tras las críticas, el legislador europeo reemplazó por el del “efecto combinado”.
- Igualmente, es importante subrayar que la propuesta inicial exigía la valoración del impacto económico de las medidas proyectadas, en particular en relación con el grado de competencia en el mercado, previsión que se eliminó para evitar que los objetivos de interés público perseguidos en cada caso (como la protección de la salud pública o la buena administración de la justicia) puedan ponerse en la balanza con objetivos estrictamente económicos.
- Los seis criterios contemplados en el párrafo segundo del artículo 7.2 son más controvertidos que los del párrafo primero, razón probable de que su consideración se haya sometido al *caveat* de que “*sean*

*pertinentes para la naturaleza y el contenido de la disposición que se introduce o modifica*”, condición de por sí bastante indeterminada.

Los criterios de las letras a), b) y d) de este segundo párrafo, en particular, están expresamente orientados a valorar la proporcionalidad de las reservas de actividades, incitando claramente a su limitación por los Estados miembros. Lo cuestionable de la forma en que estos criterios están formulados radica en que en ningún momento se hace en ellos referencia a la necesidad de tener en cuenta la calidad de la prestación, argumento frecuentemente esencial para justificar la reserva de actividades. La “complejidad de las tareas consideradas” y la correspondiente exigencia de una cualificación profesional específica (letra b) de este apartado segundo) permitirá sin duda explicar determinadas reservas, pero la mayor o menor calidad no siempre se deriva de la complejidad en sí de la tarea, sino de ese criterio de calidad que, por lo demás, sí está específicamente citado en el párrafo primero (en la letra d), concretamente). La visión de la Comisión, en ocasiones sumida en un pragmatismo que descarta otras consideraciones más elevadas y que no siempre reputa la calidad un fin prioritario, hace que la lectura de la Directiva en este punto plantee múltiples interrogantes sobre el futuro de algunas reservas de actividad.

- La letra f) del artículo 7.2, segundo párrafo, por su parte, invita a tener en cuenta *“los avances científicos y tecnológicos que pueden reducir o aumentar efectivamente la disparidad en la información entre profesionales y consumidores”*. Es evidente que los avances tecnológicos, en particular el desarrollo de Internet, permite a los ciudadanos un acceso fácil a una gran cantidad de información y, desde esta perspectiva, cabría entender que ello reduce “la disparidad en la información” con el profesional en el sentido de la Directiva; sin embargo, no hay que olvidar que lo relevante en la mayor parte de los casos no es el acceso a la información, sino el tratamiento y jerarquización que el profesional —gracias a su experiencia y formación— haga de la misma, así como su capacidad para discernir el grado de fiabilidad de las fuentes de la que aquella procede.

En segundo lugar, los requisitos formales o exigencias procedimentales que impone la Directiva deben igualmente concretarse en las normas de transposición, ante el riesgo de que las previsiones de la regulación europea conviertan el nuevo test de proporcionalidad en un instrumento de difícil aplicación, con un procedimiento excesivo.

vamente burocratizado que, en la práctica, produzca efectos indeseados como excesivos retrasos en la tramitación normativa o la paralización de reformas necesarias para la protección del interés público.

- Plantea problemas, en primer lugar, la exigencia del artículo 4.4 de la Directiva de que la proporcionalidad de las medidas proyectadas se realice, “*cuando sea posible y pertinente*”, a la vista de datos cuantitativos. El inciso sobre la posibilidad y pertinencia de los datos cuantitativos resulta esencial pero, al mismo tiempo, excesivamente abierto e indeterminado. No hay que olvidar que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal del Justicia, la protección del interés público perseguida con una determinada regulación profesional puede estar fundada en riesgos meramente potenciales, y los Estados miembros puede adoptar medidas orientadas a dicha protección sin esperar a que esos riesgos se hagan realidad<sup>7</sup>.
- Precisa igualmente algunas puntualizaciones el artículo 8 de la Directiva, que contempla la información y participación de los ciudadanos en el procedimiento para la evaluación de la proporcionalidad, estableciendo que los Estados miembros “*pondrán información a disposición de los ciudadanos, destinatarios de servicios y otros interesados, incluidos quienes no sean miembros de la profesión de que se trate*” (apartado 1) e “*implicarán adecuadamente a todos los afectados y les darán la oportunidad de manifestar sus opiniones. Cuando sea pertinente y adecuado, los Estados miembros llevarán a cabo consultas públicas de conformidad con sus procedimientos nacionales*” (apartado 2). La transposición deberá aclarar, en primer lugar, los casos en que, más allá del suministro de información a los ciudadanos a que hace referencia el artículo 8.1 de la Directiva, ello dará derecho a la formulación de observaciones en un trámite de información pública. En segundo lugar, parece importante que dicha norma garantice en todo caso la participación de las organizaciones profesionales correspondientes, que deben considerarse como “*afectados*” en el sentido del artículo 8.2.
- El apartado 3 del artículo 4 de la Directiva exige que cualquier disposición de las que deben ser objeto del test de proporcionalidad vaya acompañada “*de una explicación suficientemente detallada que permita valorar el cumplimiento del principio de proporcionalidad*”. La Memoria

---

<sup>7</sup> Entre otras, STJCE de 19 de mayo de 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes y otros*, C-171/07 y C-172/07, apartado 30; y STJUE de 13 de abril de 2010, *Bressol, Chavrot y otros*, C-73/08, apartado 70.

justificativa que suele acompañar a los proyectos normativos parece el instrumento más adecuado para cumplir este requisito formal; sin embargo, el apartado 5 del mismo artículo dispone que la evaluación debe realizarse de manera objetiva “*e independiente*”. Esta última exigencia podría plantear la duda de si la Secretaría General Técnica del Departamento proponente, autor habitual de las memorias justificativas, puede ser considerado “independiente”, en el sentido de la Directiva, para llevar a cabo el test de proporcionalidad, o si dicha tarea debe encomendarse a otro órgano, lo que podría ocasionar una ralentización excesiva e innecesaria del procedimiento. Este punto deberá aclararse en la futura norma de transposición.

Sentado lo anterior, cabe concluir que la realización del test de proporcionalidad previsto en la Directiva conlleva una importante carga administrativa para los Estados miembros, que deberán: valorar una gran cantidad de elementos distintos, en ocasiones con recurso a datos cuantitativos; plasmar documentalmente una detallada justificación del proceso llevado a cabo; eventualmente hacer intervenir órganos independientes a estos efectos; y realizar un amplio trámite de audiencia en relación con la cuestión concreta de la proporcionalidad. Todo ello a efectos del control *ex ante*, al que se añade la obligación de seguimiento continuado del respeto al principio de proporcionalidad cuando se produzca cualquier cambio tras la adopción de las disposiciones en cuestión (artículo 4.6 de la Directiva 2018/958). Inevitablemente, esa carga administrativa retrasará la tramitación de proyectos regulatorios, e incluso puede tener el efecto indeseado de un *regulatory chill*, esto es, una paralización de reformas de distintos colectivos profesionales que pueden ser muy necesarias para la protección de los intereses públicos y para la propia mejora de la competitividad y el empleo.

Todo ello ahonda en los reparos sobre el respeto al principio de subsidiariedad que han manifestado los Parlamentos de algunos Estados miembros, y que también recoge el Comité Económico y Social Europeo en su dictamen sobre la propuesta de Directiva.

#### 4. CONCLUSIONES

1. La Directiva 2018/958, aun respetando formalmente la competencia de los Estados miembros para la regulación de las profesiones, encuadra su ejercicio en márgenes muy estrechos. La evaluación previa de la proporcionalidad de toda nueva reglamentación profesional,

dada su dimensión comunitaria, era ya indispensable para evitar una futura declaración de incumplimiento de las reglas de los Tratados, y venía exigida por el artículo 59 de la Directiva 2005/36, de reconocimiento de cualificaciones profesionales. La nueva Directiva hace este test sistemático y armoniza su contenido, dejando un ámbito de actuación muy escaso a los Estados miembros para adaptarlo al contexto nacional.

Las autoridades nacionales, llamadas a transponer la Directiva antes de la fecha límite del 30 de julio de 2020 (artículo 13.1), deberán, dentro de su estrecho margen de actuación, delimitar los contornos de ese test de proporcionalidad para, en particular:

- 1.1. Evitar que el criterio del “efecto combinado” previsto en la letra f) del artículo 7.2, párrafo primero, de la Directiva, pueda transformarse en la práctica en una valoración del “efecto acumulativo” de los elementos allí contemplados.
  - 1.2. Evitar que el impacto estrictamente económico de las medidas proyectadas pueda ponerse en la balanza con los objetivos de interés público por ellas perseguidos.
  - 1.3. Tratar de determinar con mayor precisión en qué casos puede ser “posible y pertinente” y, por tanto, obligatorio, el empleo de datos cuantitativos en el test de proporcionalidad.
  - 1.4. Garantizar la participación de las organizaciones profesionales en el procedimiento para la evaluación de la proporcionalidad, y aclarar los casos en los que, más allá del suministro de información a los ciudadanos, ello dará derecho a la formulación de observaciones en un trámite de información pública.
  - 1.5. Determinar quién debe ser el autor de la memoria o informe detallado explicativo del test.
  - 1.6. En relación con estos aspectos procedimentales, y en la medida en que las disposiciones de la Directiva lo permitan, las autoridades nacionales deberán tratar de evitar que la importante carga administrativa que la realización del test implicará lleve a indeseables resultados de congelación normativa.
2. Ante este nuevo contexto normativo, las profesiones reguladas deben adoptar una postura si cabe aun más proactiva, no de pura respuesta defensiva. La justificación ante las instituciones europeas de la proporcionalidad de toda medida regulatoria exigirá en lo suce-

sivo un argumentario detallado —en ocasiones incluso completado con datos cuantitativos— que, para que sea completo, sólo podrá elaborarse con una intensa colaboración de las organizaciones profesionales.

Entre los principales retos a los que se enfrentan las profesiones se encuentra, en particular, el de demostrar a la Comisión que:

- 2.1. Un nivel mínimo de calidad del servicio es indispensable para la protección del consumidor, cliente, paciente o usuario.
- 2.2. Ese mínimo de calidad guarda un estrecho vínculo con determinadas medidas regulatorias.
- 2.3. La cantidad de información a la que, gracias a los avances científicos y tecnológicos, pueden tener hoy acceso los particulares, no reemplaza el tratamiento ordenado y jerarquizado de la misma que asegura la actuación de un profesional.

# La titularidad del derecho al honor por los Colegios Profesionales

*(Informe 9/2018)*

**Sumario:** 1. OBJETO DEL INFORME. 2. ANTECEDENTES. III. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 3. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 3.1. Introducción. 3.2. La titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas de Derecho público. En particular, el derecho al honor. 4. LA TITULARIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR POR LOS COLEGIOS PROFESIONALES. 4.1. Introducción. 4.2. Naturaleza de los Colegios profesionales. 4.3. El reconocimiento de la titularidad del derecho al honor a los Colegios profesionales. 5. CONCLUSIONES.

## 1. OBJETO DEL INFORME

El presente informe tiene por objeto analizar, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si los Colegios Profesionales pueden considerarse titulares del derecho fundamental al honor reconocido en el artículo 18 de la Constitución y si, en consecuencia, se encuentran legitimados para promover su protección ante los Tribunales de justicia.

## 2. ANTECEDENTES

Con fecha 15 de junio de 2016, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó Sentencia (rec. nº 1894/2014) por la que desestimó los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por el Ayuntamiento de Sobrescobio contra la Sentencia dictada el 9 de junio de 2014 por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Oviedo en el recurso de apelación 45/2014, fijando como doctrina jurisprudencial que “las personas de derecho público no son titulares del derecho al honor garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución”.

Los hechos de los que traen causa los referidos recursos son los siguientes:

1. En el año 2010, el Ayuntamiento de Sobrescobio solicitó ante la Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias la concesión para el aprovechamiento del agua mineral-natural de cierto manantial.

2. Sometida tal solicitud a información pública, un interesado presentó ante dicha Consejería un escrito de alegaciones en el que denunciaba que la tramitación del expediente era “una verdadera chapuza”, ya que carecía de estudio de impacto ambiental e informe de sanidad, a lo que añadía que se había falsificado la autorización de carreteras.

3. El 3 de octubre de 2012, el Ayuntamiento interpuso una demanda al amparo del artículo 18 de la Constitución y de los artículos 9 y concordantes de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, solicitando que se declarase que las referidas imputaciones comportaban una vulneración del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen del Ayuntamiento, y que se condenase a su autor a pagarle una indemnización de 12.000 euros.

4. Mediante Sentencia de 26 de junio de 2013, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Laviana desestimó la demanda, al apreciar un defecto formal en la actuación del Ayuntamiento, sin entrar en el fondo del asunto.

5. Frente a dicha Sentencia, el Ayuntamiento de Sobrescobio interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que consideró que los defectos apreciados —falta de legitimación activa *ad causam*— eran subsanables y habían sido, en efecto, subsanados.

El recurso fue, sin embargo, desestimado en cuanto al fondo, al apreciarse que las alegaciones efectuadas por el demandado ante la Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias “no lesionan el derecho fundamental al honor de la entidad demandante, debiendo entenderse, que, si bien las expresiones utilizadas pueden considerarse poco afortunadas”, deben interpretarse “en el contexto en el que se vierten” y atendiendo a las personas que las efectúan. Pues, según reconoce la Sentencia, “tales alegaciones se hicieron ante la Consejería de Industria en el seno de la tramitación del expediente por parte del Ayuntamiento de Sobrescobio de «aprovechamiento y propuesta de perímetro de protección del agua mineral-natural de Comillera», y dentro del periodo abierto para alegaciones, no difundiendo tales opiniones en otros foros no relacionados con la cuestión (...). Sin que conste (...) su repercusión negativa entre empresas interesadas en el proyecto, ni que entre los vecinos del municipio la imagen de la Corporación municipal sufriera un descrédito o desmerecimiento”.

6. Disconforme con la Sentencia de apelación, el Ayuntamiento interpuso ante el Tribunal Supremo conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

7. El Tribunal Supremo, por su parte, reconoció la falta de veracidad de la afirmación del interesado relativa a la supuesta falsificación de “la autorización de carreteras”, pero desestimó ambos recursos, al entender que el Ayuntamiento recurrente no es titular del derecho fundamental al honor y carece, por tanto, de legitimación para exigir su protección en vía jurisdiccional.

La Sentencia no cuestiona que las personas jurídicas de derecho privado puedan ser titulares del referido derecho y recuerda, en esta línea, que “no es obstáculo a que se reconozca que está en juego el derecho fundamental al honor el hecho de que quien pretende su protección sea una persona jurídica, concretamente una compañía mercantil (...). A través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines, como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. La persona jurídica puede así ver lesionado su derecho al honor mediante la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena” (SSTS 811/2013, de 12 de diciembre, y 594/2015, de 11 de noviembre).

Esta doctrina jurisprudencial se ha considerado aplicable no sólo a las sociedades mercantiles, sino también a las asociaciones en general [SSTS 136/2012, de 29 de febrero (Rec. 1378/2010) y 797/2013, de 3 de enero de 2014 (Rec. 797/2013)], incluido s los partidos políticos [STS 13/2009, de 16 de enero de 2010 (Rec. 783/2007), recurrida en amparo desestimado por la STC 79/2014, de 28 de mayo, y SSTS 962/2011, de 9 de febrero (Rec. 2142/2009) y 654/2014, de 20 de noviembre (Rec. 753/2013)] y los sindicatos [SSTS 802/2006, de 19 de julio (Rec. 2448/2002), 1160/2008, de 27 de noviembre (Rec. 36/2006) y 550/2014, de 21 de octubre (Rec. 2919/2012)], así como a las fundaciones [STS 419/2012, de 4 de julio (Rec. 716/2010)], e incluso a las sociedades mercantiles públicas, entre las que se incluyen las municipales [STS 369/2009, de 21 de mayo (Rec. 2747/2004)].

Mayores dudas suscita, en cambio, en opinión del Tribunal, su extensión a las “sociedades de ente público” y a las entidades públicas empresariales, esto es, a personas jurídicas de Derecho público cuya actividad externa se rige típicamente por normas de Derecho privado.

En relación con ellas, la Sentencia sostiene que la Sala, “a efectos de la tutela jurídico-civil del honor, debe establecer en principio —atenta siempre a ulteriores desarrollos de la doctrina del Tribunal Constitucional— un

criterio de aplicación sencillo, basado en la forma privada o pública de personificación, en orden a determinar qué personas jurídicas son, y cuáles no, titulares del referido derecho fundamental”.

8. Atendiendo a este criterio, la Sentencia niega que las personas jurídicas de derecho público puedan ser titulares del derecho consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución, habida cuenta de que “en la lógica profunda de los derechos fundamentales está la convicción de que entre gobernantes y gobernados existe, por definición, una situación de desequilibrio a favor de los primeros (...), que ha de compensarse a favor de los gobernados por las sólidas garantías que los derechos fundamentales significan. Son, por su esencia, pretensiones de los particulares frente a los poderes públicos, y por ello hay que excluir en principio que éstos representen al mismo tiempo el rol de sujetos y el de destinatarios de los referidos derechos. En suma: el Estado y, en general, las personas jurídicas de Derecho público, no tienen, como regla, derechos fundamentales, sino competencias”.

La fijación de esta doctrina tiene una indudable trascendencia práctica, pues de ella se deriva una consecuencia de capital importancia, como es la imposibilidad de las personas de Derecho público de promover un recurso para la tutela judicial civil de un derecho fundamental como es el derecho al honor; recurso que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.2 de la Constitución, se rige por las especialidades procesales previstas en los artículos 249.1.2º y 477.2.1º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y por lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuyo artículo 9.3 reconoce la presunción de perjuicio, siempre que se acredite la intromisión ilegítima, surgiendo en tal caso el derecho a una indemnización sin necesidad de acreditar la realidad del perjuicio sufrido.

Entiende la Sentencia citada que esta conclusión no comporta una total desprotección de las personas jurídicas de Derecho público frente a los atentados que puedan dañar su prestigio institucional o su autoridad moral, ya que pueden reclamar una indemnización de los perjuicios que tales atentados causen al amparo del artículo 1902 del Código Civil.

El fundamento de la posición del Tribunal Supremo se encuentra, según argumenta la propia Sentencia, en la jurisprudencia constitucional con arreglo a la cual no cabe, con carácter general, predicar de las personas jurídicas de Derecho público la titularidad de otros derechos fundamentales que los procesales que establece el artículo 24 de la Constitución.

A la vista de lo anterior, procede examinar la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia.

### **3. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

#### ***3.1. Introducción***

a) Es bien sabido que los derechos fundamentales surgen como límites al poder del Estado que definen ámbitos de libertad de los individuos inmutables a la intervención pública, quedando ésta circunscrita a garantizar la existencia de tales derechos y a articular los mecanismos necesarios para una protección efectiva.

No procede ahora examinar de forma pormenorizada la génesis y evolución de los derechos fundamentales, pero sí se considera oportuno recordar que, en efecto, estos derechos se perfilan ante todo, en su origen, como instrumentos de protección del individuo frente a los poderes públicos. Nacen, pues, con esa finalidad tuitiva, en el bien entendido de que las principales agresiones o atentados a esas esferas de libertad individual esencialmente intangibles proceden de los poderes públicos: son ellos los sujetos que potencialmente pueden vulnerar tales derechos y, por ende, aquéllos frente a los cuales surge esa necesidad de especial garantía y protección que los caracteriza. De ahí que no parezca posible que esos poderes puedan ser, por su propia naturaleza, titulares de derechos frente a sí mismos (sobre esta concreta cuestión se volverá en el apartado II.3 del informe).

Así pues, la función originaria de los derechos fundamentales es la de definir ámbitos de libertad individual que quedan sustraídos a la capacidad de intervención del Estado. Sólo en un momento posterior esta categoría comenzó a identificarse con determinadas facultades otorgadas a los individuos por el legislador.

En relación con este extremo, no hay dudas de que, en la dogmática clásica, los derechos fundamentales se identifican con aquéllos que corresponden a todas las personas por el hecho de serlo, entroncando así con el reconocimiento de la dignidad. Se trata, por tanto, de derechos inherentes a la condición humana, cuyos titulares son, en consecuencia, los seres humanos.

Esta afirmación llevó a cuestionar si la titularidad de este tipo de derechos podía hacerse extensiva a otros sujetos y, muy particularmente, a las personas jurídicas.

A favor de esta extensión se argumentó que los bienes jurídicos a cuya protección y defensa responden los derechos fundamentales no se encuentran referidos exclusivamente a los seres humanos, sino que conforman un orden objetivo de valores que debe ser respetado y protegido por los poderes públicos, cualquiera que sea la esfera sobre la que se proyecten. Surge así la llamada “concepción institucional” de los derechos fundamentales, una construcción doctrinal de origen alemán que sostiene que la verdadera importancia de los derechos fundamentales no radica tanto en dotar a las personas de instrumentos de defensa frente a los abusos del poder, cuanto en crear un determinado orden jurídico político.

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales dejan de entenderse principalmente como facultades subjetivas que permiten defender los intereses de los individuos para pasar a reconocerse como valores dignos de protección en todo caso y cuya efectividad debe ser garantizada por el Estado, lo que sin duda favorece el reconocimiento de la titularidad de estos derechos a entidades distintas del ser humano.

La cuestión quedó zanjada en aquellos casos en que los textos constitucionales reconocieron esa titularidad de forma explícita. Resulta paradigmático, en esta línea, el artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que declara que “los derechos fundamentales son extensibles a las personas jurídicas nacionales en la medida en que, según se respectiva naturaleza, le sean aplicables”. En sentido parecido y sin ánimo exhaustivo, cabe citar también el artículo 12.2 de la Constitución portuguesa de 1976, a cuyo tenor “las personas jurídicas gozan de los derechos y están sujetas a los deberes que sean compatibles con su naturaleza”.

b) La Constitución española no aborda de forma explícita el problema de la delimitación de la titularidad de los derechos fundamentales.

Ciertamente, no existe en ella una norma similar a los preceptos de derecho comparado citados. Pero ello no significa que la Constitución haya asumido una concepción estrictamente individualista de los derechos fundamentales ni que permanezca ajena a la evidencia de que el hombre vive en sociedad y, a menudo, se organiza y crea agrupaciones precisamente para la defensa de sus derechos e intereses. Antes bien, de su contenido se infiere no sólo que admite la existencia de tales agrupaciones, sino que les reconoce determinados derechos, consciente de que la efectividad de

algunos derechos fundamentales de las personas físicas requiere la garantía y protección de los derechos de las organizaciones y grupos en que se integran.

En efecto, a lo largo de su texto la Constitución protege expresamente los derechos e intereses de determinados colectivos (los consumidores, los jóvenes, los discapacitados...) y obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los grupos en que se integra el individuo sean reales y efectivas (artículo 9.2), configurando además el derecho de asociación como derecho fundamental (artículo 22).

Pero, además, reconoce de forma expresa determinados derechos fundamentales o libertades públicas a algunas personificaciones jurídicas. A título de ejemplo, cabe citar el artículo 16.1, que consagra “la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades”, o el artículo 27.6, que “reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes” y garantiza “la autonomía de las Universidades”. El artículo 28.1, por su parte, atribuye la titularidad de la libertad sindical a las organizaciones sindicales.

Estas referencias explícitas a determinadas personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales podrían conducir a interpretar que el constituyente rechazó la posibilidad de reconocer de forma genérica dicha titularidad y se limitó a admitirla en supuestos tasados.

Tal interpretación no resulta, empero, alineada con el espíritu que a favor del reconocimiento de la importancia de los grupos sociales, asociaciones, colectivos y otras formas de personificación impregna el texto constitucional y que, en última instancia, conecta con la previsión contenida en el artículo 9.2 antes citado. A ello se suma un argumento literal, como es el de la redacción que presentan algunos de los preceptos que consagran los derechos fundamentales, que no designan como sujetos a “los españoles” o a “las personas físicas”, sino que emplean fórmulas omnicomprensivas (“todos”) o construcciones genéricas e impersonales.

Partiendo de estos argumentos, la doctrina contemporánea es unánime al admitir la posible titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas privadas. Se discute, sin embargo, si tal reconocimiento ha de entenderse referido a todos los derechos incluidos en esta particular categoría y si puede hacerse extensivo a las personas jurídico-públicas.

Para dar respuesta a estas cuestiones, es preciso pasar a examinar cómo ha abordado el Tribunal Constitucional el problema de la titularidad de los derechos fundamentales, con la advertencia de que la evolución de su

jurisprudencia no ha seguido una trayectoria lineal, no obstante lo cual tratará de analizarse distinguiendo varias etapas.

### ***3.2. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con la titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas de Derecho privado***

a) Pues bien, en un primer momento, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional fue, en este punto, tributaria de la tesis doctrinal clásica —y ya superada— que concibe tales derechos como propios y exclusivos de la persona física.

Una manifestación clara de esta concepción personalista de los derechos fundamentales se encuentra en la STC 59/1983, en la que el Tribunal sostuvo que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental de la persona física, orientado a garantizar un ámbito de privacidad dentro de un espacio limitado que la propia persona elige y que resulta inmune a las agresiones exteriores; un espacio en el que el individuo vive sin estar sujeto a los usos y convenciones sociales y puede ejercer su libertad más íntima, por constituir una emanación de la persona y de su esfera privada.

También el derecho a la intimidad, en esta primera etapa, fue reconocido únicamente a las personas físicas (STC 139/1985), al igual que el derecho al honor, cuya titularidad se entendió inicialmente referida de forma exclusiva a las personas físicas individualmente consideradas. Así lo interpretó la STC 107/1985, que declaró que, en relación con las pluralidades de personas físicas, no resulta correcto hablar de derecho al honor, sino que han de emplearse los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, esto es, valores merecedores de la protección penal que les dispensa el legislador pero no identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental.

Se trata, por tanto, de valores que, en caso de una eventual colisión con algún derecho fundamental, han de ser objeto de una menor protección.

b) Esta primera etapa —en la que, no obstante la línea predominante apuntada, hubo ya algún pronunciamiento a favor del reconocimiento de determinados derechos a las personas jurídicas privadas (así, la STC 137/1985 en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio)— pronto dio paso a una segunda fase, caracterizada por una concepción más amplia de los derechos fundamentales, con arreglo a la cual se reconoce

la posibilidad de que sus titulares no sean exclusivamente personas físicas individualmente consideradas, sino también asociaciones, instituciones y otro tipo de agrupaciones de personas.

Este cambio de perspectiva encuentra fundamento en la evidencia, antes apuntada, de que existen determinados derechos que son ejercidos de forma colectiva, lo que determina la necesidad de reconocer a tales colectivos la titularidad de aquéllos a efectos de su correcto ejercicio y su adecuada defensa.

Partiendo de esta idea, el Tribunal Constitucional comenzó a reconocer determinados derechos fundamentales a algunas personas jurídicas y entidades en una interpretación que, no obstante, no les atribuía tales derechos como titulares por derecho propio, sino como trasunto de los derechos individuales de sus miembros.

Así, la STC 64/1988, de 12 de abril, declaró que “la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental”.

El individuo, en definitiva, sigue siendo el referente último del sistema de derechos fundamentales, pero, precisamente por ello, se flexibiliza la doctrina anterior, a fin de reconocer la titularidad a aquellas personas jurídicas constituidas para garantizar el pleno ejercicio por parte de aquéllos de los derechos que les corresponden.

En esta línea se inscriben las Sentencias 51/1989 y 121/1989, aun cuando la más relevante es, sin duda, la STC 214/1991, que reconoció el derecho al honor del pueblo judío.

En ella se afirma que, si bien el derecho al honor es un valor referible a personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre no es un patrimonio exclusivo de aquéllas, sino que puede corresponder a determinados colectivos, como el pueblo judío.

De este modo, se modula la concepción inicialmente personalista del derecho al honor y se reconoce la protección constitucional frente a ataques que se no se encuentran perfectamente individualizados *ad personam*, sino que afectan a colectivos más o menos amplios, en la medida en que a través de tales ataques se vea vulnerado el derecho al honor de las personas que pertenecen a ellos.

c) De forma casi simultánea, el Tribunal Constitucional pasó a admitir la titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas no en cuanto receptoras de los derechos individuales de sus integrantes, sino como entes susceptibles de dicha titularidad por sí mismos.

Se produce así de modo definitivo y explícito una ampliación del ámbito subjetivo de los derechos fundamentales, propia de una concepción más flexible que también fue acogida en los países de nuestro entorno (entre ellos, Alemania, Austria e Italia) y con arreglo a la cual se admite que “en nuestro ordenamiento constitucional, aun cuando no se explicita en los términos en los que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas” (STC 32/1989, de 13 de febrero).

A la luz de esta nueva doctrina, se sostiene que “el pleno reconocimiento constitucional del fenómeno asociativo y de la articulación de entidades colectivas dotadas de personalidad exige asumir una interpretación amplia de las expresiones con que, en cada caso, se denomine al titular de los derechos constitucionalmente reconocidos y legalmente desarrollados” y de ahí que se considere que “el término “ciudadanos” del artículo 53.2 de la Constitución ha de interpretarse, por las razones señaladas, en un sentido que permita la asunción de las personas jurídicas” (STC 241/1992, de 21 de diciembre).

Atendiendo a ello, la STC 52/1995 reconoció a una sociedad mercantil dedicada a la difusión de publicaciones la titularidad del derecho a expresar y difundir ideas, pensamientos y opiniones, consagrado en el artículo 20.1.a) de la Constitución.

En esta misma línea y en íntima conexión con la cuestión objeto de este informe, debe citarse la STC 139/1995, que reconoció la titularidad por parte de las personas jurídicas de los derechos fundamentales necesarios para garantizar las condiciones de su existencia e identidad y, entre ellos, de modo particular, del derecho al honor.

Esta Sentencia marcó, sin duda, un punto de inflexión en la jurisprudencia constitucional, dando paso a que el Tribunal Constitucional reconociera a las personas jurídicas todos aquellos derechos fundamentales que encarnan valores dignos de protección y que, por su objeto, naturaleza y finalidad, pueden y deben serles atribuidos.

No se trata, por tanto, de un reconocimiento incondicionado, sino limitado a aquellos derechos que, atendiendo a su naturaleza, sean suscep-

tibles de corresponder a una persona jurídica y cuyo ejercicio y protección sean necesarios para proteger los fines para los cuales fue creada esa concreta entidad. Tal es el caso, a título de ejemplo, de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad de expresión e información y, por supuesto, del derecho al honor.

En particular, en su fundamento jurídico 4º, la Sentencia recuerda que “nuestra Constitución configura determinados derechos fundamentales para ser ejercidos de forma individual; en cambio otros se consagran en el texto constitucional a fin de ser ejercidos de forma colectiva”. Y declara a continuación lo siguiente:

“Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. En consecuencia, las personas colectivas no actúan, en estos casos, sólo en defensa de un interés legítimo en el sentido del art. 162.1 b) de la C.E., sino como titulares de un derecho propio. Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, y no un simple interés legítimo, supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el círculo de la eficacia de los mismos, más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social”.

Sentado lo anterior, el Tribunal reconoce que “la protección que los derechos fundamentales otorgan a las personas jurídicas no se agota aquí. Hemos dicho que existe un reconocimiento específico de titularidad de determinados derechos fundamentales respecto de ciertas organizaciones. Hemos dicho, también, que debe existir un reconocimiento de titularidad a las personas jurídicas de derechos fundamentales acordes con los fines para los que la persona natural las ha constituido. En fin, y como corolario de esta construcción jurídica, debe reconocerse otra esfera de protección a las personas morales, asociaciones, entidades o empresas, gracias a los derechos fundamentales que aseguren el cumplimiento de aquellos fines para los que han sido constituidas, garantizando sus condiciones de existencia e identidad”.

La Sentencia concluye que “existe un reconocimiento, en ocasiones expreso y en ocasiones implícito, de la titularidad por las personas jurídicas de determinados derechos fundamentales”, si bien advierte que “esta capacidad, reconocida en abstracto, necesita evidentemente ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental. Es decir, no sólo son los fines de una persona jurídica los que condicionan su titularidad de derechos fundamentales, sino también la naturaleza concreta del derecho

fundamental considerado, en el sentido de que la misma permita su titularidad a una persona moral y su ejercicio por ésta”.

Partiendo de esta doctrina general, la STC citada pasa a examinar el caso concreto del derecho al honor y llega a la conclusión de que “el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. Bien es cierto que este derecho fundamental se encuentra en íntima conexión originaria con la dignidad de la persona que proclama el art. 10.1 C.E. Pero ello no obsta para que normativamente se sitúe en el contexto del art. 18 de la C.E”.

En definitiva, “resulta evidente, pues, que, a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines, como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. En tanto que ello es así, la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena (art. 7.7 L.O. 1/1982)”.

### ***3.3. La titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas de Derecho público. En particular, el derecho al honor***

A partir de la Sentencia 139/1995 quedó fuera de toda duda que las personas jurídicas de derecho privado son titulares de determinados derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho al honor, y así lo ha mantenido posteriormente el Tribunal Constitucional, cuya doctrina encontró su correspondiente reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 344/2015 y 594/2015, entre muchas).

No existe, en cambio, en la jurisprudencia constitucional un pronunciamiento tan claro en relación con la titularidad de tales derechos por las personas jurídico-públicas. Ello se debe, sin duda, a la influencia de la meritada concepción originaria de los derechos fundamentales como límites frente al poder público que operaban en garantía de los ciudadanos, que se recogió, como ya se expuso con anterioridad, en las primeras sentencias en la materia y que ha condicionado el debate doctrinal y jurisprudencial suscitado en torno a esta cuestión.

Tal debate no deriva tanto de su condición de personas jurídicas —pues, según se infiere de lo expuesto, tal condición no es óbice para ostentar la titularidad de derechos fundamentales—, como de su carácter público,

que es lo que determina que, en la dinámica habitual de los derechos fundamentales, su posición natural sea la de sujetos pasivos frente a los cuales la efectividad de tales derechos se despliega.

Ello no ha impedido, sin embargo, el reconocimiento de dicha titularidad en relación con los derechos consagrados en el artículo 24 de la Constitución, si bien con ciertas reservas.

En efecto, aun cuando en alguna Sentencia el Tribunal Constitucional ha llegado a atribuir a las personas jurídico-públicas todos los derechos incluidos en el referido precepto constitucional (STC 64/1988), finalmente se ha impuesto un criterio más restrictivo, con arreglo al cual se les permite invocarlo únicamente para defender su posición procesal en juicio. De este modo, se les reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva entendido como derecho a acceder a los tribunales (SSTC 10/2003, 45/2004<sup>1</sup> y 85/2008) y como derecho a ostentar las facultades inherentes a su condición de parte en el proceso y a no sufrir indefensión (SSTC 237/2000, 201/2002, 250/2005 y 164/2008). No cabe, por el contrario, apelar a este derecho para hacer valer las potestades administrativas y demás privilegios exorbitantes de derecho público.

Fuera de este supuesto, no ha habido un reconocimiento explícito por parte de la jurisprudencia constitucional de la idoneidad de las personas jurídico-públicas para ser titulares de derechos fundamentales.

Antes bien, el Tribunal Constitucional ha llegado a descartar tal idoneidad en un caso concreto, como es, singularmente, el del derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 14 de la Constitución.

En efecto, la STC 239/2001, de 18 de diciembre, sentó la doctrina en la materia, en los siguientes términos:

“Y en este sentido hay que partir diciendo que, aun cuando los derechos fundamentales son derechos reaccionales frente a los poderes públicos, ello no significa que la Administración esté desposeída de todo tipo de derechos constitucionales e, incluso, fundamentales, en sus relaciones con las personas (físicas o jurídicas) o con otras Administraciones. En principio los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por

---

<sup>1</sup> La STC 45/2004 se refiere de forma específica a los Colegios profesionales: tras calificarlos como personas de Derecho público, la Sentencia entiende “despejada toda duda sobre la titularidad por los colegios profesionales del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, en su manifestación de control de la potestad reglamentaria (art. 106.1 CE) cuando de la defensa de intereses legítimos se trate”.

sujeto pasivo, en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos (STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1). Por este motivo existen importantes dificultades para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a las entidades de Derecho público, pues la noción misma de “derecho fundamental” que está en la base del art. 10 CE resulta poco compatible con entes de naturaleza pública (STC 91/1995, de 19 de junio, FJ 2).

(...)

En este sentido a las personas públicas se les ha negado por este Tribunal Constitucional la titularidad del derecho a la igualdad (art. 14 CE). Aun cuando es cierto que les hemos reconocido, con muchos matices, el derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto al ordenamiento les atribuye capacidad para ser parte en los procesos (STC 175/2001, de 16 de julio), sin embargo dicha doctrina no es extrapolable a otros derechos fundamentales susceptibles de ser invocados en amparo y, específicamente, el derecho a no sufrir discriminaciones injustificadas proclamado en el art. 14 CE (en este sentido, por ejemplo, las SSTC 100/1993, de 25 de marzo, y 211/1996, de 17 de diciembre; y el ATC 1178/1988, de 24 de octubre)”.

La conclusión alcanzada por el Tribunal Constitucional es lógica si se tiene en cuenta la distinta posición que en sus relaciones jurídicas ocupan las personas de derecho privado y las personas jurídico-públicas: éstas actúan, en efecto, investidas de *imperium* y gozan, en consecuencia, de una serie de privilegios y potestades exorbitantes que difícilmente pueden llevar a admitir que puedan invocar el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 o que puedan sufrir la discriminación a la que el resto de los sujetos de derecho se encuentra expuesto.

Pero, dejando a un lado este concreto pronunciamiento, la jurisprudencia constitucional parece haber dejado abierta una vía favorable al eventual reconocimiento de determinados derechos fundamentales a favor de personas jurídicas de derecho público.

En este sentido se pronunciaba ya la STC 64/1988. Tras recordar que “la STC 137/1985, de 17 de octubre de 1985, ha reconocido la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho privado, especialmente en lo que concierne al derecho del art. 18.2 y, con carácter general, siempre que se trate, como es obvio, de derechos que, por su naturaleza, puedan ser ejercitados por este tipo de personas”, el Tribunal entiende que cabe llegar a la misma conclusión “en lo que concierne a las personas jurídicas de Derecho público, siempre que recaben para sí mismas ámbitos de libertad, de los que deben disfrutar sus miembros, o la generalidad de los ciudadanos, como puede ocurrir singularmente respecto de los derechos reconocidos en el art. 20 cuando los ejercitan Corporaciones de Derecho público”.

A la vista de esta jurisprudencia constitucional, cabe preguntarse si existen otros derechos fundamentales de los que puedan ser titulares las personas jurídico-públicas y, en concreto, si pueden ser titulares del derecho al honor.

A este respecto, el Tribunal Constitucional, remarcando la doctrina en la materia, declaraba en la Sentencia 214/1991 (FJ 6º) lo siguiente:

“El derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales, y sin negar que en algunos casos puedan ser titulares del derecho al honor (y así lo ha reconocido el TEDH, por ejemplo, con respecto al «Poder Judicial»: asunto Barfod, S. 22 de febrero de 1989), es más correcto desde el punto de vista constitucional emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas físicas (SSTC 107/1988, 51/1989 y 121/1989)”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Un supuesto de ataque al derecho al honor de los integrantes del Poder Judicial fue analizado por la STC 107/1988, en la que, tras afirmar que “el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral”, se razonaba que “resulta indudable que la opinión del demandante de amparo incide negativamente en el prestigio de la institución pública a la que se refiere, siendo lógico y comprensible que la jurisdicción penal la haya considerado, muy acertadamente, injuriosa u ofensiva a la clase del Estado a la que se dirigió. A pesar de ello, teniendo en cuenta el contexto en que se produce —una entrevista periodística dirigida a la información pública—, su alcance de crítica impersonalizada en la que no se hacen imputaciones de hechos a Jueces singularizados, cuyo honor y dignidad personal no resultan afectados, y el interés público de la materia sobre la cual recae la opinión —el funcionamiento de la Administración de Justicia—, la jurisdicción penal debió entender, de haber realizado una correcta ponderación de los valores en conflicto, que la libertad de expresión se ejercitó en condiciones que, constitucionalmente, le confieren el máximo nivel de eficacia preferente y, en consecuencia, que la lesión inferida a la dignidad de clase determinada del Estado encuentra justificación en la protección que merece el ejercicio de dicha libertad, cuando, como ocurre en este caso, no traspasa los límites que se dejan anteriormente establecidos, aunque la opinión emitida merezca los calificativos de acerba, inexacta e injusta”.

Desde esta resolución, no se han producido alteraciones de la jurisprudencia constitucional en lo que al eventual reconocimiento del derecho al honor de las personas jurídico-públicas se refiere. De hecho, la ya citada STC 139/1995, antes examinada, reconoce que la doctrina que establece refuerza y amplía la línea interpretativa contenida en la STC 214/1991<sup>3</sup>.

Tal jurisprudencia es, por lo demás y según ya se ha avanzado, la que sirve de fundamento al Tribunal Supremo para negar que las personas jurídico-públicas puedan ser titulares del referido derecho<sup>4</sup>.

La cuestión planteada, en cualquier caso, no agota su análisis en la dicotomía personas jurídico-privadas y personas jurídico-públicas —dualidad que es asumida, aun con ciertas dudas, por la STS de 15 de junio de 2016—, pues existen formas mixtas de personificación que, por el momento, no han sido objeto de consideración por la jurisprudencia constitucional. Tal es el caso de las Corporaciones de Derecho público no territoriales y, dentro de ellas, de los Colegios profesionales.

---

<sup>3</sup> “Con posterioridad a esta STC 107/1988, en la que se considera el honor de una persona jurídico-pública, la STC 51/1989 trata del honor de una institución y la STC 121/1989 de una clase determinada del Estado, manteniendo unas tesis interpretativas que luego fueron matizadas por la STC 214/1991, en una orientación jurisprudencial que con la presente Sentencia queremos reforzar y ampliar” (FJ 5º).

<sup>4</sup> Esta doctrina resulta, por lo demás, conforme con la que hasta ahora ha mantenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a cuyo tenor el TEDH puede conocer de “una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes contratantes”. De ello se sigue que las personas jurídicas pueden ser titulares de los derechos reconocidos en el Convenio siempre y cuando se trate de organizaciones no gubernamentales, lo que, a la luz de la jurisprudencia del TEDH, parece excluir de forma inequívoca a las personas jurídico-públicas (Sentencia Comunidad del País Vasco c. España, de 3 de febrero de 2004, y Sentencia Granitul, S.A., c. Rumanía, de 22 de marzo de 2011, entre otras muchas).

## 4. LA TITULARIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR POR LOS COLEGIOS PROFESIONALES

### 4.1. Introducción

El análisis de la jurisprudencia constitucional citada y de la del Tribunal Supremo permite advertir cómo la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales y, por consiguiente, también del derecho al honor, se ha planteado en la forma de binomios: primero, persona física y persona jurídica, y, posteriormente, persona jurídica privada y persona jurídica pública.

De este modo y partiendo de la titularidad originaria e indiscutida de los derechos fundamentales y las libertades públicas por parte de las personas físicas, se fueron delimitando los ámbitos de reconocimiento de dicha titularidad, a modo de círculos concéntricos, siendo más reducido el de las personas jurídicas privadas y más aún el de las personas jurídico-públicas.

Ahora bien, esa *summa divisio* que clasifica los tipos de personificaciones distinguiendo entre personas jurídicas de derecho privado y personas jurídicas de derecho público no permite acoger la rica variedad de formas de personificación que el ordenamiento conoce.

De modo sintético y atendiendo a su caracterización según la dogmática clásica, las personas jurídicas privadas pueden seguir definiéndose como toda organización creada a partir de la agrupación voluntaria de una pluralidad de personas físicas, con una finalidad común y con una identidad propia y diferenciada que trasciende la de los individuos que la integran, dotada de órganos que expresan su voluntad, independiente de la de sus miembros, y de un patrimonio propio, separado del de sus integrantes, a la que el ordenamiento jurídico atribuye personalidad y, consecuentemente, reconoce capacidad para actuar en el tráfico jurídico como sujeto de derechos y obligaciones independiente.

Este elemento de voluntariedad falta, en cambio, en las personas jurídico-públicas, ya sean territoriales o no. En este segundo, caso, la creación del ente público suele responder a un fenómeno de ejercicio de una concreta potestad administrativa, la de organización, que permite generar diferentes formas de personificaciones instrumentales como vehículos para el ejercicio y despliegue de las distintas actividades administrativas.

Ahora bien, esta diferenciación, en la que no se profundiza por no ser objeto del presente informe, no es suficiente para dar cabida a la ya apuntada pluralidad de tipos de personas jurídicas y, en concreto, no incluye

con la deseable claridad a una forma de personificación que puede considerarse mixta: la de las Corporaciones de Derecho público no territoriales, entendida como género dentro del cual los Colegios profesionales son especie (así lo establece el artículo 1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios profesionales).

#### *4.2. Naturaleza de los Colegios Profesionales*

Con carácter general, las Corporaciones de derecho público son entidades constituidas por un conjunto de personas que adoptan la condición formal de miembros. Estos miembros son, por una parte, los titulares de los intereses comunes a los que el grupo va a servir; y, por otro, son quienes organizan el ente, en el sentido de que es su voluntad la que va a integrar la voluntad propia del ente a través de un proceso representativo.

Por lo que se refiere, en particular, a las Corporaciones de Derecho público no territoriales o Corporaciones sectoriales de base privada, coincide la doctrina al afirmar que se caracterizan por la atribución, por el ordenamiento o mediante delegaciones expresas de la Administración, de funciones que normalmente son propias de ésta; esto es, que se utilizan estas Corporaciones según la técnica de la “autoadministración”, confiriéndoles facultades en el orden administrativo a ejercer sobre sus propios miembros. Así, a los Colegios profesionales se les asigna generalmente el control objetivo de las condiciones de ingreso en la profesión y la potestad disciplinaria sobre sus miembros, la organización de turnos de guardia (farmacéuticos) o de oficio (abogados) y el informe preceptivo en determinados procedimientos (tasación de costas), entre otros ejemplos.

Es más, según el común de la doctrina, si tales Corporaciones se crean por la ley es precisamente porque se entiende que las funciones públicas que se les encomiendan resultarán mejor servidas si se gestionan de forma autónoma por los interesados que si lo fuesen en régimen de gestión burocrática por la propia Administración, como habrían de serlo necesariamente en otro caso, alternativa ésta no sólo más costosa y, probablemente, menos eficaz, sino también más agresiva para la propia libertad de los interesados, que, obviamente, son y se sienten más libres cuando se autoadministran que cuando son administrados.

En palabras del Tribunal Constitucional (STC 3/2013, de 17 de enero):

“La razón de atribuir a estas entidades, y no a la Administración, las funciones públicas sobre la profesión, de las que constituyen el principal exponente la deontología y ética profesional y, con ello, el control de las desviaciones en la práctica profesio-

nal, estriba en la pericia y experiencia de los profesionales que constituyen su base corporativa”.

En cualquier caso, como es sabido, la atribución de dichas funciones no convierte a las Corporaciones en Administraciones Públicas<sup>5</sup> y son muchos los datos que permiten sostener esta afirmación.

En su jurisprudencia, el Tribunal Supremo ha venido perfilando los diversos elementos que caracterizan a los Colegios profesionales.

Así, en las Sentencias de 3 de noviembre de 1988 y 20 de junio de 2000 se declara, en relación con su naturaleza jurídica y competencias, que “son corporaciones de derecho público pero, más específicamente, como algún relevante sector doctrinal dice, son corporaciones sectoriales de base privada, esto es, corporaciones públicas que, por su composición y organización, realizan una actividad que, en gran parte, es privada aunque tengan atribuidas por ley o delegadas algunas funciones públicas”, a lo que añade que “el carácter de corporaciones públicas no logra oscurecer la naturaleza privada de sus fines y cometidos principales y su concepción mixta o bifronte”.

En su Sentencia de 18 de julio de 2008 (5667/2005), que cita las de 18 de abril de 2001 y 13 de marzo de 2002, se reitera que los Colegios profesionales, en general, son corporaciones sectoriales de base privada, “constituidas, primordialmente, para la defensa de los intereses privados de sus miembros, pero que también atienden a finalidades de interés público (STC 20/1988 y STS de 28 de noviembre de 1990), constituyendo “una realidad jurídica de base asociativa y régimen particular distinto del de las asociaciones de naturaleza privada” (STC 5/1996). Su configuración como Administración “*secundum quid*”, obliga a examinar, caso por caso, si la actuación colegial se realiza en uso de facultades atribuidas por la ley o delegadas por la Administración, en cuyo caso la revisión jurisdiccional de dicha actuación corresponderá al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, mientras que en los restantes supuestos, el enjuiciamiento corresponderá al orden jurisdiccional civil.

---

<sup>5</sup> Basta ver al respecto el tratamiento dado a las Corporaciones de Derecho público por el ordenamiento; así, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, o por las Leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas y del Régimen jurídico del sector público, respectivamente, que sustituyen a la anterior.

Por su propia naturaleza, son ámbitos competenciales o fines privados de los Colegios profesionales los relativos a la protección mutua y la asistencia social de sus miembros y su familia y el “presupuesto” para el funcionamiento colegial. Dicho presupuesto se integra por la previsión anual de ingresos y gastos, no siendo fiscalizable por este orden jurisdiccional, cuya competencia se limita al control de la formación de voluntad del órgano colegial que aprueba el presupuesto: la Junta General ordinaria del Colegio correspondiente”.

Por su parte, la STS de 28 de febrero de 2011 destaca, y es importante tenerlo presente, que los Colegios profesionales “se distinguen de las Administraciones Públicas en que la mayor parte de su actividad no se sujeta al Derecho Administrativo: sus empleados no son funcionarios públicos ni sus finanzas se controlan por la Intervención del Estado ni por el Tribunal de Cuentas y, con su creación, la Administración Territorial lo que pretende esencialmente es una descentralización funcional, por lo que le atribuye fines relacionados con los intereses públicos, evitando crear entes públicos de intervención directa. Es por ello que uno de los elementos coincidentes con asociaciones y sindicatos, expresión además de su naturaleza fundamentalmente privada, es el del sostenimiento económico de la Corporación. Este sostenimiento corresponde a los miembros que forman parte de ella, sin financiación propiamente pública, salvo la que pueda corresponder vía subvenciones”.

De la jurisprudencia expuesta se desprende, pues, de forma clara que en las Corporaciones de derecho público conviven elementos propios de las personas jurídico-públicas con otros típicos de las de derecho privado, lo que impide equipararlas a las Administraciones Públicas *stricto sensu* y ha llevado a sostener de forma unánime —y una vez superadas ciertas disputas doctrinales— que revisten una naturaleza mixta.

Aseverada, por tanto, esa naturaleza mixta de las Corporaciones de derecho público y, por ende, de los Colegios profesionales, cabe plantearse hasta qué punto resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 15 de junio de 2016.

### ***4.3. El reconocimiento de la titularidad del derecho al honor a los Colegios Profesionales***

a) Tal y como ha quedado expuesto, esta doctrina se refiere exclusivamente a las personas jurídicas de derecho público, a las que se niega la titularidad del derecho al honor y, en lógica consecuencia, la legitimación

para promover un recurso para la tutela judicial civil de tal derecho fundamental por el cauce específicamente previsto al efecto.

No pretende ahora cuestionarse el acierto del criterio sentado por la Sentencia de referencia ni refutarse el fundamento teórico sobre el que se construye la argumentación del Tribunal Supremo, fundamento que, a la postre, conecta con la tesis clásica ya expuesta que niega a las personas jurídico-públicas la titularidad de derechos fundamentales. Se trata, en cambio, de examinar si concurren o no en los Colegios profesionales los caracteres que determinan la aplicación de tal doctrina.

Y sucede que, según se ha indicado, el principal motivo por el que en la dogmática constitucional se niega a las personas de derecho público la titularidad de derechos fundamentales es su condición de poderes públicos frente a los cuales tales derechos se alzan como garantía de respeto a un ámbito de libertad de los ciudadanos que ha de protegerse frente a las posibles vulneraciones en que aquéllos puedan incurrir.

De este modo, el fundamento de la jurisprudencia examinada radica en la posición de supremacía que el poder público ocupa en sus relaciones con los individuos, en cuanto titular de múltiples potestades y privilegios<sup>6</sup>.

Desde esta perspectiva puede entenderse que el Tribunal Supremo sí haya reconocido la titularidad de derechos fundamentales —y, en particular, del derecho al honor— a las sociedades mercantiles públicas, entidades que, como es bien sabido, no son titulares de las referidas potestades públicas ni se sitúan en una posición de supremacía en sus relaciones con el resto de sujetos (STS 369/2009, de 21 de mayo de 2009, Rec. 2747/2004).

La Sentencia de 15 de junio de 2016 no es ajena a tal doctrina, pese a reconocer que el de las referidas sociedades es un caso dudoso, como también lo es de las entidades públicas empresariales, dada la mayor presencia de elementos de derecho público en su régimen jurídico.

En relación con estos supuestos y a falta de un pronunciamiento expreso por parte del Tribunal Constitucional, la Sentencia opta, como ya se señaló, por establecer un criterio “basado en la forma privada o pública

---

<sup>6</sup> Esta situación de supremacía de los poderes públicos frente a los particulares deriva del hecho de que aquéllos han de cumplir los fines que el ordenamiento jurídico les atribuye; fines que se orientan a la consecución del interés general (artículo 103 de la Constitución) y que, por tanto, justifican que el ordenamiento les atribuya ese conjunto de potestades y privilegios de que gozan en su actuación.

de personificación, en orden a determinar qué personas jurídicas son, y cuáles no, titulares del referido derecho fundamental”.

b) Pues bien, atendiendo exclusivamente a este criterio, habría que concluir que las Corporaciones de derecho público en general y los Colegios profesionales en particular no son titulares del derecho al honor y no están, por tanto, legitimados para recabar la tutela jurídico-civil de tal derecho.

Y ello porque, tal y como se ha explicado, las Corporaciones de derecho público son entidades creadas por decisión pública para la consecución de fines que se consideran dignos de tutela por aquéllas, desde los propiamente corporativos y profesionales de sus miembros, hasta la defensa de los intereses y derechos de los consumidores y usuarios de los específicos servicios profesionales.

Así pues, atendiendo a su forma de personificación, su naturaleza es pública, quedando su origen y configuración sustraídos a la disponibilidad de sus miembros. Públicos son también los fines que justifican su creación y así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional antes citada. Pues, en efecto, no es la defensa de los intereses privados de los profesionales lo que legitima *per se* la creación de una Corporación (para satisfacer tal fin, basta la libertad de asociación y sindicación de los profesionales), sino que ésta deriva exclusivamente de los fines de interés público a los que sirven.

En el caso concreto de los Colegios profesionales, la propia Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios profesionales, declara que “son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional” (artículo 1.3).

Para la consecución y defensa de tales fines y atendiendo precisamente a su carácter público, el ordenamiento atribuye de forma expresa a los Colegios profesionales determinadas funciones y potestades públicas.

Así, cabe destacar, en primer lugar, que los Colegios profesionales gozan de potestad normativa en los términos establecidos en la legislación aplicable.

Y son igualmente titulares de la potestad autorizatoria, herramienta que permite encauzar una de las actividades típicas y más relevantes de los Colegios profesionales y en virtud de la cual el órgano de gobierno encargado

de la gestión y funcionamiento de la Corporación resuelve acerca de la admisión de los titulados que deseen desempeñar la correspondiente profesión.

Asimismo, los Colegios profesionales ostentan la potestad disciplinaria: en materia sancionadora, la Ley de Colegios profesionales defiere a la autoridad colegial o corporativa la aplicación del régimen disciplinario, fundamento de la potestad sancionadora colegial, de conformidad con lo previsto en el correspondiente Estatuto General.

Esta circunstancia ha determinado que el Tribunal Supremo haya calificado la relación que liga a los colegiados con los Colegios en que se integran como una relación de sujeción especial, algo que no puede extrapolarse a la relación existente entre las asociaciones y sociedades y sus miembros.

La naturaleza pública de los Colegios explica, por lo demás, el carácter obligatorio que en relación con determinadas profesiones tiene la adscripción, rasgo que constituye el núcleo básico de la institución y que resulta difícilmente conciliable con la libertad negativa de asociación propia de las asociaciones privadas<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> En relación con la cuestión relativa a la tipología de Colegios profesionales, resulta capital la STC 3/2013, de 17 de enero (FJ 7) en que se declaraba lo siguiente: “Antes de la reforma operada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, con la que se adaptan diversas leyes estatales a la Directiva 2006/123/CE, la Ley 2/1974, de 13 de febrero, consagraba un modelo único de colegio profesional caracterizado por la colegiación obligatoria, pues los profesionales estaban obligados a colegiarse para «el ejercicio de las profesiones colegiadas». Tras su reforma, el legislador estatal ha configurado dos tipos de entidades corporativas, las voluntarias y las obligatorias. El requisito de la colegiación obligatoria constituye una barrera de entrada al ejercicio de la profesión y, por tanto, debe quedar limitado a aquellos casos en que se afecta, de manera grave y directa, a materias de especial interés público, como la protección de la salud y de la integridad física o de la seguridad personal o jurídica de las personas físicas, y la colegiación demuestre ser un instrumento eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios, tal y como se deduce de la disposición transitoria cuarta de esta misma norma. En definitiva, los colegios profesionales voluntarios son, a partir de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, el modelo común, correspondiendo al legislador estatal, conforme a lo establecido en el art. 3.2, determinar los casos en que la colegiación se exige para el ejercicio profesional y, en consecuencia, también las excepciones, pues éstas no hacen sino delimitar el alcance de la regla de la colegiación obligatoria, actuando como complemento necesario de la misma. La determinación de las profesiones para cuyo ejercicio la colegia-

En definitiva, no ofrece dudas que el origen legal y la atribución de funciones públicas a los Colegios revelan una clara diferencia entre este tipo de Corporaciones y las asociaciones o sociedades de derecho privado, distancia que se acentúa por el hecho de que, a diferencia de éstas, aquéllas no persiguen la obtención del beneficio de cada uno de sus miembros ni la rentabilidad económica, no pudiendo, por tanto, establecerse una equiparación entre unas y otras personificaciones.

c) Ahora bien, esta presencia de elementos de carácter público y aun la atribución de funciones típicamente públicas que las separa de las personas jurídico-privadas no permite obviar esa “naturaleza fundamentalmente privada” a la que la STS de 28 de febrero de 2011 antes citada hace referencia, ni impide marcar la necesaria distancia que estas Corporaciones guardan con las Administraciones Públicas, ya sean territoriales, ya instrumentales.

Sin ánimo exhaustivo, puede mencionarse como ejemplo que ilustra esta afirmación la ausencia de atribución legal de determinadas potestades típicamente administrativas, tales como la tributaria o la expropiatoria.

Y hay que tener en cuenta también que, a diferencia de las Administraciones Públicas, los Colegios profesionales no actúan en régimen de autotutela<sup>8</sup>, ni pueden ser titulares de bienes demaniales o servirse de ellos para el ejercicio de sus funciones<sup>9</sup>.

La falta de esos rasgos típicamente públicos en las Colegios profesionales guarda correspondencia con la presencia de elementos privados, como son, fundamentalmente, su régimen patrimonial<sup>10</sup> o el de personal<sup>11</sup>.

---

ción es obligatoria se remite a una ley estatal previendo su disposición transitoria cuarta que, en el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de la ley, plazo superado con creces, el Gobierno remitirá a las Cortes el correspondiente proyecto de ley y que, en tanto no se apruebe la ley prevista, la colegiación será obligatoria en los colegios profesionales cuya ley de creación así lo haya establecido”.

<sup>8</sup> En la STS de 28 de septiembre de 1998 se afirmaba de manera tajante que al no existir apoyo en precepto legal alguno, los Colegios carecen del privilegio de ejecutividad y autotutela.

<sup>9</sup> “Los colegios profesionales no pueden ser beneficiarios de mutaciones demaniales, ni titulares de bienes de dominio público” (Dictamen del Consejo de Estado núm. 47.108, de 19 de diciembre de 1984).

<sup>10</sup> Ya en STS de 12 de junio de 1990 se afirmaba la competencia del orden jurisdiccional civil sobre las cuestiones relacionadas con el patrimonio colegial, es decir, con la adquisición, conservación, recuperación, pérdida o administración de sus bienes privativos.

En definitiva, los Colegios profesionales, como especie del género de las Corporaciones de Derecho público, pueden ser considerados como personas jurídico-públicas atendiendo al dato de su creación por ley y a la atribución de determinadas potestades públicas y así lo han entendido tanto la jurisprudencia constitucional (STC 45/2004), como el Consejo de Estado (entre otros, en el dictamen núm. 55.106), pero esa calificación no puede oscurecer que son personas de sustrato asociativo privado y que la mayor parte de su actividad se despliega en esa esfera.

En consecuencia, los Colegios profesionales no pueden ser equiparados sin más a las Administraciones Públicas. Prueba de ello es que el propio legislador, tanto en la Ley 30/1992, como en la Ley 39/2015, excluye a las Corporaciones de Derecho público en general y a los Colegios profesionales en particular, de su ámbito subjetivo de aplicación, limitándose a establecer su aplicación supletoria con respecto al régimen jurídico propio de cada una de dichas corporaciones.

d) De todo lo anterior se sigue que el de los Colegios profesionales es un supuesto atípico y peculiar que no puede reconducirse sin más al criterio sentado por el Tribunal Supremo en la Sentencia examinada y que obliga a distinguir los supuestos en que el Colegio actúa investido de las potestades públicas atribuidas por el legislador de aquellos otros en los que su actuación se despliega en su ámbito privado.

Así, en aquellas ocasiones en que un Colegio ejerce su potestad normativa o la potestad disciplinaria —las potestades públicas atribuidas por el legislador más características— su faz de persona jurídico-pública se presenta en toda su intensidad —aun cuando sea una intensidad mitigada por la carencia de la potestad de autotutela—, sin que en tales supuestos pueda pretender la titularidad de otros derechos fundamentales distintos de los que le corresponden al amparo de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución.

Por el contrario, en aquellas otras situaciones en las que el Colegio actúe en el ámbito de sus relaciones privadas —patrimoniales, de personal o de relación económica con los colegiados, entre otras—, es discutible que pueda negársele, por el mero hecho de su origen legal, la titularidad

---

<sup>11</sup> Algunas leyes autonómicas sí han precisado que el personal de los Colegios está sometido al Derecho laboral, en la misma línea de la jurisprudencia que ha afirmado que no tienen el carácter de funcionarios (así, artículo 48 de la Ley del País Vasco 18/1997, de 21 de noviembre, de ejercicio de las profesiones titulada y de colegios y consejos profesionales).

de otros derechos fundamentales cuyo reconocimiento pueda ser necesario para garantizar una adecuada tutela de los intereses de la profesión e, incluso, de los de la propia Corporación, en la medida en que se trate de intereses ajenos a aquéllos cuya defensa queda cubierta mediante el ejercicio de las potestades públicas atribuidas por el legislador.

En esta línea de razonamiento cabe recordar que la STC 139/1995, al pronunciarse acerca de la titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas, declaró que “si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de esos fines. En ocasiones, ello sólo será posible si se extiende a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales que protejan —como decíamos— su propia existencia e identidad, a fin de asegurar el libre desarrollo de su actividad, en la medida en que los derechos fundamentales que cumplan esta función sean atribuibles, por su naturaleza, a las personas jurídicas”.

Partiendo de esta idea, puede sostenerse que los Colegios profesionales no sólo ostentan los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, sino también todos aquellos que sean precisos para asegurar el libre desarrollo de su actividad y que le permitan reaccionar frente a posibles vulneraciones de su posición institucional por parte de los poderes públicos, idea ésta que conecta con el fundamento tradicional de los derechos fundamentales que ya ha quedado expuesto con anterioridad.

De conformidad con este planteamiento, no ofrece dudas que los Colegios son titulares de determinados derechos que permiten articular correctamente su relación con las propias Administraciones Públicas, que no ostentan sobre ellos potestades de tutela similares a las que ejercen sobre su Administración instrumental. Los derechos fundamentales de inviolabilidad de la sede y secreto de las comunicaciones o la libertad de expresión son claras manifestaciones de dicha independencia colegial frente a los poderes públicos.

Es ésta, sin duda, una vertiente clara de la posible titularidad de derechos fundamentales por parte de los Colegios profesionales más allá del derecho a la tutela judicial efectiva ya reconocido, pero no es la única. Y ello porque el reconocimiento de dicha titularidad ha de poder proyectarse, también, a la posible defensa de los intereses de los Colegios y de sus miembros frente a eventuales vulneraciones procedentes de otros sujetos

de derecho, incluso si no son Administraciones Públicas. Es en este ámbito en el que el reconocimiento del derecho al honor cobra pleno sentido, habida cuenta de que este derecho se configura como herramienta indispensable para amparar “la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas (SSTC 107/1988, 185/1989, 171/1990, 172/1990, 223/1992, 170/1994, 139/1995, 3/1997)” (STC 180/1999)<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Esta misma STC precisa también el alcance del derecho al honor cuando se proyecta sobre el prestigio profesional, en los siguientes términos (FJ 5):  
“El derecho al honor personal prohíbe que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa, o atentando injustificadamente contra su reputación haciéndola desmerecer ante la opinión ajena. Así, pues, lo perseguido por el art. 18.1 C.E. es la indemnidad de la imagen que de una persona puedan tener los demás, y quizá no tanto la que aquélla desearía tener. Por esta razón, y según el caso, el art. 18.1 C.E. puede extender su protección al prestigio profesional, en tanto una descalificación de la probidad profesional de una persona puede dañar gravemente su imagen pública. No cabe duda de que en la actualidad la actividad laboral o profesional posee una faceta externa, de relación social, que, en cuanto tal, repercute en la imagen que de esa persona tengan los demás (STC 223/1992). Pero, por eso mismo, también la hace susceptible de ser sometida a la crítica y evaluación ajenas, únicas formas, en ocasiones, de calibrar la valía de esa actividad, sin que tal cosa suponga el enjuiciamiento de la persona que la desempeña y, en consecuencia, de su honorabilidad (AATC 544/1989, 321/1993). La protección del art. 18.1 C.E. sólo alcanzaría a aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido. Así, pues, podrá darse el caso de que esas críticas a la actividad profesional de una persona resulten molestas e hirientes, o ayunas de cobertura constitucional en el art. 20.1 C.E., e incluso ilícitas, y, sin embargo, no menoscabar su honor en los términos del art. 18.1 C.E., a excepción claro está, de las formalmente insultantes o injuriosas. Dicho esto, sin perjuicio, naturalmente, de que el ofendido o perjudicado por semejantes críticas pueda ejercer las acciones resarcitorias pertinentes, pues el prestigio profesional no sólo posee una innegable dimensión personal, que es a la que debe atender su protección al amparo del art. 18.1 C.E., sino que también posee otra dimensión patrimonial que si no va unida a la dimensión personal debe quedar extramuros de la protección constitucional dispensada por el mentado precepto, aunque puede ser objeto de protección mediante otros cauces procesales (*mutatis mutandis*, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Hu-

Se trata, por tanto, de un mecanismo indispensable para proteger la identidad de la Corporación cuando desarrolla sus fines y para proteger también las condiciones de ejercicio de tal identidad (STC 139/1995).

Por ello, en la medida en que esas expresiones o mensajes puedan dirigirse contra los profesionales o contra la profesión misma o, incluso, contra el Colegio como entidad representativa de una y otros, es posible sostener que el Colegio profesional podrá invocar la tutela del derecho al honor de los presuntamente agraviados en cada caso, dada la defensa que le corresponde de la profesión y de los intereses de sus miembros, sin que el carácter público derivado de su forma de personificación deba ser obstáculo para ello.

En este sentido, la STC 45/2004 declaró que:

“(…) entre de las funciones propias de los colegios profesionales, se encuentran la representación y defensa de la profesión, función diferenciada de la defensa de los intereses profesionales de los colegiados. Y así, a la defensa de los intereses de los profesionales colegiados, pueden concurrir tanto los colegios profesionales, como los propios colegiados, cuando resulten individualmente afectados, y otras personas jurídicas, tales como sindicatos y asociaciones profesionales; por el contrario, cuando se trata de la representación y defensa de la profesión misma, esto es, del interés general o colectivo de la profesión, esa función representativa y de defensa, ante los poderes públicos, se ejerce por los colegios profesionales, bajo la nota de exclusividad o monopolio (art. 1.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de colegios profesionales)”.

En esta Sentencia se aprecia el reconocimiento de la función colegial de defensa de los intereses profesionales o de la profesión en su más amplia concepción, que podría llegar a comprender, conforme a lo expuesto, la protección del derecho al honor de los colegiados, de la propia profesión y aun del Colegio, como persona jurídica cuya naturaleza mixta le aproxima en ciertos aspectos a las personificaciones de Derecho privado, lo que permite argumentar a favor del reconocimiento de la titularidad del referido derecho. Ciertamente es que la redacción de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, no reconoce legitimación a los Colegios profesionales para el ejercicio de acciones en sentido descrito, pero también lo es que la delimitación del ámbito subjetivo de esta Ley orgánica ha sido objeto de una interpretación cada vez más flexible por parte

---

manos, caso Barhold, de 25 de marzo de 1985, §§ 50 y ss.; caso Markt Intern Verlag y Klaus Beermann, de 20 de noviembre de 1989, §§ 31 y 35 y ss.; caso Hertel, 25 de agosto de 1998, §§ 42 y 47 y ss.)”.

del Tribunal Constitucional, que ciertamente no ha tenido ocasión aún de emitir un pronunciamiento referido a los Colegios profesionales, pero que en alguna de las sentencias examinadas con anterioridad ha admitido vulneraciones del derecho al honor de colectividades no mencionadas en la literalidad de la referida Ley orgánica.

En íntima conexión con este último extremo, ha de insistirse, una vez más y retomando la caracterización que de este tipo de Corporaciones ha hecho la jurisprudencia antes citada, en que los Colegios profesionales realizan una actividad en gran parte privada (SSTS de 3 de noviembre de 1988 y 20 de junio de 2000) y “se distinguen de las Administraciones Públicas en que la mayor parte de su actividad no se sujeta al Derecho Administrativo”, dada “la naturaleza privada de sus fines y cometidos principales” (STS de 28 de febrero de 2011).

En definitiva, a la vista de los razonamientos efectuados en el presente informe, sí se considera posible defender que el Colegio profesional, en cuanto tal, pueda ser titular del derecho fundamental al honor, pudiendo apreciarse en el reconocimiento de esta titularidad una importante herramienta para proteger los fines para los que los Colegios han sido constituidos, en un sentido similar al recogido en la STC 139/1995. Su naturaleza mixta o bifronte revela la existencia de intereses y esferas de actuación que pueden merecer la protección que brinda la titularidad de dicho derecho al honor, sin que la Sentencia del Tribunal Supremo analizada ofrezca elementos suficientes para descartarla *a priori*.

## 5. CONCLUSIONES

1. Los derechos fundamentales surgen como instrumentos de protección del individuo frente a los poderes públicos. La jurisprudencia constitucional ha reconocido, empero, que también las personas jurídicas de Derecho privado pueden ser titulares de estos derechos, en la medida que sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas (STC 139/1995).

2. Dado que la función originaria de los derechos fundamentales fue la de definir ámbitos de libertad individual sustraídos a la capacidad de intervención del Estado, la dogmática constitucional clásica ha rechazado la posibilidad de que las personas de Derecho público puedan ser titulares de este tipo de derechos, respecto de los cuales su posición natural es la de sujeto pasivo.

Ello no ha impedido, sin embargo, que el Tribunal Constitucional haya admitido que las personas jurídico-públicas puedan ser titulares de determinados derechos fundamentales (STC 64/1998) y que, de hecho, les haya reconocido el derecho a la tutela judicial efectiva entendido como derecho a acceder a los tribunales (SSTC 10/2003, 45/2004 y 85/2008) y como derecho a ostentar las facultades inherentes a su condición de parte en el proceso y a no sufrir indefensión (SSTC 237/2000, 201/2002, 250/2005 y 164/2008).

3. En relación con el derecho al honor y atendiendo a su significado marcadamente personalista, el Tribunal Constitucional ha concluido que no resulta adecuado atribuir tal derecho a las instituciones públicas, “respecto de las cuales, y sin negar que en algunos casos puedan ser titulares del derecho al honor (...), es más correcto desde el punto de vista constitucional emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral” (STC 214/1991).

4. Partiendo de lo anterior, el Tribunal Supremo ha declarado en la Sentencia de 15 de junio de 2016 que “las personas de derecho público no son titulares del derecho al honor garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución”, haciendo extensiva esta doctrina jurisprudencial a todas las entidades que tengan una forma pública de personificación.

5. Una interpretación rígida de esta doctrina podría llevar a negar a los Colegios profesionales la titularidad del derecho al honor y, en lógica consecuencia, la legitimación para exigir su protección en vía jurisdiccional por el cauce específicamente previsto al efecto (Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen).

Sin embargo, pese a que se trata de personificaciones de carácter público, los Colegios profesionales son Corporaciones de naturaleza mixta en las que el origen legal, la existencia de fines públicos y la atribución de determinadas potestades también públicas coexisten con numerosos elementos de Derecho privado. Ello impide equiparlos a las Administraciones Públicas y así lo han declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, que han subrayado su naturaleza eminentemente privada (por todas, STS de 28 de febrero de 2011).

Esta circunstancia unida a la función de representación y defensa de la profesión y de los intereses profesionales de los colegiados que corresponde a los Colegios (STC 45/2004) permite sostener que el de los Colegios profesionales es un caso especial en el que la forma de personificación pública que subyace a su propia existencia no puede ser obstáculo al reco-

nocimiento de la titularidad del derecho al honor en todos aquellos casos en que tal reconocimiento sea necesario para asegurar el cumplimiento de aquellos fines para los que fueron constituidos, garantizando sus condiciones de existencia e identidad (STC 139/1995).



# **El derecho a la tutela judicial efectiva: sobre el ámbito de la asistencia jurídica gratuita en relación con la jurisdicción contencioso-administrativa y la interpretación del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita**

*(Informe 1/2018)*

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL AUTO 00/2017 DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE ..., DE 20 DE DICIEMBRE DE 2017, Y SU INTERPRETACIÓN DE LA LEY 1/1996, DE 10 DE ENERO, DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. 3. LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS DEL CÓDIGO CIVIL. 3.1. El sentido propio de las palabras en relación con el contexto. 3.2. Los antecedentes históricos y legislativos. 3.3. La realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas. 3.4. El espíritu y finalidad de aquellas. 4. LOS POSIBLES RECURSOS CONTRA EL AUTO 00/2017, DE 20 DE DICIEMBRE DE 2017. INCIDENTE DE NULIDAD Y RECURSO DE AMPARO. 5. LAS RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN PROVINCIAL DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA DENEGANDO LAS PRESTACIONES DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA PARA LA DEFENSA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. 6. LOS POSIBLES RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN PROVINCIAL DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. 7. CONCLUSIONES DEL INFORME. 8. RESULTADO DEL PROCESO.

## **1. INTRODUCCIÓN**

El presente informe fue emitido a instancia del Consejo General de la Abogacía Española en relación con un caso concreto de denegación del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Un Juzgado de lo Contencioso-administrativo de una determinada capital de provincia denegó este derecho a un particular que lo solicitaba para defenderse de una sanción administrativa en materia de armas impuesta en aplicación de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

Si bien en un principio el informe tuvo como objetivo combatir una determinada interpretación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, no se puede descartar que el caso se plantee de nuevo en un futuro. Sirvan, por tanto, estas líneas, para fijar la postura de la Abogacía en cuanto a la aplicación de la citada norma.

## 2. EL AUTO 00/2017 DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE ..., DE 20 DE DICIEMBRE DE 2017, Y SU INTERPRETACIÓN DE LA LEY 1/1996, DE 10 DE ENERO, DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

El informe que se requirió de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española tiene su causa en la posición de indefensión en la que sitúa al solicitante del beneficio de asistencia jurídica gratuita el Auto 00/2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de..., de 20 de diciembre de 2017.

La resolución judicial, el Auto citado, interpreta la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, de un modo inédito hasta ahora, discordante con el criterio que mantiene el Tribunal Constitucional y lesivo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que ha de ser reconocido al solicitante para recurrir la sanción administrativa impuesta a don A.B.C en vía contencioso-administrativa.

Procede, por tanto, en primer lugar, analizar los criterios del Auto 00/2017 que conducen a la desestimación de la impugnación presentada por don A.B.C. contra la resolución de la Comisión Provincial de Asistencia Jurídica Gratuita, resolución a la que después se hará referencia. Se habrá de partir de los siguientes datos de hecho: el recurrente es un ciudadano español, sancionado por la Administración pública por una infracción prevista en el artículo 36.10 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Se ha de precisar que el precepto tipifica una infracción grave, castigada con multa de 601 y 30.000 euros, descrita de este modo: “*Artículo 36. Infracciones graves. Son infracciones graves: (...) 10. Portar, exhibir o usar armas prohibidas, así como portar, exhibir o usar armas de modo negligente, temerario o intimidatorio, o fuera de los lugares habilitados para su uso, aún cuando en este último caso se tuviera licencia, siempre que dichas conductas no constituyan infracción penal*”.

La argumentación del Auto, que recoge la presentada por la Abogacía de Estado, interpreta el artículo 2 de la citada Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, partiendo del apartado inicial del artículo 2 que se expresa así:

*“Artículo 2. Ámbito personal de aplicación.*

*En los términos y con el alcance previstos en esta ley y en los tratados y convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita:*

*a) Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar.*

*(...)”.*

Al decir de la Abogacía del Estado el apartado a) delimita el ámbito subjetivo de aplicación general del derecho a la asistencia jurídica gratuita, incluyendo en este ámbito subjetivo a los ciudadanos españoles y los extranjeros (ya sean ciudadanos de Estados de la Unión Europea o no lo sean). Estima, después, que los siguientes incisos del precepto limitan la fórmula general, de manera que el derecho a litigar en los distintos órdenes jurisdiccionales se reconoce sólo para aquellos casos expresamente previstos en los apartados b) a i).

De este modo, el derecho general para la asistencia jurídica gratuita en los procesos contencioso-administrativos se ciñe y limita a los supuestos previstos en el apartado e), que dispone:

*“Artículo 2. Ámbito personal de aplicación.*

*En los términos y con el alcance previstos en esta ley y en los tratados y convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita:*

*(...)*

*e) En el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo”.*

Como se puede apreciar la interpretación según la cual los apartados b) a i) del artículo 2 suponen una limitación del ámbito general del apartado a) conduce derechamente a una conclusión manifiestamente absurda. La Ley reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los españoles pero inmediatamente después señala que solo los extranjeros tienen este beneficio. Es decir, un extranjero puede acudir al contencioso-administrativo con ayuda de las prestaciones del servicio público de asistencia jurídica gratuita pero un español no cuenta con ellas.

### **3. LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS DEL CÓDIGO CIVIL**

Procede, por tanto, proponer una interpretación de la norma acomodada a los criterios generales del ordenamiento español. Y para ello se habrá de traer a colación el artículo 3 del Código Civil, que dispone:

*“Artículo 3.*

*1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.*

*2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.*

### **3.1. El sentido propio de las palabras en relación con el contexto**

Al artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, único analizado por la resolución judicial que se combate, precede, como es lógico, el artículo 1, que se expresa de ese modo:

*“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.*

*Las disposiciones de esta ley serán de aplicación general en todo tipo de procesos judiciales, incluidos los recursos de amparo constitucional, la vía administrativa previa cuando así se establezca en la legislación específica, así como el asesoramiento previo al proceso contemplado en el apartado 1 del artículo 6”.*

El apartado 3 del artículo 1 no admite interpretación restrictiva. Sus términos son tajantes y abarca: **“todo tipo de procesos judiciales”**. Pretende, además, ampliar el ámbito inicialmente previsible de la norma para incluir en algunos supuestos la vía administrativa previa y el asesoramiento previo al proceso.

Por su parte, el artículo 2<sup>1</sup> ya citado no contiene una cláusula general que se vea limitada posteriormente por cláusulas especiales. No cabe, por

---

<sup>1</sup> *“Artículo 2. Ámbito personal de aplicación.*

*En los términos y con el alcance previstos en esta ley y en los tratados y convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita:*

*a) Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar.*

*b) Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en todo caso.*

c) Las siguientes personas jurídicas cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar:  
1.º Asociaciones de utilidad pública, previstas en el artículo 32 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación

2.º Fundaciones inscritas en el Registro Público correspondiente.

d) En el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales.

Asimismo, el derecho a la asistencia jurídica gratuita se reconoce a los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social para los litigios que sobre esta materia se sustancien ante el orden contencioso-administrativo.

e) En el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo.

f) En los litigios transfronterizos en materia civil y mercantil, las personas físicas contempladas en el Capítulo VIII de esta ley, en los términos que en él se establecen.

g) Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, que se les prestará de inmediato, a las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato.

Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fueran partícipes en los hechos.

A los efectos de la concesión del beneficio de justicia gratuita, la condición de víctima se adquirirá cuando se formule denuncia o querrela, o se inicie un procedimiento penal, por alguno de los delitos a que se refiere esta letra, y se mantendrá mientras permanezca en vigor el procedimiento penal o cuando, tras su finalización, se hubiere dictado sentencia condenatoria. El beneficio de justicia gratuita se perderá tras la firmeza de la sentencia absolutoria, o del sobreseimiento definitivo o provisional por no resultar acreditados los hechos delictivos, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento.

En los distintos procesos que puedan iniciarse como consecuencia de la condición de víctima de los delitos a que se refiere esta letra y, en especial, en los de violencia de género, deberá ser el mismo abogado el que asista a aquella, siempre que con ello se garantice debidamente su derecho de defensa.

h) Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita a quienes a causa de un accidente acrediten secuelas permanentes que les impidan totalmente la realización de las tareas de su ocupación laboral o profesional habitual y requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, cuando el objeto del litigio sea la reclamación de indemnización por los daños personales y morales sufridos.

i) Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita a las asociaciones que tengan como fin la promoción y defensa de los

tanto, aplicar el principio interpretativo según el cual la ley especial deroga a la ley general. Antes al contrario, los apartados siguientes precisan el ámbito subjetivo pero no para limitar el alcance general del derecho sino para ampliarlo.

Puede comprobarse que:

- los apartados b) y c) conceden el derecho a las entidades gestoras de la Seguridad Social y a determinadas personas jurídicas (asociaciones de utilidad pública y fundaciones, en principio no incluidas en el ámbito subjetivo de la norma delimitado por el artículo 2.a),
- el apartado d) resulta aún más claro por su expresión (“*d) En el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales*”, ampliando el ámbito subjetivo de la norma a los beneficiarios del sistema aun cuando no fueran trabajadores (pensionistas o perceptores de prestaciones),
- el apartado e) ya citado amplía las prestaciones reconocidas a los extranjeros a la vía previa administrativa para determinadas materias de especial gravedad (denegación de entrada, devolución, expulsión del territorio español y asilo) de lo que se deduce que en la vía contenciosa tienen derecho al total de las prestaciones siempre que reúnan los requisitos económicos, es decir, no solo en procesos en relación con la expulsión, la entrada o el asilo sino también derechos laborales, reagrupación, protección de derechos fundamentales, etc.,
- en el apartado f) se incluyen los derechos a las prestaciones en los litigios transfronterizos en materia civil y mercantil, que inicialmente no estaban cubiertos por el sistema,
- y finalmente los apartados g), h) e i) no solo no limitan sino que amplían de forma notoria el derecho a la asistencia jurídica gratuita para determinados grupos o colectivos, como son víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos, víctimas de accidentes y víctimas del terrorismo, a quienes ni siquiera se exige acreditación de la insuficiencia de recursos para litigar.

Así las cosas el argumento esencial de la resolución combatida, que entiende que los apartados b) y siguientes del precepto *limitan* el ámbito subjetivo del apartado a) no se sostiene. Los apartados siguientes *precisan* y *amplían* este ámbito, concediendo a sujetos en principio no incluidos los derechos y prestaciones regulados en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

### **3.2. Los antecedentes históricos y legislativos**

La Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, se remite en su primer artículo al artículo 119 de la Constitución y señala:

*“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”.*

Y este artículo de la Constitución 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”*

En estos términos, el derecho a la asistencia jurídica gratuita se considera un derecho de los españoles todos, heredero del viejo sistema procesal del “*beneficio de pobreza*”, que tenía su base en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y se basaba en la declaración de pobreza, calculada sobre el “*jornal de un bracero*”. Tan es así que la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita deroga parcialmente la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>2</sup> y deroga y sustituye, además, el artículo 132 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, que regulaba la “*declaración de pobreza*”. De sus términos puede concluirse que la asistencia jurídica gratuita en la jurisdicción contencioso-administrativa ha existido desde entonces:

---

<sup>2</sup> También deroga parcialmente el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 y el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

Capítulo V. Disposiciones comunes. Sección Cuarta. Costas procesales

“Artículo ciento treinta y dos

1. Solicitada la declaración de pobreza para interponer recurso contencioso-administrativo dentro de los dos meses siguientes a la notificación del acto o de la publicación de la disposición a que dé lugar el mismo el plazo al que se refiere el artículo 58 se contará a partir de la notificación al Abogado de la designación de oficio.

2. Si el demandante solicitare la declaración de pobreza, no estará obligado a acompañar el documento acreditativo del pago en las Cajas del Tesoro a que se refiere el artículo 57 párrafo dos apartado e), pero si la pobreza fuere denegada, deberá acreditar el pago dentro del mes siguiente a la notificación de la declaración de pobreza por auto firme”.

Los beneficios de la justicia gratuita se configuran como un derecho para los españoles en todas las jurisdicciones (civil, penal, contencioso-administrativa, social y militar, abarcando también la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional). La inclusión en el sistema de los nacionales de los países miembros de la Unión Europea<sup>3</sup> se debe al ámbito subjetivo de las normas comunitarias. Y la inclusión de los extranjeros, en la versión vigente de la Ley, tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En efecto, en la Sentencia 95/2003, de 10 de junio de 2003, tras el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo, el Tribunal Constitucional se pronuncia acerca de la posible inconstitucionalidad de limitar el derecho a la justicia gratuita para los extranjeros a aquellos que “*residan legalmente en España*”, previsión incluida inicialmente en el apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. El Tribunal Constitucional concluye que el precepto es nulo en cuanto existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos, como sucede con “*aquellos derechos fundamentales que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que constituye fundamento del orden político español*”.

---

<sup>3</sup> Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, la Directiva 2011/93/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, y la Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, así como las reglas mínimas comunes relativas al acceso a la justicia gratuita en los litigios transfronterizos fijadas en la Directiva 2003/8/CE, del Consejo, de 27 de enero de 2003.

Insiste el Tribunal Constitucional en que la privación por el legislador del derecho a la gratuidad de la justicia a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas previstas con carácter de generalidad para acceder a tal derecho implica una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, argumento plenamente aplicable al Auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo combatido. Y de nuevo se establece la conexión entre los dos preceptos: toda persona física que sea titular del derecho a la tutela judicial efectiva habrá de gozar del derecho a la gratuidad de la justicia si carece de los recursos suficientes para litigar en los términos en los que este concepto jurídico indeterminado sea configurado por el legislador ordinario.

En esta Sentencia se encuentra la causa, es decir, los antecedentes históricos y legislativos, del inciso que ha configurado el texto literal del precepto cuya interpretación que ahora se discute. Cuando el artículo 2. e) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, se refiere al proceso contencioso-administrativo y la vía previa en relación con los extranjeros no lo hace para excluir a los españoles, sino para dar cumplida respuesta a la Sentencia 95/2003, de 10 de junio de 2003, del Tribunal Constitucional.

En una Sentencia posterior sobre la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, el Tribunal Constitucional avala expresamente la constitucionalidad del artículo 20.3 que dispone que los extranjeros *“que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan”*. La Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, estima que únicamente es inconstitucional la exigencia de residencia legal en España al analizar este precepto, dando por supuesto que en todas las jurisdicciones los españoles tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita.

En resumen, como expresó el Tribunal Constitucional, existe un contenido indisponible en el artículo 119 de la Constitución que *“sin necesidad de definirlo de forma exhaustiva, supone, sin duda, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso (incluidos los honorarios de los Abogados y los derechos arancelarios de los Procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso) sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos. Dicho en otras palabras, deben sufragarse los gastos procesales a quienes, de*

*exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar"* (Sentencia del Tribunal Constitucional 16/1994, Fundamento Jurídico 3).

Y de la misma jurisprudencia constitucional cabe extraer una conclusión: privar a los ciudadanos, siempre que reúnan las condiciones económicas previstas con carácter general, como es el caso de don A.B.C., del derecho a la gratuidad de la justicia en la jurisdicción contencioso administrativa supone una *"lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva"*, imputable en este caso al Auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de..., de 20 de diciembre de 2017.

### ***3.3. La realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas***

Este argumento del Código Civil remite a un aspecto que ha de ser tenido en cuenta en la interpretación de las normas y afecta a la materia concreta sobre la que la Administración ha ejercido su potestad sancionadora: las armas.

El Auto 00/2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de..., de 20 de diciembre de 2017, confirma la denegación de la asistencia jurídica gratuita en un caso de sanciones impuestas por la Administración. El precepto en concreto, como se puede apreciar, delimita una conducta que puede ser en algunos casos infracción administrativa y en otros determinados un delito tipificado en el Código Penal<sup>4</sup>. La línea que separa el delito de la mera infracción administrativa reside en el propio concepto de arma, concepto jurídico indeterminado, y resulta tan difusa que el propio Tribunal Constitucional se ha visto obligada a interpretarla en la Sentencia 24/2004, de 24 de febrero de 2004, dictada en una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal de Tortosa respecto al artículo 563 de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, por posible vulneración de los artículos 17.1, 25 y 81.1 de la Constitución Española.

Según esta sentencia, las armas cuya tenencia está prohibida penalmente en el artículo 563 del Código Penal son, exclusivamente, aquellas que cumplan una serie de requisitos: *"Primero, aquellas que materialmente sean armas, dado que no todos los objetos prohibidos con ese nombre en la norma adminis-*

---

<sup>4</sup> El concepto de armas al que se refiere el Código Penal en sus artículos 563 a 570 no coincide exactamente con el manejado en la legislación de seguridad ciudadana, pero los delitos de tenencia ilícita o porte de armas pueden ser castigados con penas de prisión de hasta ocho años.

*trativa lo son. En segundo lugar, que su tenencia se prohíba por una norma extrape-  
nal con rango de ley o por el reglamento al que la ley se remite, debiendo excluirse del  
ámbito de prohibición del art. 563 CP todas aquellas armas que se introduzcan en el  
catálogo de los arts. 4 y 5 del Reglamento de armas mediante una Orden ministerial  
conforme a lo previsto en la disposición final cuarta, por impedirlo la reserva formal  
de ley que rige en materia penal. En tercer lugar, que posean una especial potenciali-  
dad lesiva. Finalmente, que la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias  
que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad  
ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho penal cuando no concu-  
rra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho  
administrativo sancionador”.*

Este es uno de los aspectos del ordenamiento sancionador español en los que la potestad sancionadora estatal, el “*ius puniendi*” por expresarlo en los términos del Tribunal Constitucional, se bifurca en dos ramas y se divide entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo. Y sobre casos como estos han razonado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en aplicación del artículo 25 de la Constitución que las garantías propias del proceso penal se extienden al derecho administrativo sancionador, sobre todo en lo que se refiere al procedimiento sancionador y algunos aspectos de la pena o sanción, en concreto los que se refieren a las exigencias de proporcionalidad y graduación. Ya desde la Sentencia 18/1981 del Tribunal Constitucional arranca una línea constante en este sentido.

La interpretación propuesta por el Auto 00/2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de ..., de 20 de diciembre de 2017, es contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto produce la indefensión en la vía contencioso-administrativa de un ciudadano que podría, en hipótesis, contar con los medios para su defensa si la infracción cometida fuera calificada como delito. Al perder, por carecer de recursos para su defensa, el apoyo del sistema de asistencia jurídica gratuita, el sancionado no podrá argumentar en favor de su inocencia ni hacer prosperar sus consideraciones y argumentos. Se le ocasiona, por tanto, una indefensión proscrita por el ordenamiento jurídico.

### **3.4. El espíritu y finalidad de aquellas**

El último inciso del artículo 3.1 del Código Civil fija como criterio interpretativo el espíritu y finalidad de las normas. Ya se ha dejado constancia de las normas de cabecera de este grupo normativo, que arranca del artículo 119 de la Constitución. Pero es preciso añadir que la Ley 1/1996, de 10

de enero, de asistencia jurídica gratuita, supone en nuestro ordenamiento la plasmación del derecho constitucional a la defensa.

Es preciso, en primer lugar, constatar que la asistencia jurídica gratuita no aparece expresamente en nuestra Constitución como un derecho fundamental reconocido a los ciudadanos. En un principio, por tanto, parecería 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 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.

El derecho a la asistencia jurídica gratuita, que inicialmente carece del estatuto propio de los derechos fundamentales, lo alcanza en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a través de su conexión con el artículo 24 de la Constitución. Excede del ámbito de este informe un análisis completo de esta jurisprudencia pero sin duda han citarse cuatro Sentencias por su especial relevancia en cuanto a la caracterización del servicio público de asistencia jurídica gratuita, su financiación y sus límites. Las dos primeras, la Sentencia 16/1994, de 17 de febrero de 1994, y la Sentencia 95/2003, de 10 de junio de 2003, delimitan el contenido esencial del derecho, concebido como un derecho prestacional. La tercera, la Sentencia 12/1998, de 15 de enero de 1998, se refiere a los límites que el legislador puede imponer para salvaguardar la eficacia del sistema de asignación de recursos públicos, entre los que destaca el del análisis de la sostenibilidad de la pretensión, y la última, la Sentencia 20/2012, de 16 de febrero de 2012, refunde la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con las tasas judiciales y el derecho a la tutela judicial.

En la misma línea de razonamiento, el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de septiembre de 2000, aclara que el precepto “*ha de ser analizado con las mismas pautas que los preceptos relativos a los derechos fundamentales*”, basándose en la tesis de la directa vinculación entre los derechos reconocidos en el artículo 24 y la insuficiencia de recursos para litigar. 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 anteproyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Por su parte, 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 contra Austria) y 13 de mayo de 1980 (caso Artico).

La finalidad de la normas, salvaguardar el derecho de defensa, 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 Judicial. En su artículo 20.2 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 aquéllas 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” (...).”*

En resumen, el objeto y finalidad de las normas en la materia quedan burlados en una interpretación como la que sostiene el Auto 00/2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de ..., de 20 de diciembre de 2017.

A estos efectos es relevante la cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 152/2000, de 12 de junio de 2000, dictada en el recurso de amparo promovido por doña Purificación Vargas Sotelo, una funcionaria pública Cuerpo Auxiliar Postal y de Telecomunicación que fue objeto de una sanción disciplinaria. Con el propósito de interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución sancionadora, en este caso en el ámbito

disciplinario, la demandante de amparo solicitó de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que se le nombrase Abogado y Procurador de oficio, a lo que no accedió el órgano judicial. Por providencia de 28 de marzo de 1994, acordó no acceder al nombramiento solicitado por "*no ser preceptiva la asistencia de Letrado en materia de personal*". A pesar de que las normas procesales no hacían necesaria la presencia de abogado el Tribunal Constitucional concede el amparo y razona:

*"3. Despejado el obstáculo procesal que suscita el Abogado del Estado, bueno será recordar que este Tribunal se ha pronunciado ya en varias ocasiones sobre la incidencia que puede tener la denegación del nombramiento de Abogado de oficio en los procesos judiciales en que la asistencia letrada no viene impuesta por la norma procesal. Así, en la STC 92/1996, de 27 de mayo, recogiendo doctrina consolidada, hemos recordado que: 'entre el haz de garantías que integran el derecho a un proceso justo se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia letrada que el art. 24.2 CE reconoce no sólo para el proceso penal sino también para el resto de los procesos, con las salvedades oportunas, y cuya finalidad es la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes, o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión, prohibido en todo caso en el inciso final del art. 24.1 CE (STC 47/1987)'. También hemos declarado que el hecho de que la intervención de Letrado no sea preceptiva en un proceso determinado, con arreglo a las normas procesales, no priva al justiciable del derecho a la defensa y asistencia letrada que le reconoce el art. 24.2 CE, pues el carácter no preceptivo o necesario de la intervención del Abogado en ciertos procedimientos, no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, pero permaneciendo, en consecuencia, el derecho de asistencia letrada incólume en tales casos, cuyo ejercicio queda a la disponibilidad de las partes, lo cual conlleva, en principio, el derecho del litigante que carece de recursos económicos para sufragar un Letrado de su elección, a que se le provea de Abogado de oficio, si así lo considera conveniente a la mejor defensa de sus derechos, siendo procedente el nombramiento de Abogado de oficio cuando se solicite y resulte necesario (SSTC 47/1987, 216/1988, 188/1991, 208/1992 y 276/1993)'. "*

*Este Tribunal ha señalado que, desde la perspectiva constitucional, la denegación de la asistencia letrada no conlleva sin más una vulneración del art. 24.2 CE. Para que esto suceda es necesario que la falta del Letrado de oficio solicitado, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, haya producido al solicitante una real y efectiva situación de indefensión, en el sentido de que la autodefensa se haya revelado insuficiente y perjudicial para el litigante impidiéndole articular una defensa adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso (...)"*

Queda, por tanto, establecido que la asistencia jurídica gratuita se configura como una garantía de carácter constitucional incluso en casos, como el expuesto, en que los sancionados podrían haberse defendido por sí mismos en la jurisdicción contencioso-administrativa. En el caso que nos

ocupa don A.B.C. no puede verse privado de sus derechos, so capa de una interpretación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que no se corresponde con el sentido y finalidad de la norma.

Procede finalmente una precisión adicional. El desarrollo reglamentario de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, se encuentra en el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita. Con mayor detalle que la Ley el Reglamento precisa en su artículo 1:

*“Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.*

*1. Este reglamento regula el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.*

*2. Este reglamento será de aplicación al reconocimiento por la Administración General del Estado del derecho de asistencia jurídica gratuita en relación con:*

*a) Todo tipo de procesos ante juzgados y tribunales con jurisdicción en todo el territorio nacional o en el territorio de una comunidad autónoma que no haya recibido los trasposos en materia de provisión de medios al servicio de la Administración de Justicia.*

*b) Los procedimientos administrativos cuya tramitación y resolución corresponda a órganos de la Administración General del Estado, siempre que se encuentren legalmente comprendidos en el derecho de asistencia jurídica gratuita. (...).”*

En el Reglamento se prevé, en el artículo 37, que la retribución de los abogados y procuradores se realizará conforme a bases económicas y módulos de compensación fijados en atención a la tipología de procedimientos en los que intervengan dichos profesionales, módulos que se fijan en el Anexo II, que se transcribe:

*Jurisdicción contencioso-administrativa*

Vía administrativa previa (extranjería y asilo)

72,12 €

Vía administrativa previa (extranjería y asilo) ante la Audiencia Nacional

75 €

Recurso contencioso-administrativo

198,33 €

Recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional

208 €

*Procedimientos en vía administrativa*

Solicitudes y reclamaciones

20 €

Recursos en vía administrativa

60 €

No es posible sostener que el Estado que ha fijado estos módulos no concede asistencia jurídica gratuita a los ciudadanos españoles en la jurisdicción contencioso-administrativa. Sería una manifiesta incongruencia que el desarrollo reglamentario de la Ley fijara un baremo para las prestaciones que no regula la misma Ley, como ocurriría de ser cierta la tesis interpretativa que sostiene el Auto 00/2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de..., de 20 de diciembre de 2017

En síntesis, la interpretación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, en el Auto 00/2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de..., de 20 de diciembre de 2017, no se acomoda a los criterios generales de interpretación y aplicación de las normas. Y la resolución judicial vulnera los derechos fundamentales de don A.B.C.

#### **4. LOS POSIBLES RECURSOS CONTRA EL AUTO 00/2017 DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE..., DE 20 DE DICIEMBRE DE 2017**

En cuanto el sistema organizado para el servicio público de la asistencia jurídica gratuita supone la participación de las Administraciones y el Poder Judicial el régimen de impugnaciones de las decisiones en la materia procedentes de las Comisiones Provinciales de Asistencia Jurídica Gratuita es peculiar. Dispone el artículo 20 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita:

*“Artículo 20. Impugnación de la resolución.*

*1. Quienes sean titulares de un derecho o de un interés legítimo podrán impugnar las resoluciones que, de modo definitivo, reconozcan, revoquen o denieguen el derecho a la asistencia jurídica gratuita.*

*Tal impugnación, para la que no será preceptiva la intervención de abogado, habrá de realizarse por escrito y de forma motivada, en el plazo de diez días desde la notificación de la resolución o desde que haya sido conocida por cualquiera de los legitimados para interponerla, ante el secretario de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita. Este remitirá el escrito de impugnación, junto con el expediente correspondiente a la resolución impugnada y una certificación de ésta, al juzgado o tribunal*

competente o al Juez Decano para su reparto, si el procedimiento no se hubiera iniciado.

2. Recibido el escrito de impugnación y los documentos y certificación a que alude el párrafo anterior, el secretario judicial requerirá a las partes y al Abogado del Estado o al Letrado de la Comunidad Autónoma correspondiente cuando de ella dependa la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, para que en el plazo de cinco días presenten por escrito las alegaciones y pruebas que estimen oportunas.

El juez o tribunal podrá acordar mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, la celebración de una comparecencia si la impugnación no pudiere resolverse con los documentos y pruebas aportados. El secretario judicial señalará día y hora para que tenga lugar dentro de los diez días siguientes.

3. Recibidas las alegaciones o finalizada la comparecencia, en su caso, el juez o tribunal resolverá sin más trámites mediante auto en el plazo de cinco días, manteniendo o revocando la resolución impugnada, con imposición de una sanción pecuniaria de 30 a 300 euros a quien hubiere promovido la impugnación de manera temeraria o con abuso de derecho.

*Contra el auto dictado por el juez o el tribunal no cabrá recurso alguno”.*

Sin embargo, a la vista de los argumentos expuestos anteriormente parece que esta previsión específica de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, debe coordinarse con las previsiones del ordenamiento jurídico que configuran un sistema para la protección de los derechos fundamentales. Cerrada la vía jurisdiccional ordinaria solo cabe recurrir al incidente de nulidad y el recurso de amparo, regulación que prevalece, por razones de trascendencia constitucional, sobre el último inciso del artículo 20.3 citado.

En este caso y en cuanto la violación de los derechos fundamentales tiene “*origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial*” y no existe posibilidad de recurso en vía jurisdiccional ordinaria, cabe recurso de amparo directo.

Consta en los antecedentes de este informe que contra el Auto nº 00/2017 se ha presentado incidente de nulidad. En este caso el incidente de nulidad resulta procedente ya que concede al órgano judicial la posibilidad de subsanar la lesión del derecho fundamental cometida antes de poner fin al proceso. El incidente resulta un remedio procesal excepcional y subsidiario de los recursos ordinarios, ya que la lesión del derecho fundamental no se ha podido denunciar en un momento procesal anterior. En estos términos el incidente se configura como paso previo a la impugnación en amparo, como señalan las Sentencias del Tribunal Constitucional 85/2006, de 27 de marzo y 208/2009, de 26 de noviembre y el Auto del Tribunal Constitucional 42/2010, de 12 de abril.

Procede a estos efectos recordar que la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial<sup>5</sup>, dispone con relación a la nulidad de los actos judiciales:

*“Artículo 238*

*Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:*

- 1. ° Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.*
- 2. ° Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.*
- 3. ° Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.*
- 4. ° Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva.*
- 5. ° Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial.*
- 6. ° En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan”*

Y por su parte, añada el artículo 241:

*“Artículo 241*

*1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”.*

Como se ha razonado en este informe, el Auto recurrido produce indefensión al interesado y conculca sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (artículo 24) a no encontrarse en situación de indefensión (artículo 24) y a la asistencia jurídica gratuita (considerado por el Tribunal Constitucional como un derecho fundamental en la jurisprudencia expuesta). Cabe, por tanto, el incidente de nulidad.

De no prosperar el incidente de nulidad cabría tener en cuenta que la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, dispone:

*“Artículo 44*

*1. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:*

---

<sup>5</sup> En la redacción que procede de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

- a) *Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.*
  - b) *Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.*
  - c) *Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.*
2. *El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial”.*

Procedería, por tanto, interponer contra el Auto un incidente de nulidad y, posteriormente, de no prosperar, un recurso de amparo. Es oportuno precisar que el Tribunal Constitucional ha admitido el recurso de amparo contra autos en casos de inadmisión de un incidente de nulidad por vulneración de derechos fundamentales.

## **5. LAS RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN PROVINCIAL DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA DENEGANDO LAS PRESTACIONES DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA PARA LA DEFENSA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

Para la elaboración de este informe se ha podido acceder a tres resoluciones de la Comisión Provincial de Asistencia Jurídica Gratuita. La primera, que resuelve el expediente 708/2017, tuvo su entrada el 2 de noviembre y fue dictada el 9 de noviembre de 2017. Afecta precisamente a don A.B.C., sancionado, como se expuso, por una infracción en materia de armas y comienza por reconocer que el peticionario se encuentra dentro del ámbito personal de aplicación de la norma.

La argumentación sorprende por lo sucinta:

*“La solicitud se formula para interponer recurso contencioso-administrativo frente a una resolución administrativa en materia sancionadora, en este caso, por infracción al Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, supuesto no contemplado en el ámbito de aplicación del art.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que regula en sus letras d) y e) los supuestos en los que procede acudir a la justicia gratuita ante el orden contencioso administrativo”.*

La segunda y la tercera resoluciones de las que se tiene noticia afectan a los expedientes 840/2017 y 863/2017, con entrada el 22 de noviembre, que se resuelven el 3 de enero de 2018. Tras reconocer, como en el caso anterior, que los petitionarios son acreedores de los beneficios de la justicia gratuita en razón de sus circunstancias personales y patrimoniales, expone brevemente:

*“La solicitud se formula para interponer recurso contencioso-administrativo frente a un Acuerdo de la Junta Directiva del “Común Vecinos de ...”, supuesto no contemplado en el ámbito de aplicación del art.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que regula en sus letras d) y e) los supuestos en los que procede acudir a la justicia gratuita ante el orden contencioso administrativo. En este sentido Auto nº 00/2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de..., de 20 de diciembre de 2017”.*

Las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita suponen el cambio del modelo procesal al modelo de servicio público en el sistema, es decir, por expresarlo en las palabras de la exposición de motivos de la Ley: *“constituye esencial propósito de la Ley la «desjudicialización» del procedimiento para reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita, optándose así por las más modernas pautas que configuran dicha función como una actividad esencialmente administrativa”*. No es el momento de plantearse su naturaleza jurídica pero, en todo caso, actúan sujetas al Derecho Administrativo. En este sentido establece el artículo 11 de la Ley 1/1996, de 10 de enero:

*“Artículo 11. Funcionamiento de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita.*

*El funcionamiento de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita se ajustará a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para los órganos colegiados.*

*El Ministerio de Justicia e Interior prestará el soporte administrativo y el apoyo técnico necesarios para el funcionamiento de las Comisiones dependientes de la Administración General del Estado.*

*Los Colegios de Abogados y de Procuradores pondrán a disposición de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, la lista de colegiados ejercientes adscritos a los servicios de justicia gratuita, con indicación, en su caso, de especializaciones”.*

Esta descripción de carácter general se completa con las previstas en la Ley para la tramitación de los expedientes (artículo 17) y su subsanación (artículo 14), los plazos (artículo 33), el empleo de medios informáticos, electrónicos y telemáticos (disposición adicional séptima) y, sobre todo, el régimen de responsabilidad patrimonial. En los artículos 17 y 18 del Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, se precisa el régimen, administrativo, de las noti-

ficaciones y el silencio. En resumen, las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita actúan con sujeción al Derecho Administrativo.

Así las cosas, se ha de reparar en que en las resoluciones no se citan los precedentes emanados de la propia Comisión Provincial de Asistencia Jurídica Gratuita ni se explicitan las razones por las cuales la Administración ha cambiado de criterio, como hubiera debido hacerse a tenor del artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que dispone:

*“Artículo 35. Motivación. 1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:*

*a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.*

*b) Los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos y procedimientos de arbitraje y los que declaren su inadmisión.*

*c) Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos. (...).”*

Esta primera irregularidad en el acto administrativo por el que se deniega con tan sucinta motivación a los interesados un derecho que el ordenamiento les concede es, sin embargo, asunto menor frente al efecto del acto. La denegación del derecho supone la violación de un derecho fundamental a la tutela judicial y determina la nulidad del acto administrativo, nulidad radical y de pleno derecho.

Como dispone el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

*“Artículo 47. Nulidad de pleno derecho.*

*1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:*

*a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. (...).”*

Resulta de la mayor relevancia la comprobación de que el criterio seguido por la Comisión Provincial de Asistencia Jurídica Gratuita de... se aparta notoriamente del criterio seguido por el resto de las Comisiones Provinciales que no deniegan ni discuten que existe un derecho a las prestaciones de asistencia jurídica gratuita en la vía contencioso-administrativa.

Ya se ha razonado en este informe que el derecho a la asistencia jurídica gratuita se configura por el Tribunal Constitucional, por su relación con los artículos 24 y 119 de la Constitución, como un derecho fundamental.

Los actos dictados por la Comisión Provincial de Asistencia Jurídica Gratuita son, por consiguiente, nulos de pleno derecho.

## **6. LOS POSIBLES RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN PROVINCIAL DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA**

Las resoluciones de la Comisión Provincial de Asistencia Jurídica Gratuita pueden ser recurridas, como corresponde a un sistema tutelado por Jueces y Magistrados, ante el Tribunal competente en el asunto para el que se ha solicitado el beneficio. Así lo dispone el artículo 20 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, ya reproducido. El recurso ya fue presentado, como ha quedado expuesto. Y el Auto 00/2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de 20 de diciembre de 2017 impugnado mediante el trámite de nulidad de actuaciones.

Cabe preguntarse, no obstante, si la relación entre la Comisión Central de Asistencia Jurídica Gratuita y las Comisiones Provinciales permitiría plantear la hipótesis de un recurso de alzada para casos como este. A estos efectos es oportuna la cita del Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, que delimita el ámbito de unas y otra y precisa sus competencias:

*“Artículo 2 Ámbito territorial de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita*

*1. Se constituirá una Comisión Central de Asistencia Jurídica Gratuita en la ciudad de Madrid para el reconocimiento de este derecho en relación con los procesos seguidos ante órganos jurisdiccionales que extiendan su competencia a todo el territorio nacional, así como una en cada capital de provincia del ámbito competencial del Ministerio de Justicia, en las ciudades de Ceuta y Melilla y en las islas de Menorca e Ibiza, a las que corresponderán las funciones y competencias de estas comisiones previstas en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y en este reglamento, en su respectivo ámbito territorial. (...).*

En estos términos se habrá de descartar un eventual recurso ordinario o de alzada, conclusión que no es obstáculo para afirmar que las Comisiones Provinciales habrán de tener en cuenta las resoluciones de la Comisión Nacional, en la que es constante la doctrina de que la jurisdicción contencioso-administrativa no está excluida de los beneficios de la justicia gratuita.

Sin embargo, existe un cauce mediante el cual las citadas resoluciones de 9 de noviembre de 2017 (expediente 708/2017) y 3 de enero de 2018 (expedientes 840/2017 y 863/2017) pueden ser eliminadas del ordenamiento jurídico. Cabe la aplicación por analogía de la doctrina sentada por

el Consejo de Estado con respecto a los Jurados Provinciales de Expropiación, órganos de composición mixta semejantes a las Comisiones Provinciales. Ha señalado el Consejo de Estado: “*La competencia para la revisión de oficio de los actos de los Jurados de Expropiación Forzosa la tienen los propios órganos que los dictaron. Así se desprende de la doctrina constante fijada por el Consejo de Estado (dictámenes 3.176/2004, 51/2005, 1.278/2006, 752/2008, 753/2008 y 754/2008, entre otros). Partiendo de una concepción de los Jurados de Expropiación Forzosa como órganos independientes cuya función exclusiva, presidida por los principios de imparcialidad e independencia, consiste en la valoración de los bienes y derechos expropiados y que no dependen a esos efectos jerárquicamente del Ministro (del Interior, antes, ni del de Administraciones Públicas, hoy), se llega en materia de revisión de oficio de los actos de los Jurados de Expropiación Forzosa a una solución paralela a la establecida para el recurso extraordinario de revisión en cuanto a la competencia para conocer de dichos procedimientos*”.

De prosperar el incidente de nulidad con respecto al Auto 00/2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de..., de 20 de diciembre de 2017, la resolución judicial que lo ponga fin se configuraría como causa suficiente, a los efectos de los artículos 113 y 125 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, para la impugnación de las dos resoluciones de 3 de enero de 2018. En efecto, se admite el recurso extraordinario de revisión cuando “*aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida*” (artículo 125.1.b), valor esencial que tendría, sin duda, la resolución judicial por la que se declara la nulidad de actuaciones por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo tantas veces citado.

Y cabe también instar una acción de revisión de oficio por causa de nulidad de pleno derecho ya que las resoluciones de la Comisión Provincial de Asistencia Jurídica Gratuita de... incurrir en el vicio descrito en el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

## 7. CONCLUSIONES DEL INFORME

El Auto 00/2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de..., de 20 de diciembre de 2017 vulnera los derechos fundamentales de don A.B.C. a la tutela judicial efectiva, a no encontrarse en situación de indefensión y a recibir las prestaciones de asistencia jurídica gratuita necesarias para su defensa. Puede, por tanto, ser impugnado en un incidente de nu-

lidad y, de no prosperar el incidente, puede ser directamente impugnado en la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Las resoluciones de 3 de enero de 2018 de la Comisión Provincial de Asistencia Jurídica Gratuita de ... pueden ser combatidas, si ello fuera preciso, mediante un recurso extraordinario de revisión en vía administrativa, una vez resuelto el asunto que afecta al expediente 708/2017 o mediante una acción de revisión de oficio por causa de nulidad.

## 8. RESULTADO DEL PROCESO

Por Auto 00/2018, de 9 de febrero de 2018, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de...se pronunció del siguiente modo:

*“Se declara la nulidad del auto dictado en fecha 20 de diciembre de 2017, y en consecuencia se acuerda retrotraer el expediente a l momento en que la comisión de asistencia jurídica gratuita valore la concurrencia del requisito de insuficiencia de recursos para litigar”.*

El Auto 00/2018, de 9 de febrero de 2018, asume la tesis de que la denegación de la asistencia jurídica gratuita a don A.B.C. supone la vulneración de un derecho fundamental y rectifica su interpretación inicial para adoptar otra más conforme con la plena garantía de la tutela judicial efectiva. Añade que el artículo 2.e) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, es un “*precepto superfluo, cuya omisión en nada afectaría al derecho del interesado que podría acogerse al art. 2.a)*”, descartando, sin embargo, la argumentación de la Abogacía del Estado según la cual el inciso es inconstitucional. Y, finalmente, ordena retrotraer el expediente administrativo.

Por resolución de 15 de febrero de 2018 la Comisión Provincial de Asistencia Jurídica Gratuita de... reconoce íntegramente a don A.B.C. su derecho a la asistencia jurídica gratuita, con todas las prestaciones contempladas en el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

# El consultor en derecho extranjero

## (Informe 2/2018)

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. PROFESIÓN REGULADA, PROFESIÓN TITULADA, PROFESIÓN COLEGIADA Y PROFESIÓN DE COLEGIACIÓN OBLIGATORIA. 3. LA PROFESIÓN DE ABOGADO. 3.1. La profesión de abogado como profesión regulada y titulada. 3.2. La profesión de abogado como profesión de colegiación obligatoria. 3.3. El contenido de la profesión de abogado. 4. EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA EN ESPAÑA POR EXTRANJEROS. 4.1. El ejercicio por un extranjero de la profesión española de abogado. 4.2. El libre establecimiento en España de abogados pertenecientes a otros Estados miembros de la Unión Europea. 4.3. La libre prestación de servicios de los abogados europeos en territorio español. 5. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ASESORAMIENTO JURÍDICO AL MARGEN DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO. 6. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

El presente informe responde a las consultas elevadas a la Comisión Jurídica sobre la posibilidad de que en nuestro país puedan prestarse por extranjeros servicios de asesoramiento jurídico relativo al ordenamiento jurídico de sus países de origen y al ordenamiento jurídico Internacional y si tales servicios han de considerarse ejercicio de la abogacía, requiriendo por ello cumplir los requisitos exigidos a tal fin por nuestro ordenamiento.

### 2. PROFESIÓN REGULADA, PROFESIÓN TITULADA, PROFESIÓN COLEGIADA Y PROFESIÓN DE COLEGIACIÓN OBLIGATORIA

Conviene iniciar el presente informe definiendo con cierta precisión algunos conceptos que serán utilizados profusamente a lo largo del mismo.

Ante todo recordaremos que el concepto de **profesión regulada** se encuentra hoy definido en el número 13 del artículo 3 de la Ley 17/2009 de 23 de noviembre (ley Paraguas), según el cual es:

*“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”.*

Uno de los sistemas habitualmente utilizados por el ordenamiento jurídico como medio para acreditar esas cualificaciones profesionales, es la posesión de un título profesional (ya sea éste “profesional” por haberse

creado y regulado precisamente como medio para permitir el acceso a la profesión, ya sea un título inicialmente académico que es utilizado a estos fines por el ordenamiento jurídico y, por ello, convertido en título “profesional”): en estos casos nos encontraremos ante una **profesión titulada**. Conviene destacar que, en nuestra concepción, aunque no toda profesión regulada es una profesión titulada (pues el ordenamiento puede utilizar otros sistemas para acreditar la posesión de las cualificaciones profesionales requeridas), toda profesión titulada es una profesión regulada.

En tercer lugar nos encontramos con las **profesiones colegiadas** que son aquellas para cuya ordenación el ordenamiento jurídico ha optado por crear un sistema colegial, ya se trate de un Colegio Profesional único para todo el territorio nacional o un sistema de Colegios Territoriales con un Consejo General.

A diferencia de lo que ocurre con las profesiones tituladas y aunque, ciertamente, no será la situación más normal, es conceptualmente posible que una profesión colegiada no sea una profesión regulada. Y, lo que será más frecuente, es perfectamente posible que para el ejercicio de una profesión regulada, que al mismo tiempo es una profesión colegiada, no se exija la colegiación: a esta situación apunta claramente el artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, tras la modificación introducida por el artículo 5 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, ley Ómnibus, cuando señala:

*“Será requisito indispensable para el de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal”.*

Y entendemos que ha sido así confirmado por el Tribunal Constitucional desde la Sentencia 3/2013.

En el caso de que tal previsión legal a la que se refiere el artículo 3.2 de la Ley de Colegios profesionales exista nos encontraremos ante una **profesión de colegiación obligatoria**. De forma semejante a las profesiones tituladas, en nuestra concepción, toda profesión de colegiación obligatoria es una profesión regulada.

Indicaremos por último que es concebible que una profesión de colegiación obligatoria no sea una profesión titulada, en la medida en que el ordenamiento jurídico estime suficiente la incorporación al Colegio como medio para acreditar las cualificaciones profesionales precisas para su ejercicio; pero que es normal que se exijan los dos requisitos: el título profesional y la incorporación al Colegio; en estos casos nos encontraremos ante una profesión regulada, titulada y de colegiación obligatoria.

### 3. LA PROFESIÓN DE ABOGADO

Centrándonos ya en la profesión de abogado, forzoso resulta acudir en primer lugar a la Ley 34/2006, de 30 de octubre, de acceso a las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales, cuyo artículo 1.2 dice así:

*“La obtención del título profesional de abogado en la forma determinada por esta Ley es necesaria para el desempeño de la asistencia letrada en aquellos procesos judiciales y extrajudiciales en los que la normativa vigente imponga o faculte la intervención de abogado y, en todo caso, para prestar asistencia letrada o asesoramiento en Derecho utilizando la denominación de abogado; todo ello sin perjuicio del cumplimiento de cualesquiera otros requisitos exigidos por la normativa vigente para el ejercicio de la abogacía”.*

Este precepto ha de completarse con lo establecido en el artículo 2.1 de la misma Ley, según el cual:

*“Tendrán derecho a obtener el título profesional de abogado o el título profesional de procurador de los tribunales las personas que se encuentren en posesión del título universitario de licenciado en Derecho, o del título de grado que lo sustituya de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 88 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades y su normativa de desarrollo y que acrediten su capacitación profesional mediante la superación de la correspondiente formación especializada y la evaluación regulada por esta Ley”.*

A la luz de lo establecido en estos preceptos, podremos abordar las cuestiones claves para la caracterización de la profesión de abogado

#### ***3.1. La profesión de abogado como profesión regulada y titulada***

La primera conclusión que se extrae de la lectura del artículo 1.2 de la Ley 34/2006 es que el ejercicio de la profesión de abogado se condiciona a la posesión de una determinada cualificación profesional, que se acredita por la obtención del título de abogado.

Por lo tanto, la profesión de abogado es una profesión regulada y titulada.

#### ***3.2. La profesión de abogado como profesión de colegiación obligatoria***

Tampoco genera dudas la calificación de la profesión de abogado como profesión colegiada: tradicionalmente el Estado ha acudido al sistema colegial como el medio más adecuado para la ordenación y regulación de la profesión.

Sin embargo, a raíz de la promulgación de la Ley 25/2009 y la modificación por ella operada en el artículo 3.2 de la Ley 2/1974 (de Colegios Profesionales), a la que más arriba se ha hecho referencia, han surgido voces que han puesto en duda la obligatoriedad de la colegiación para el ejercicio de la abogacía: se viene a argumentar que (i) dado que la actual redacción de la Ley de Colegios Profesionales solo configura el requisito de la colegiación como indispensable para el ejercicio de la profesión cuando una ley estatal así lo establezca y (ii) la ley 34/2006 no establece este requisito para el ejercicio de la abogacía, la colegiación habría dejado de ser obligatoria.

A nuestro juicio esta interpretación es errónea.

Digamos ante todo que en modo alguno puede decirse que el espíritu o finalidad de la Ley 34/2006 fuera la de suprimir el requisito de la colegiación para el ejercicio de la abogacía: el mismo artículo 1.2 deja a salvo los restantes requisitos *“exigidos por la normativa vigente para el ejercicio de la abogacía”*; requisitos entre los que se encontraba y se encuentra el de la colegiación, al que expresamente se refiere el apartado 4 del mismo artículo 1.

Por otro lado no puede olvidarse que el requisito de la colegiación se establece de forma expresa en el artículo 544.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), según el cual:

*“La colegiación de los Abogados, Procuradores y Graduados Sociales será obligatoria para actuar ante los Juzgados y Tribunales en los términos previstos en esta Ley y por la legislación general sobre colegios profesionales, salvo que actúen al servicio de las Administraciones públicas o entidades públicas por razón de dependencia funcional o laboral”.*

Podría argüirse ante este precepto, que el requisito de la colegiación es exigible solo cuando el abogado pretende actuar ante los Juzgados y Tribunales y no cuando se limite solo al asesoramiento jurídico, pero esta interpretación sería, a nuestro juicio, nuevamente errónea. Debe tenerse presente que la disposición transitoria cuarta de la Ley 25/2009, establece:

*“Disposición Transitoria cuarta. Vigencia de las obligaciones de colegiación  
En el plazo máximo de doce meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley que determine las profesiones para cuyo ejercicio es obligatoria la colegiación.*

*Dicho Proyecto deberá prever la continuidad de la obligación de colegiación en aquellos casos y supuestos de ejercicio en que se fundamente como instrumento eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios y en aquellas actividades en que puedan verse afectadas, de manera grave y directa, materias de especial interés público, como pueden ser la protección*

*de la salud y de la integridad física o de la seguridad personal o jurídica de las personas físicas.*

*Hasta la entrada en vigor de la mencionada Ley se mantendrán las obligaciones de colegiación vigentes”.*

No habiéndose promulgado la Ley prevista en el párrafo primero de la transcrita disposición, siguen vigentes las colegiaciones obligatorias vigentes en el momento de la aprobación de la Ley 25/2009, debiéndose recordar en este punto que, antes de la modificación operada por esta misma norma, el artículo 3.2 de la Ley 2/1974, establecía:

*“2. Es requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas hallarse incorporado al Colegio correspondiente”.*

Precepto que se complementaba con el artículo 11 del Estatuto General de la Abogacía 2001, que sigue diciendo en la actualidad:

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

En definitiva, en el momento de la aprobación de la Ley 25/2009 la colegiación era obligatoria para el ejercicio de la abogacía, tanto en su faceta de actuación ante los Juzgados y Tribunales, como en cualquier otra que le corresponda. Esta obligación se mantiene en la actualidad en aplicación de lo señalado en la disposición transitoria cuarta de la Ley 25/2009.

### ***3.3. El contenido de la profesión de abogado***

El arriba transcrito artículo 1.2 de la Ley 34/2006 viene a definir el contenido de la profesión de abogado cuando indica que la obtención del título profesional de abogado es precisa para *“el desempeño de la asistencia letrada en aquellos procesos judiciales y extrajudiciales en los que la normativa vigente imponga o faculte la intervención de abogado y, en todo caso, para prestar asistencia letrada o asesoramiento en Derecho utilizando la denominación de abogado”.*

Indicaremos que esta determinación del contenido de la profesión coincide sustancialmente con lo establecido en el artículo 542.1 de la LOPJ, según el cual:

*“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 también con lo señalado en el artículo 6 del Estatuto General de la Abogacía de 2001:

*“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”.*

Sin perjuicio de la novedad que supone la introducción del inciso *“utilizando la denominación de abogado”* en el texto de la Ley 34/2006 (cuestión sobre la que volveremos más adelante), conviene destacar en este punto que ninguna de las normas limita la actuación del abogado a su actuación ante los Tribunales españoles o al asesoramiento en Derecho español: forma parte también de la profesión del abogado español la actuación ante los Tribunales extranjeros —cuando éstos lo admitan— y el asesoramiento en Derecho extranjero. En este sentido, es de reseñar el artículo 17.1 del Estatuto General de la Abogacía de 2001:

*“Todo abogado incorporado a cualquier Colegio de Abogados de España podrá prestar sus servicios profesionales libremente en todo el territorio del Estado, en el resto de los Estados miembros de la Unión Europea y en los demás países, con arreglo a la normativa vigente al respecto”.*

La inexistencia de limitaciones respecto de esta actuación es, a nuestro entender, conforme a la realidad de las cosas: por un parte, aunque los distintos ordenamientos jurídicos presenten particularidades y diferencias, la ciencia y la técnica jurídica es única y sustancialmente uniforme en todos los países; por otra, la cada vez mayor intensidad de las relaciones internacionales —tanto económicas, como sociales— hacen frecuentes las relaciones jurídicas transfronterizas, en las que es posible la aplicación en un Estado del derecho de otro; y, por último, esta misma intensificación de las relaciones internacionales, ha dado lugar a numerosos instrumentos que tienen por objeto unificar en lo posible la aplicación del derecho para incrementar la seguridad jurídica. Todo lo anterior es especialmente aplicable al ámbito de la Unión Europea, cuyo derecho propio, o bien es directamente aplicable en el territorio de todos los Estados miembros, o ha de ser transpuesto por éstos a su ordenamiento interno.

#### **4. EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA EN ESPAÑA POR EXTRANJEROS**

Una vez definida la profesión de abogado como una profesión regulada, titulada y de colegiación obligatoria y determinado su contenido, es preciso

estudiar cómo es posible que un extranjero ejerza en España la profesión de abogado. A este respecto podemos distinguir hasta tres supuestos.

#### ***4.1. El ejercicio por un extranjero de la profesión española de abogado***

La primera vía y más evidente para que un extranjero pueda ejercer en España la profesión española de abogado es el cumplimiento de los requisitos exigidos por nuestra normativa a tales efectos.

En este sentido deberá, ante todo, ostentar el título de licenciado o grado en derecho al que se refiere el artículo 2.1 de la Ley 34/2006; en el caso de que ostente un título académico extranjero, deberá solicitar su homologación de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales y normas internas que resultaran de aplicación (como es el caso del Real Decreto 967/2014, de 21 de noviembre, por el que se establecen los requisitos y el procedimiento para la homologación y declaración de equivalencia a titulación y a nivel académico universitario oficial y para la convalidación de estudios extranjeros de educación superior, y el procedimiento para determinar la correspondencia a los niveles del marco español de cualificaciones para la educación superior de los títulos oficiales de Arquitecto, Ingeniero, Licenciado, Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico y Diplomado). Además, el extranjero deberá cumplir con los demás requisitos establecidos en la Ley 34/2006, es decir, superar la formación especializada y la prueba de evaluación, reguladas en dicha norma. Por último deberá colegiarse en uno de los Colegios de Abogados españoles, para lo cual deberá solicitar la dispensa de nacionalidad.

Ahora bien, en el caso de que el extranjero sea abogado con arreglo a su derecho aplicable y nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, el proceso se facilita extraordinariamente, al ser de aplicación las previsiones contenidas en el Real Decreto 581/2017, de 9 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/55/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) n.º 1024/2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (Reglamento IMI).

El artículo 21 de esta norma establece:

*“1. En los supuestos de las profesiones reguladas en España, cuyo acceso y ejercicio estén supeditados a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales, la autoridad competente española concederá el acceso a esa profesión y su ejercicio, en las mismas condiciones que a los españoles, a los solicitantes que posean el certifica-*

*do de competencia o título de formación contemplado en el artículo 19 exigidos por otro Estado miembro para acceder a esa misma profesión en su territorio o ejercerla en el mismo”.*

Este precepto ha de completarse con lo señalado en el artículo 22.3 de la misma norma, según el cual:

*“No obstante lo dispuesto en el párrafo primero del apartado anterior, corresponderá a la autoridad competente española prescribir, bien un periodo de prácticas o bien una prueba de aptitud, en aquellas profesiones cuyo ejercicio exija un conocimiento preciso del derecho positivo español, y en las que, en el desempeño de sus actividades, sea un elemento esencial y constante emitir dictámenes, consejos o asistencia sobre el derecho positivo español. En España, dichas profesiones son las que se relacionan en el anexo VI*

*(...)*

*Cuando se pretenda ejercer las profesiones de Abogado y Procurador, la persona solicitante deberá superar en todo caso una prueba previa de aptitud”.*

Naturalmente una de las profesiones incluidas en el anexo VI es la de abogado.

Es de destacar que las previsiones del Real Decreto 581/2017 aplicables a los ciudadanos pertenecientes a los Estados miembros de la Unión Europea, son igualmente aplicables a los ciudadanos de los Estados integrantes del Espacio Común Europeo, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de dicha norma.

La prueba de aptitud a la que hace referencia el artículo 22.3 del Real Decreto 581/2017, está regulada en la Orden PRE/421/2013, de 15 de marzo (aunque esta norma se dictó en desarrollo del Real Decreto 137/2008, derogado por el Real Decreto 581/2017, esta derogación no ha afectado a la aplicabilidad de la Orden, dada la identidad de ambos Reales Decretos en lo relativo al tema que nos ocupa).

Una vez superada la prueba de aptitud, los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea o integrados en el Espacio Económico Europeo, podrán solicitar su incorporación a un Colegio de Abogados español, no siendo preciso que soliciten la dispensa de nacionalidad.

#### ***4.2. El libre establecimiento en España de abogados pertenecientes a otros Estados miembros de la Unión Europea***

El segundo supuesto que hemos de considerar es el relativo al ejercicio permanente en España de la profesión de abogado de otros Estados

miembros de la Unión Europea. Esta posibilidad se encuentra regulada en el Real Decreto 936/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el ejercicio permanente en España de la profesión de abogado con título profesional obtenido en otro Estado miembro de la Unión Europea.

De conformidad con lo establecido en esta norma, los abogados de los restantes Estados miembros de la Unión Europea, enumerados con sus denominaciones originales en el artículo 2, *“tienen derecho a ejercer su actividad profesional en España, de forma permanente y con su título profesional de origen, de acuerdo con las normas y disposiciones recogidas en los artículos siguientes”* (artículo 3).

El principal requisito que han de cumplir estos abogados es su inscripción en el Colegio de Abogados correspondiente a su domicilio profesional, único o principal, en territorio español. De conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Real Decreto 936/2001, los Colegios de Abogados han de llevar un Registro independiente de los profesionales que se acojan a esta norma, que reciben la denominación de “Abogados inscritos”.

Una vez inscritos, estos abogados quedan sujetos a las mismas reglas profesionales y deontológicas que rigen para los abogados ejercientes con título español (artículo 9.1) y podrán ejercer las mismas actividades profesionales que éstos; en particular podrán prestar asesoramiento en materia de Derecho de su Estado miembro de origen, en Derecho de la Unión Europea, Derecho Internacional y Derecho español. No obstante, deberá actuar “concertadamente” con un abogado colegiado español cuando realice actuaciones ante Tribunales, Juzgados u organismos públicos con funciones jurisdiccionales o en la asistencia, comunicación y visitas a detenidos y presos; y en ningún caso podrán ejercer su actividad profesional bajo la denominación de “abogado” expresada en cualquiera de las lenguas oficiales de España, debiendo utilizar la denominación de su título profesional de origen que corresponda de entre las recogidas en el artículo 2.a) del Real Decreto 936/2001.

Cabe destacar que los Abogados inscritos podrán optar a su incorporación plena al ejercicio de la abogacía superando la prueba de aptitud a la que se hace referencia en el apartado 4.1 del presente informe o transcurridos tres años desde su inscripción. En este último caso, podrá incorporarse plenamente acreditando el ejercicio efectivo y regular de la actividad de abogado en España con título profesional de Estado miembro.

### 4.3. *La libre prestación de servicios de los abogados europeos en territorio español*

El tercer supuesto es el relativo a prestación de sus servicios profesionales en España por parte de los Abogados establecidos en otros Estados miembros de la Unión Europea. Esta posibilidad, contemplada en el último inciso del artículo 17.1 del Estatuto de la Abogacía, se encuentra regulada en el Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, por el que se desarrolla la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 22 de marzo de 1977, para el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios de los Abogados. Aunque esta norma no ha sido expresamente modificada por el ya citado Real Decreto 581/2017, sus preceptos deben entenderse completados en lo que corresponda por los del Título II de este último reglamento, relativo a la “Libre prestación de servicios”.

Pues bien, el artículo 1 del Real Decreto 607/1986 establece:

*“Los Abogados nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas establecidos con carácter permanente en aquéllos, podrán desarrollar libremente en España, en régimen de prestación ocasional de servicios, actividades de Abogados en las condiciones que se regulan en los artículos siguientes. Los Abogados visitantes no podrán abrir despacho en España”.*

Esta norma coincide sustancialmente con lo establecido en el artículo 12.3 del Real decreto 581/2017, según el cual:

*“Los profesionales de Estados miembros de la Unión Europea podrán prestar libremente sus servicios en España, sin que dicha prestación pueda impedirse o restringirse por razones de cualificación profesional, siempre que cumplan los siguientes requisitos (...)”.*

Requisitos que, para el caso de las profesiones reguladas, se reducen a que el profesional se encuentre establecido legalmente en otro Estado miembro de la Unión Europea para ejercer en él la misma profesión que pretenda ejercer en España.

El artículo 14.1 del Real Decreto 581/2017 se preocupa en señalar de forma expresa:

*“Al prestador de servicios se le dispensará de las obligaciones impuestas a los profesionales establecidos en territorio español relativas a la autorización, inscripción, colegiación o adhesión a una organización o Colegio profesional, en los términos previstos en el presente artículo”.*

Para entender los términos del indicado precepto ha de tenerse presente que el artículo 13.1 del mismo Real Decreto impone al prestador de

servicios en el territorio español, la obligación de informar de la prestación de servicios que pretende realizar, mediante la presentación de una declaración (por escrito y según el modelo incluido en el anexo VII del Real Decreto) a la autoridad competente española, con carácter previo al primer desplazamiento. El artículo 14.2 añade:

*“Una copia de la declaración previa y, en su caso, de la renovación, reguladas en el artículo anterior, será remitida por la autoridad competente a la organización colegial que corresponda. La remisión de dicha documentación por la autoridad competente constituirá, a estos efectos, una inscripción temporal automática, y supondrá el sometimiento de la persona interesada a las disposiciones disciplinarias vigentes. Cuando dicha autoridad entienda que no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 12.3 comunicará a la persona interesada, mediante resolución motivada, la imposibilidad de verificar la prestación de servicios. Esta resolución se comunicará a la organización colegial correspondiente”.*

A nuestro juicio la declaración previa prevista en el artículo 13.1 del Real Decreto 581/2017 y la posterior comunicación a la organización colegial, sustituye a la “presentación” del abogado extranjero ante el Decano de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados correspondiente al territorio donde prestará sus servicios profesionales, prevista en el artículo 5 del Real Decreto 607/1986. No obstante, dado que no se ha definido cuál sea la autoridad competente española para recibir estas declaraciones previas presentadas por los abogados establecidos en los Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, entendemos que, por aplicación de lo dispuesto en dicho Real Decreto 607/1986, tal autoridad será el Decano del correspondiente Colegio de Abogados, que deberá remitir la declaración previa al Consejo General de la Abogacía en cumplimiento de lo señalado en el transcrito artículo 13.1 (solución por otra parte, análoga a la prevista en el ya citado artículo 5 del Real Decreto 607/1986, que indica que una vez efectuada la presentación el Decano debe dirigir *“oficio comunicando la actuación pretendida al Juez o Presidente del Tribunal ante el que debiera actuar y al Consejo General de la Abogacía”*, si bien solo a los efectos previstos en el artículo 9 del mismo Real Decreto).

Por lo demás, la actuación de estos abogados en territorio español es similar a la de los abogados europeos establecidos de forma permanente en España, en la medida en que quedan sometidos a las normas españolas reguladoras de la profesión (artículo 7 del Real Decreto 607/1986 y 12.4 del Real Decreto 581/2017); su actuación profesional se extiende a la consulta, el asesoramiento jurídico y la actuación en juicio (artículo 3.1 del Real Decreto 581/2017); para actuar ante Juzgados, Tribunales, organismo públicos relacionados con la Administración de Justicia o que ejerzan

algún tipo de función jurisdiccional o para la asistencia, comunicación y visitas con detenidos y presos, precisarán concertarse con un abogado español (artículo 6.1 del Real Decreto 581/2017); y deberán hacer uso de su título profesional expresado en la lengua del Estado de que proceden, con indicación del Colegio u Organización Profesional del que dependen, sin utilizar el título profesional de “Abogado”.

## 5. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ASESORAMIENTO JURÍDICO AL MARGEN DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO

De todo lo expuesto en los anteriores apartados se desprende que los abogados no pertenecientes a la Unión Europea ni a los Estados integrantes del Espacio Económico Europeo, no pueden prestar sus servicios profesionales, en calidad de tales, en España.

Ahora bien, es distinta la cuestión de que sea posible la prestación en nuestro país de servicios de asesoramiento jurídico relativo a ordenamientos jurídicos extranjeros por ciudadanos pertenecientes al correspondiente Estado, al margen del ejercicio de la profesión de abogado.

Digamos ante todo que la concurrencia de los Abogados con otros profesionales en la prestación de servicios que forman parte del contenido típico de la profesión de abogado existe incluso en el ámbito de su actuación contenciosa o ante los Juzgados y Tribunales: en este sentido baste recordar que los abogados, además de su función de defensa de las partes, pueden asumir su representación, aspecto en el que concurren con los procuradores y con los graduados sociales.

Pero donde esta concurrencia es más evidente, es el ámbito de los servicios de asesoramiento en derecho, en el que podemos encontrar numerosas profesiones dentro de cuyo contenido típico se encuadra tal asesoramiento. Este es el caso, por ejemplo, de los notarios, a los cuales el artículo 147 del Reglamento de Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, ordena lo siguiente (el énfasis es nuestro):

*“Artículo 147.*

*El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e **informará a aquellos del valor y alcance de su redacción**, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado.*

*Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado.*

*(...)*

*Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios."*

Además de los Notarios existen otros profesionales vinculados o relacionados con el mundo del Derecho, que de forma habitual realizan informes o dictámenes jurídicos: este es el caso de los Catedráticos de Universidad de asignaturas de Derecho, que tradicionalmente emiten dictámenes jurídicos en su condición de tales.

Es más, existen profesionales entre cuyos servicios se encuentra el asesoramiento jurídico en determinadas materias, que no tienen que tener, necesariamente, una formación académica jurídica (no han de ser licenciados o grado en Derecho): así ocurre con los asesores tributarios, que pueden ser economistas.

A nuestro juicio, la precisión contenida en el artículo 1.2 de la Ley 34/2006, que cuando indica que la obtención del título profesional de abogado es precisa en todo caso, para prestar asistencia letrada o asesoramiento en Derecho "*utilizando la denominación de abogado*", responde a la finalidad de no imponer la obtención de dicho título profesional a los integrantes de otras profesiones que tradicionalmente vienen prestando asesoramiento en Derecho a pesar de no ser abogados.

Siendo ello así no debe existir ningún inconveniente para que cualquier persona que no sea abogado pueda prestar asesoramiento en materias de Derecho extranjero, siempre que tal actividad no la realice a título de abogado. Que tal actividad pueda ser realizada por un extranjero en nuestro territorio, dependerá de los Tratados internacionales en materia de relaciones económicas y comerciales que sean aplicables al caso, pero no estaría supeditada a la incorporación a un Colegio de Abogados español, ni a ningún otro requisito derivado de su consideración como ejercicio de la abogacía.

Precisamente, algunos de estos Tratados internacionales vienen a confirmar la interpretación arriba propuesta.

Es en este sentido muy revelador el “ACUERDO DE ASOCIACIÓN ECONÓMICA ENTRE LOS ESTADOS DE CARIFORUM, POR UNA PARTE, Y LA COMUNIDAD EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS, POR OTRA, HECHO EN BRIDGETOWN, BARBADOS, EL 15 DE OCTUBRE DE 2008”.

En el artículo 83 de este Tratado las Partes, después de reafirmarse en el apartado 1 en sus obligaciones derivadas del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de 1994 en lo relativo a la entrada y estancia temporal de proveedores de servicios contractuales y de profesionales independientes, enumera en su apartado 2 los subsectores en los que permitirán el suministro de servicios contractuales en su territorio mediante la presencia de personas físicas, en las condiciones establecidas en dicho apartado y en el Anexo IV; y en el apartado 3 enumera los subsectores en los que permitirán el suministro de servicios en sus territorios por profesionales independientes. Pues bien, uno de esos subsectores, incluidos en ambos apartados, es el de los “*servicios jurídicos consultivos por lo que se refiere al Derecho público internacional y al Derecho externo (es decir, el Derecho de fuera de la UE)*” y, por su parte, el Anexo IV D del Tratado recoge las “*Reservas en lo tocante a proveedores de servicios contractuales y profesionales independientes*”, siendo de destacar que la única reserva formulada por el Reino de España en relación con estos servicios de asesoramiento jurídico, es la exigencia de una “*prueba de necesidades económicas para los profesionales independientes*”. En definitiva, en virtud del Tratado es posible que los nacionales de los Estados del Cariforum puedan en nuestro país, no ejercer la abogacía, sino prestar servicios de asesoramiento jurídico en materia de Derecho internacional público y de Derecho de fuera de la UE, ya sea como consecuencia de un contrato de prestación de servicios, ya sea en concepto de profesionales independientes, sin necesidad de cumplimiento de requisito formal alguno y con la única limitación para los indicados profesionales independientes de la prueba de necesidades económicas<sup>1</sup>.

Una solución muy semejante es la establecida para la prestación transfronteriza de servicios jurídicos. El artículo 77.1 del Tratado establece:

---

<sup>1</sup> Por lo que se refiere a las “necesidades económicas”, el Tratado dice que “En los sectores en que se apliquen pruebas de necesidades económicas, sus criterios principales serán la evaluación de la situación del mercado correspondiente en el Estado miembro de la Unión Europea o la región en que se vaya a prestar el servicio, con respecto asimismo al número de proveedores de servicios existentes y la repercusión de los mismos”; de donde parece deducirse que las “necesidades económicas” no son las subjetivas del profesional, sino las objetivas de atender a una real demanda de servicios en el mercado donde se pretendan prestarlos

*“En los sectores en los que los compromisos de acceso al mercado se inscriben en el anexo IV, y en las condiciones y cualificaciones establecidas en el mismo, la Parte CE y los Estados signatarios del Cariforum concederán a los servicios y proveedores de servicios de la otra Parte, por lo que se refiere a las medidas que afecten al suministro transfronterizo de servicios, un trato que no sea menos favorable que el que concede a sus propios servicios y proveedores de servicios”.*

Por su parte, el Anexo IV B del Tratado, que recoge la *“lista de compromisos sobre prestación de transfronteriza de servicios”*; y en relación con los servicios jurídicos la única reserva formulada por el Reino de España es la indicación de que *“la plena admisión en el Colegio de Abogados, obligatoria para la práctica del Derecho nacional (CE y Estado miembro), está sujeta al requisito de nacionalidad”*, de donde se infiere que no existe ninguna reserva para la prestación transfronteriza de servicios jurídicos (en especial para el asesoramiento jurídico) relativos al Derecho extranjero.

No obstante lo anterior, forzoso es señalar que son posibles interpretaciones más restrictivas del tratado en la medida en que tanto el Anexo IV B como el Anexo IV D señalan en sus indicaciones generales que, aunque no aparezcan expresamente enumeradas, son siempre de aplicación las medidas relativas a los requisitos y procedimientos de cualificación, las normas técnicas y los requisitos y procedimientos de autorización, reserva a cuyo amparo los Estados miembros de la Unión Europea podrían imponer el cumplimiento de determinados requisitos para el desarrollo de esta actividad de asesoramiento, semejantes a los exigidos para el desarrollo de la abogacía.

Consideraciones semejantes pueden hacerse en relación al establecimiento permanente de profesionales de una Parte en el territorio de la otra para la prestación de servicios jurídicos, pues la solución que ofrece el Tratado no es tan evidente. El Capítulo 2 del Título II de la Parte II del Tratado (artículos 65 y ss.) se refiere a la *“Presencia comercial”*, definiendo ésta como todo tipo de establecimiento comercial o profesional a través de (i) la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica o (ii) la creación o mantenimiento de una filial o una sucursal en el territorio de las Partes del Tratado a fin de realizar una actividad económica; y definiendo como *“inversor”* a cualquier persona física o jurídica que realice una actividad económica a través de una presencia comercial.

Pues bien, el artículo 67 del Tratado establece que, en cuanto al acceso al mercado a través de la presencia comercial, las Partes otorgarán a la presencia comercial y a los inversores de la otra Parte *“un trato que no sea menos favorable que el previsto en los compromisos específicos que figuran en el Anexo IV”*.

A su vez, el Anexo IV A del Tratado, que recoge la *“lista de compromisos sobre presencia comercial”*, se refiere en su apartado 6.A.a) a los servicios jurídicos, respecto de los cuales el Reino de España no formuló reserva alguna. Sin embargo, en esta lista de compromisos se incluye, como nota a pie de página, una extensa y detallada enumeración del alcance de los servicios jurídicos autorizados y de los requisitos que han de cumplirse para su desarrollo; y, si bien es cierto que para los abogados que presten servicios en materia de Derecho internacional Público y Derecho extranjero no se exige la plena admisión en un Colegio de Abogados en la CE o del Estado miembro que corresponda —como si se hace para la prestación de servicios en Derecho Unión Europea o en Derecho de un Estado miembro— también lo es que el Tratado en este punto se refiere a *“abogados”*, que el Derecho extranjero respecto del cual podrán prestar servicios es el de la Jurisdicción donde el inversor o su personal esté *“autorizado a ejercer como abogado”* y que expresamente se indica que la prestación de estos servicios puede estar sujeta a requisitos y procedimientos de autorización propios del ejercicio de la abogacía. En definitiva, parece que en este punto el Tratado concibe la prestación de estos servicios jurídicos mediante presencia comercial, como ejercicio de la abogacía.

Una solución semejante es la que da el Tratado para las personas denominadas *“personal clave”* y *“becarios con titulación universitaria”*: las primeras, según el artículo 80.2.a) del Tratado, son aquellas personas físicas empleadas en el marco de una persona jurídica y encargadas de establecer una presencia comercial o del control, la administración o funcionamiento adecuados de esa presencia comercial; las segundas, según el artículo 80.2.b), son las personas físicas con titulación universitaria contratadas por una persona jurídica durante al menos un año y que se trasladen a una presencia comercial o a la sociedad matriz a fin de desarrollarse profesionalmente o de formarse en las técnicas o los métodos empresariales.

Según el artículo 81 del Tratado, las Partes se comprometen a permitir a los inversores de la otra Parte la contratación en sus presencias comerciales de este personal clave y becarios con titulación universitaria, en las condiciones fijadas en dicho artículo y en el Anexo IV. Y en el apartado 6.A.a) del Anexo IV C —que recoge las *“reservas en lo tocante a personal clave y becarios con titulación universitaria”*— consta como única reserva relativa a la prestación de servicios jurídicos la relativa a que *“la plena admisión en el Colegio de Abogados, obligatoria para la práctica del Derecho nacional (CE y Estado miembro), esa sujeta al requisito de nacionalidad. En el caso de ES, las autoridades pueden conceder exoneraciones”*, análoga a la establecida para la prestación transfronteriza de servicios jurídicos. No obstante, también en este Anexo

IV C, se incluye una nota a pie de página, idéntica a la que aparece en el Anexo IV A, en la que se incluye, una extensa y detallada enumeración del alcance de los servicios jurídicos autorizados y de los requisitos que han de cumplirse para su desarrollo, que parece indicar que el asesoramiento en Derecho extranjero que pueda realizar este personal se considera parte del ejercicio de la abogacía.

Pero en todo caso, ya se trate de los servicios jurídicos prestados por proveedores de servicios contractuales, por profesionales independientes, a través de una presencia comercial o por el personal clave o becarios con titulación universitaria contratados en relación con la misma, ha de destacarse la distinta situación de los abogados pertenecientes a la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo establecidos permanentemente en nuestro país: éstos ejercen la Abogacía en toda su extensión, precisando tan solo concertarse con un abogado español a efectos de su actuación ante los Tribunales, mientras que aquellos tiene limitada su actividad al asesoramiento en Derecho internacional público y en Derecho de su país de origen; con otras palabras, se trata de una actividad que difícilmente puede ser calificada como ejercicio pleno de la abogacía.

Añadiremos para terminar este apartado que disposiciones análogas a las establecidas en el Tratado entre la Comunidad Europea y el Cariforum, son adoptadas en el “ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS POR UNA PARTE Y LA REPÚBLICA DE COREA POR OTRA (COREA DEL SUR), HECHO EN BRUSELAS EL 6 DE OCTUBRE DE 2010”.

Asimismo, el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (conocido como CETA en sus siglas en inglés), firmado el 31 de octubre de 2016 en Bruselas mantiene la misma línea de los Acuerdos anteriores. El artículo 10.8 sobre los prestadores de servicios contractuales y profesionales independientes y que remite al Anexo 10-E donde se recogen los compromisos sectoriales sobre prestadores de servicios contractuales y profesionales independientes, incluye a los prestadores de servicios jurídicos y especifica que los Estados miembros podrán reservarse la consideración de Derecho interno solo como Derecho del Estado miembro o como Derecho de la UE y Derecho del Estado miembro, reservas que se recogen en los Anexos I o II. En el caso de España, la reserva incluida en el Anexo I estima que Derecho interno es solo el Derecho español y establece los requisitos para la prestación de servicios en España.

## 6. CONCLUSIONES

Lo expuesto en los anteriores apartados puede resumirse en las siguientes conclusiones:

- 1<sup>a</sup>. La profesión de abogado en España es una profesión regulada, titulada y de colegiación obligatoria.
- 2<sup>a</sup>. Dentro del contenido de la profesión de abogado se incluye, no solo el asesoramiento jurídico en Derecho europeo y español, sino también el asesoramiento jurídico en Derecho extranjero.
- 3<sup>a</sup>. Los abogados pertenecientes a los Estados miembros de la Unión Europea o a los Estados integrados en el Espacio Económico Europeo pueden ejercer como tales (como abogados de dichos Estados) en España en régimen de libre prestación de servicios o de establecimiento permanente.
- 4<sup>a</sup>. Para el ejercicio en España por parte de extranjeros de la profesión española de Abogado es preciso que por éstos se reúnan los requisitos exigidos por la normativa española para el acceso a la profesión por parte de los españoles; y además, la homologación del título académico correspondiente (cuando el que ostenten no sea español) y la dispensa de la nacionalidad española. En caso de poseer título de abogado de un Estado miembro de la UE o del Espacio Común Europeo podrá optar a la inscripción y posterior incorporación plena.
- 5<sup>a</sup>. No obstante, cuando el extranjero que pretenda acceder a la profesión española de abogado sea un abogado perteneciente a un Estado miembro de la Unión Europea o a un Estado integrado en el Espacio Económico Europeo, será suficiente la superación de la prueba de aptitud prevista en el artículo 22.3 del Real Decreto 581/2017, de 9 de junio, y regulada en la Orden PRE/421/2013, de 15 de marzo, no precisando solicitar la dispensa de nacionalidad para su Colegiación.
- 6<sup>a</sup>. Con independencia de todo lo anterior, la simple prestación del servicio de asesoramiento en Derecho público internacional o Derecho extranjero no forma parte de la profesión de abogado si no se realiza a título de tal y podrá ser desarrollado en nuestro país por un extranjero con sujeción a la normativa relativa a las relaciones comerciales con el Estado de origen.

# **La obligación de registro de la titularidad real exigida por la normativa de prevención de blanqueo y la financiación del terrorismo mediante el depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil**

*(Informe 6/2018)*

**Sumario:** 1. OBJETO DEL INFORME. 2. DESCRIPCIÓN DEL CONTENIDO DE LA ORDEN MINISTERIAL JUS/319/2018, DE 21 DE MARZO. 3. LA ORDEN MINISTERIAL Y EL PRINCIPIO DE RESERVA MATERIAL Y FORMAL DE LEY. 4. LA RESERVA DE LEY EN LA TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS. EL ALCANCE DEL EFECTO DIRECTO DE LA DIRECTIVA. 5. ¿EXISTE UN DEBER LEGAL DE REALIZAR LA DECLARACIÓN DE TITULARIDAD REAL EN EL DEPÓSITO DE LAS CUENTAS? 6. LAS CONDICIONES QUE DEBERÍAN DARSE PARA UNA REGULACIÓN DE UN REGISTRO CENTRAL DE TITULARIDADES REALES EN EL REGISTRO MERCANTIL. 7. EL ACCESO DE TERCEROS A LA INFORMACIÓN DEL REGISTRO CENTRAL. 8. LA RECIENTE TRANSPOSICIÓN DE LA IV DIRECTIVA POR EL REAL DECRETO-LEY 11/2018, DE 31 DE AGOSTO. 9 CONCLUSIONES.

## **1. OBJETO DEL INFORME**

Es objeto de este Informe valorar la legalidad de la Orden del Ministerio de Justicia por la que se ha establecido la obligación de manifestar la titularidad real de las mismas, entendida esta en los términos recogidos por la normativa de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, al realizar el depósito de las cuentas anuales.

La valoración jurídica ha de basarse, necesariamente, en el aspecto formal de la suficiencia de la una Orden Ministerial para establecer una obligación como la indicada, así como en el apoyo material de la misma en normas legales, que pudiera considerarla norma reglamentaria de desarrollo de una norma con rango de ley.

## **2. DESCRIPCIÓN DEL CONTENIDO DE LA ORDEN MINISTERIAL JUS/319/2018, DE 21 DE MARZO**

La Orden JUS/319/2018, de 21 de marzo, “*por la que se aprueban los nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de*

*los sujetos obligados a su publicación*” fue publicada en el Boletín Oficial del Estado de 27 de marzo de 2018.

El punto de dicha Orden que aquí interesa destacar es la determinación de la información sobre titularidad real de las sociedades que se debe presentar en el Registro Mercantil en el momento de realizar el depósito de las cuentas anuales, *“motivada por la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo”*.

La Orden apoya esta nueva obligación en el artículo 30.3 de la citada Directiva según la cual *“los Estados miembros se asegurarán de que la información (...) sobre la titularidad real se conserve en un registro central en cada Estado miembro, por ejemplo un registro mercantil o un registro de sociedades (...) o en un registro público”*.

Establecido el plazo de transposición de esta IV Directiva para el 26 de junio de 2017, la Orden precisa que *“dada la finalización del plazo para la transposición del citado artículo y como consecuencia del llamado «efecto útil» de las Directivas que operaría, en todo caso, en sentido vertical-ascendente, los sujetos obligados y las autoridades pueden exigir que se les suministre por un registro la información precisa sobre el titular real de las personas jurídicas”*.

La consecuencia que la Orden extrae de ese “efecto útil” de la Directiva es *“la implementación de un nuevo formulario en el que las sociedades, en el momento de presentar a depósito sus cuentas anuales en el Registro Mercantil, hagan la declaración acerca del titular real”*.

La Orden manifiesta que esta declaración incluida en el modelo de presentación de las cuentas anuales supone una “nueva obligación” de las sociedades depositantes, aunque *“solo deberán cumplimentarlo aquellas que tengan una titularidad real a favor de personas físicas, de forma directa o indirecta, de más del 25 % de su capital social, pudiendo, en cuanto a los llamados titulares asimilados, remitirse a los libros del propio Registro Mercantil”*.

El preámbulo de la Orden expone el fundamento legal del nuevo modelo de presentación de las cuentas anuales con el que *“mediante la declaración de «titular real» de la sociedad o entidad que deposita cuentas anuales individuales, no consolidadas, las entidades sujetas a dicha obligación además darán cumplimiento a lo previsto en el artículo 4.2 b) y c) de la Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que se desarrolla en el artículo 8 del Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, aprobado*

por el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo”. Se precisa que “están sujetas a la obligación de identificar al titular real todas las personas jurídicas domiciliadas en España que depositan cuentas exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado en virtud del artículo 3.6 a) i) de la directiva y el artículo 9.4 de la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo”.

La Orden asigna al Registro Mercantil la función de “registro central” a los efectos del artículo 30.3 de la IV Directiva.

A estos efectos establece el régimen de publicidad en los siguientes términos: “De la declaración debidamente depositada, previa su calificación por el registrador mercantil, se dará la publicidad prevista en el artículo 30.3 de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015. A estos efectos, el acceso a la información sobre la titularidad real se hará de conformidad con las normas sobre protección de datos y de acuerdo con las reglas de la publicidad formal del Registro Mercantil: artículo 30.5 de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015; artículo 12 del Código de Comercio, y artículos 77 y ss. del RRM”.

En el ejercicio de esa calificación, la no presentación o la presentación formalmente incorrecta de la declaración de identificación del titular real constituye un “error” que impide el cumplimiento de la obligación de depósito de las cuentas anuales.

### **3. LA ORDEN MINISTERIAL Y EL PRINCIPIO DE RESERVA MATERIAL Y FORMAL DE LEY**

Los reglamentos y disposiciones administrativas no pueden vulnerar la Constitución ni las leyes, ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen, respectivamente, de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

Sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, las disposiciones reglamentarias se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes. Ninguna disposición de este tipo podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior.

La consecuencia de la infracción de las reglas anteriores es la nulidad de pleno derecho.

Estas son las reglas básicas en materia de potestad reglamentaria en nuestro sistema jurídico.

Se incluyen actualmente en los artículos 129. 2 y 3 y 47.2. de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Esta primacía de la ley se expresa y concreta en la institución de la reserva de ley.

Determinadas materias solo pueden regularse por ley porque así lo imponen la Constitución o los Estatutos de Autonomía y la utilización queda excluida como norma alternativa a la ley, sin perjuicio de su valor como norma que venga a desarrollarla o completarla.

Además, no habiendo ámbitos prohibidos a la ley por no existir entre nosotros reserva reglamentaria, la ley puede regular cualquier materia, aunque no haya reserva material, en cuyo caso esta materia regulada por la ley queda congelada de rango (la reserva formal) y deberá en el futuro excluirse cualquier modificación o derogación no procedente de la ley salvo que entre en juego la técnica deslegalizadora.

En definitiva, el reglamento no puede entrar a regular las materias en que exista reserva material de ley o en las que, no existiendo, se haya producido una decisión previa del legislador, reserva formal, en virtud, del principio de jerarquía normativa y del carácter subordinado del reglamento.

En esta línea, la sentencia 83/1984, de 24 de julio, del Tribunal Constitucional ha indicado que:

*“El principio de reserva de Ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador.*

*Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley. Y este criterio aparece contradicho con evidencia mediante cláusulas legales, del tipo de la que ahora se cuestiona, en virtud de las que se produce una*

*verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir.”*

En esta línea el Consejo de Estado exige la adecuada “*densidad normativa*” ante deslegalizaciones que afecten a reservas legales para prevenir los casos en cuales la norma legal es excesivamente lacónica, escueta o porque el precepto legal está vacío de contenido material o de reglas sustantivas. Se puede citar el dictamen de 10 de abril de 1997 (número 982/1997) o el dictamen de 18 de febrero de 2010 (número 2095/209), entre otros.

En lo que respecta a la reserva material de la Ley, la Constitución protege el ámbito de la libertad, como valor esencial de la misma.

Así, el Tribunal Constitucional, en SSTC 2019/1987, 78/1990, de 26 de abril y 791/1991, ha sancionado que del principio de libertad que consagra el artículo 1.1 de la Constitución se deriva naturalmente otro principio cual es que “*el Gobierno no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no tengan su origen en la ley de un modo inmediato o, al menos de manera mediata, a través de la habilitación. Del mismo modo, no puede el Reglamento excluir del goce de un derecho a aquellos a quienes la ley no excluyó.*”.

El Tribunal Supremo, por su parte, lo ha indicado con reiteración. La regulación de la libertad y propiedad requiere norma legal. No cabe alterar el contenido de los derechos y deberes privados de las personas al margen o sin intervención legal.

Por todos los pronunciamientos cabe recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001. Como se indica en ella:

*“La coherencia y armonía de un sistema jurídico permite diferentes significantes siempre que no se altere el significado del signo jurídico, y sin que el factor tiempo, que impulsa el cambio y la evolución de éste, justifique que la transformación se produzca a través de un método inadecuado, como podría ser la vía reglamentaria «praeter aut contra legem», pues, de procederse así, se arrumbarían principios en los que el propio sistema se asienta, cuales son los de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica, proclamados en el artículo 9 de la Constitución, que requieren que el ejercicio de la potestad reglamentaria respete la Constitución y las leyes (artículo 97 de la propia Constitución), de modo que, según el artículo 23.2 de la Ley 50/1997, los Reglamentos no pueden regular materias reservadas a la Ley ni infringir normas con dicho rango, debiéndose ajustar siempre a ese principio de jerarquía normativa (artículo 1.2 del Código Civil), pues, de lo contrario, incurrirían en la nulidad de pleno derecho con que sanciona esas vulneraciones y extralimitaciones el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

*Con estas consideraciones de carácter general pretendemos salir al paso de la machacona alegación con que las Administraciones demandadas intentan explicar el*

*ejercicio de la potestad reglamentaria en materia inmobiliario-registral, cual es que ésta tiene un carácter meramente técnico, pues ello no presupone laxitud en el estricto respeto de los aludidos principios básicos del sistema jurídico, teniendo en cuenta, además, que gran parte de los preceptos de la Ley Hipotecaria tienen ese mismo carácter....Aun cuando la reforma del Reglamento Hipotecario pretenda dar respuesta a las necesidades del tráfico inmobiliario actual y a otras realidades extrarregistrales, lo cierto es que no puede efectuarse en contra o al margen de la Ley Hipotecaria, el Código Civil o cualquier otra disposición con rango de ley, pues el cometido de desarrollo y colaboración propio del Reglamento no puede alcanzarse a costa de aquellos principios, a pesar de que la Ley pueda contener elementos alógicos insalvables mediante la interpretación, lo que, en tal caso, justificaría su sustitución por vía parlamentaria y no reglamentaria...*

*Crear una serie de derechos y obligaciones que exceden del modesto cometido de un Reglamento e invaden la regulación sustantiva de los derechos civiles reservada a una ley formal, ...al afectar a la tradicional reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenida en la vigente Constitución al exigir que su contenido se delimite de acuerdo con las Leyes (artículo 33) e incluir entre las competencias del Estado la legislación civil (con las salvedades forales) al igual que la mercantil o la procesal (artículo 149.6ª y 8ª).*

La imposición de nuevos deberes y obligaciones a las personas jurídicas incide sobre ese valor de libertad y requiere de intervención de la Ley dotada de suficiente contenido.

El Consejo de Estado, en su dictamen de 30 de mayo de 1991 (número 55.737), relativo al proyecto de Real Decreto sobre Sociedades Anónimas Deportivas, indica que *“interesa resaltar la existencia de un ámbito tradicionalmente ajeno a las normas reglamentarias como es la libertad y la propiedad. En general, la doctrina ha venido sosteniendo que los reglamentos no debían entrar a regular aspectos “ius privatistas”, salvo cuando exista una previa y específica habilitación legal al efecto (frente a la señalada relajación de tal requisito en el ámbito propio del reglamento)”*.

La conclusión de lo anterior es clara. Una disposición reglamentaria no puede establecer nuevas obligaciones que afecten a particulares ni alterar el contenido de las previamente existentes sin previa habilitación legal con suficiente densidad normativa.

#### **4. LA RESERVA DE LEY EN LA TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS. EL ALCANCE DEL EFECTO DIRECTO DE LA DIRECTIVA**

La transposición de toda directiva al ordenamiento interno ha de respetar el sistema de fuentes del ordenamiento al que se incorpora de acuerdo

con el principio de neutralidad del Derecho europeo respecto al Derecho interno.

A cada Estado miembro le corresponde decidir, conforme a su distribución de competencias y su sistema de fuentes, los requerimientos que han de considerarse y satisfacerse en la elección del tipo de norma y de Administración, estatal o autonómica, competente para la transposición.

No es sino la elección que corresponde al Estado miembro “*de la forma y de los medios*” para alcanzar el resultado que debe conseguirse, como dice el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Uno de los aspectos fundamentales que se han de abordar al verificar la transposición es la distribución de materias entre normas legal y reglamentaria, distribución que ha de decidirse teniendo presente el juego del principio de reserva de ley material y formal expuesto anteriormente y la derivación al reglamento de los contenidos de menos estabilidad o relevancia.

Esta es la posición del Informe 1/2008, de 14 de febrero de 2008 del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español:

*“la norma de incorporación ha de respetar el sistema de fuentes del ordenamiento interno, lo que comporta requerimientos que han de considerarse y satisfacerse en la elección del tipo —obligado o aconsejable— de tal norma. En este sentido, una de las cuestiones fundamentales que se ha de abordar al verificar la transposición es la distribución de materias entre norma legal y norma reglamentaria, distribución que ha de decidirse teniendo presente el juego del principio de reserva de ley y el diferimiento al reglamento de los contenidos de menos estabilidad o relevancia. Salvados los principios, el equilibrio ha de procurarse caso por caso, sin olvidar que una directiva no puede entenderse cabalmente incorporada al ordenamiento interno sino cuando se han adoptado todas las normas y todas las medidas necesarias para su aplicación práctica (ya sean leyes y normas reglamentarias, ya sean normas estatales y normas autonómicas)”.*

En la misma línea, y aplicado a un caso concreto, el dictamen del Consejo de Estado número 119/2009, de 18 de marzo, sobre el anteproyecto de Ley de servicios de pago, indica que:

*“el anteproyecto de Ley que se remite en consulta es el primer paso en el proceso de incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva sobre servicios de pago. Las razones que han llevado al órgano encargado de la elaboración a incluir determinadas materias en la ley y dejar otras al desarrollo reglamentario se han hecho explícitas en algunas ocasiones, aunque en otras apenas se han apuntado o se ha hecho de forma casi tautológica: (...) Se ha de partir en este campo de los principios que rigen la transposición de las normas comunitarias a nuestro Derecho interno, que han sido recogidos por el Consejo de Estado en numerosas ocasiones (...). Hacen referencia, en líneas generales, a que es el Derecho interno de cada Estado el que, dentro de los*

límites del Derecho comunitario, ha de determinar el órgano y el procedimiento para llevar a cabo la aplicación normativa del Derecho comunitario; al hecho de que, por ello, la naturaleza y el rango de las normas de adaptación o de incorporación son cuestiones que deben resolverse según el sistema interno de fuentes, por lo que será de acuerdo con este como habrá de determinarse, en cada caso, si la norma interna ha de tener, o no, rango de ley; y por último, a que las directivas no predeterminan por sí, ni alteran, la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. *A tenor de estas exigencias, resulta idóneo que la transposición de la Directiva sobre servicios de pago se lleve a cabo en su primer escalón, en una norma con rango de ley que precise las líneas esenciales de la regulación, bien por constituir materia reservada a la ley, bien sencillamente para hacer posible una aplicación completa y segura de las reglas previstas en la norma comunitaria cuando venza el plazo previsto para su incorporación.*

Respecto al punto concreto de la habilitación reglamentaria, este dictamen indica que

*“con carácter general, la decisión de deferir al reglamento una parte de la regulación, que el Derecho comunitario deja a la voluntad de los Estados miembros, según se vio— ha de respetar los límites de las materias reservadas a la ley y debe, además, hacerse de modo que queden definidos claramente en la ley los aspectos principales de tal regulación”.*

En particular, se subraya que el *“establecimiento de límites a las entidades comerciales de las entidades de pago (...) debe quedar recogido en la ley, por incidir de forma clara en el ejercicio de la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución)”.*

Finalmente, en cuanto al rango de la norma reglamentaria en el caso de que sea posible *“debe optarse, en caso de duda y como criterio rector, por la transposición mediante decreto frente a la transposición mediante orden ministerial”.*

Esta misma posición es la que contiene la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2010.

Se pronuncia esta sentencia sobre la validez del Real Decreto 9/2008, de 11 de enero, de modificación del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, desde la perspectiva del principio de reserva de ley y para ello parte implícitamente de la plena vigencia de este principio en las operaciones de transposición de Directivas.

La conclusión de que la reforma normativa venga impuesta por la necesidad de adecuación del ordenamiento interno a una nueva directiva en la materia no trae consigo relativización alguna de la reserva de ley, cuya efectiva satisfacción es declarada solo si la disposición reglamentaria encuentra habilitación suficiente en el propio texto legal.

A estas exigencias y condiciones que, con carácter general, deben tenerse en cuenta al transponer una Directiva, ha de añadirse que la falta de la misma no exime al Estado miembro cumplir con ese deber, sin perjuicio del efecto directo de la Directiva mientras no se cumpla el mismo.

Este efecto directo de la directiva es siempre vertical en el sentido descendente/ascendente.

El particular puede oponer al Estado miembro la norma de la Directiva cuando este no la ha transpuesto en el caso de que el contenido normativo de la misma tenga la precisión suficiente para sustentar una pretensión jurídica o un derecho y esté formulada de manera incondicional.

Lo que en ningún caso es posible es que el Estado incumplidor imponga al particular las obligaciones derivadas de una directiva por él mismo no transpuesta.

El Tribunal lo ha repetido en una extensa jurisprudencia, entre otras SSTJUE Becker 8/81; Marshall C-152/84; Pretore di Salo C-14/84 y Papsavas C-291/13.

Es oportuna esta precisión elemental porque de la descripción del contenido de la Orden objeto de este informe parece desprenderse que, además de basarse en obligaciones de la normativa estatal de prevención de blanqueo, también recogidas en la Directiva, invoca el efecto directo de la IV Directiva.

Así resulta del contenido de la Orden expuesto en el apartado 2 de descripción del contenido de la misma.

Se dice que con la Orden se viene a dar solución a la falta de transposición de la IV Directiva e invocando el efecto directo de las Directivas se afirma que *“los sujetos obligados y las autoridades pueden exigir que se les suministre por un registro la información precisa sobre el titular real de las personas jurídicas”*.

Es obvio, se insiste, que los “sujetos obligados” podrán exigir al Estado la organización de un “registro central”, pero no que el Estado miembro, con base en ese efecto directo, por medio de esta Orden imponga a las sociedades, incluso con independencia de si son o no sujetos obligados, el deber de facilitar la información al registro central, esto es, el suministro de la misma, pues eso supondría tanto como admitir la imposición de un deber derivado directamente de la directiva no transpuesta sobre los particulares que no son destinatarios de la norma.

Sobre esta cuestión del concepto de titularidad real, su entendimiento en el contexto del cumplimiento de medidas de diligencia y quienes son

los sujetos obligados a ello, desde el punto de vista material, se vuelve seguidamente en el siguiente apartado.

En este momento se debe concluir que, desde un punto de vista meramente formal, con la Orden estudiada ni se transpone la Directiva y, desde luego no podría entenderse así conforme a los principios expuestos de reserva material y formal de ley, ni se puede aceptar que la misma innove el ordenamiento jurídico con la imposición de una nueva obligación con apoyo en el efecto directo de aquella.

En definitiva, la Orden Ministerial objeto de este informe carece del rango legal suficiente para que pueda entenderse que transpone la IV Directiva en este punto ni la misma puede invocar el efecto directo de la misma por haber transcurrido, en el momento en que se publicó, el plazo de transposición.

No obstante esta conclusión formal, la legalidad de dicha Orden, como se ha adelantado, debe valorarse desde un punto de vista material con objeto de determinar si la misma puede sostenerse con base en el otro fundamento legal que la misma invoca.

## **5. ¿EXISTE UN DEBER LEGAL DE REALIZAR LA DECLARACIÓN DE TITULARIDAD REAL EN EL DEPÓSITO DE LAS CUENTAS?**

La Orden expresa como fundamento del deber de realizar la declaración de titularidad real por las sociedades que depositan cuentas los artículos 3.6) y 30 de la IV Directiva y 4.2 b) y c) de la Ley 10/2010 y 8 del RD 304/2014.

Del contenido de estos preceptos resulta que, tanto el artículo 3.6) de la IV Directiva como los artículos 4.2 b) y c) de la Ley 10/2010 y 8 del RD 304/2014, se limitan a definir el concepto de “*titular real*”.

Establecen el concepto, pero no imponen la obligación formal a sujeto alguno de declarar su titularidad real. Más aún, el inciso final del artículo 3.6) a) ii) de la IV Directiva señala a “*las entidades obligadas*” como a los sujetos “*que han de conservar los registros de las medidas tomadas para identificar a quien ejerce la titularidad real*” con arreglo al precepto.

Se mantiene inalterable el sistema de las directivas previas a la IV, que son las transpuestas por la ley y reglamento de prevención vigentes en el momento de publicación de la Orden. Según estas disposiciones las obligaciones que establece esta normativa solo tienen unos destinatarios específi-

cos y legalmente definidos: “*los sujetos obligados*” y estos son exclusivamente los determinados en el artículo 2 de la Ley 10/2010 y 2 de la IV Directiva.

Es a estos “sujetos obligados” a los que se les exige la totalidad de los deberes impuestos en la normativa de prevención del blanqueo: (1) el deber de identificación formal de las personas que pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en operaciones, (2) el deber de identificar al titular real, (3) el deber de obtener la información sobre el propósito e índole prevista de la relación de negocios y (4) el deber de aplicar las medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios.

Es en este marco de exigencia de esas “medidas de diligencia debida” en el que los “sujetos obligados” deben identificar al titular real y adoptar las medidas adecuadas, en función del riesgo, a fin de comprobar su identidad con carácter previo al establecimiento de relaciones de negocio o de la ejecución de las operaciones que contempla la norma.

Para esta identificación y comprobación puede acudir con carácter general a una declaración responsable del cliente o de la persona que tenga atribuida la representación de la persona jurídica y, a estos solos efectos, los administradores de las sociedades deberán obtener y mantener información adecuada, precisa y actualizada sobre la titularidad real.

Debe tenerse en cuenta, por tanto, que estos preceptos establecen un medio para que las personas jurídicas acrediten su titularidad real con el que se permite y facilita el cumplimiento del deber de comprobación por el sujeto obligado de la titularidad real de aquellos con los que establece o mantiene relaciones.

En modo alguno se impone un deber de realizar una declaración responsable de la persona jurídica, que sería el cliente en la normativa de prevención, al margen o con independencia de una relación de negocios con un sujeto obligado.

El hecho de que para facilitar sus relaciones de negocio se realice por la persona jurídica, a través de sus administradores, tal declaración es un acto voluntario y libre y su no realización no supone incumplimiento de deber alguno en el marco de la ley 10/2010 ni de su reglamento, pues la sociedad que realiza la declaración no es legalmente un “sujeto obligado” a los efectos de la normativa de prevención de blanqueo.

Además, aun teniendo conocimiento de la declaración responsable, el sujeto obligado puede considerar necesario, como medida de diligencia debida, realizar actuaciones de comprobación adicionales que pueden serle, además, legalmente obligatorias y, en ausencia o con independencia de

tal declaración responsable, puede acudir a medidas alternativas como es el acceso a la base de datos de titularidad real.

Excluida la Ley 10/2010 y el RD 304/2014 como normas que establezcan el deber de las personas jurídicas de realizar una declaración formal de su titularidad real al no ser “sujetos obligados”, solo cabría acudir al artículo 30 de la IV Directiva que sí constituye una novedad.

El artículo 30 de la IV Directiva establece las siguientes reglas:

- (a) Que los Estados miembros han de velar para que “*las sociedades y otras personas jurídicas constituidas en su territorio tengan la obligación de obtener y conservar información adecuada, precisa y actual sobre su titularidad real, incluidos los pormenores del interés último ostentado*” (apartado 1). Los Estados han de establecer para las sociedades y personas jurídicas un deber propio y de contenido específico como es el de obtener y conservar datos sobre su titularidad real, pero de este deber en sí mismo considerado no se deriva otro deber de suministro de datos a registro alguno.
- (b) Que los Estados miembros han de garantizar que “*dichas entidades tengan la obligación de suministrar a las entidades obligadas, además de la información sobre su propietario legal, información relativa al titular real cuando las entidades obligadas estén tomando medidas de diligencia debida con respecto al cliente*”. Es claro que la obligación que ha de garantizarse es la de suministro de información de las personas jurídicas a los sujetos obligados por la normativa de prevención de blanqueo exclusivamente, no a un registro central.

El número 4 por su parte establece para los Estados Miembros la obligación de asegurarse “*de que la información a que se refiere el apartado 1 sobre la titularidad real se conserve en un registro central en cada Estado miembro, por ejemplo, un **registro mercantil** o un registro de sociedades a tenor del artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, o en un **registro público***”.

Este precepto al establecer la existencia de un registro central obliga a que deba establecerse por los Estados el mecanismo a través del cual se pueda acceder a la información que las entidades han de obtener y conservar sobre su titularidad real.

Pero este precepto responde a la esencia toda Directiva que se articula en torno a un mandato al Estado miembro que impone a este un resultado. En este caso, la existencia de un “registro central”, dejándole la libertad de

decidir cuál es este registro central, un mercantil u otro registro público, y el medio a través del cual la información ha de acceder al registro.

Es decir, establece un marco general que ha de ser, como indicaba el preámbulo de la Ley 10/2010 respecto a las directivas previas, “*no solo transpuesto, sino completado por los Estados Miembros, dando lugar a normas nacionales notablemente más extensas y detalladas*” pues las directivas en la materia “*no establecen un marco integral de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo que sea susceptible de ser aplicado por los sujetos obligados sin ulteriores especificaciones por parte del legislador nacional*”.

De acuerdo con lo expuesto, resulta claro que el artículo 30 es ese mandato al Estado miembro que ha de decidir cómo se establece y organiza el registro central, lo que incluye cómo ha de incorporarse la información al registro que determine, la regulación de su contenido (“*suficiente, exacta y actual*”), el obligado a facilitarla y las reglas de acceso de terceros a la información.

Estas exigencias del mandato, acordes con la densidad normativa que requiere su cumplimiento, no permiten identificar en la IV Directiva la existencia de una norma que imponga directamente a las entidades, sean o no sujetos obligados y al margen de un proceso de aplicación de medidas de diligencia, un deber propio y específico de declaración de la titularidad real sin mediación alguna de decisión del Estado Miembro.

La conclusión es que es precisa la mediación de una norma de derecho interno para definir la obligación de suministro de información al registro central por parte de las personas jurídicas que han de declarar su titularidad real, mediación que ha cumplir el sistema de ordenación de fuentes internas porque al afectar a la “libertad”, la imposición de una nueva obligación no contemplada previamente a sujetos privados requiere indudablemente de norma de rango legal en sentido estricto.

## **6. LAS CONDICIONES QUE DEBERÍAN DARSE PARA UNA REGULACIÓN DE UN REGISTRO CENTRAL DE TITULARIDADES REALES EN EL REGISTRO MERCANTIL**

De lo expuesto hasta este momento se desprende que la Orden Ministerial carece de rango legal suficiente para transponer la IV Directiva de prevención de blanqueo y de la financiación del terrorismo, estableciendo una obligación legal *ex novo*, que esta no establece de modo preciso y directo, tanto desde un punto de vista formal como material.

Esto no quiere decir que esta obligación de registro de titularidades reales, a disposición de los sujetos obligados, no deba establecerse por el Estado, en aplicación de la citada IV Directiva y que dicha obligación no pueda materializarse en el Registro Mercantil.

Pero esto ha de hacerse de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno y su sistema de fuentes de producción de normas jurídicas, con sus principios de competencia y de jerarquía tal y como resultan de la Constitución y sus normas de desarrollo.

El artículo 16.2 del Código de Comercio establece una reserva formal de ley para la atribución de funciones al Registro Mercantil, al señalar que “*corresponderá al Registro Mercantil... cualesquiera otras funciones que le atribuyan las Leyes*”.

Debe ser una ley formal, por tanto, la que atribuya nuevas funciones al Registro Mercantil, como viene haciéndose en la práctica.

El Registro Mercantil viene asumiendo funciones diversas, como las que se regulan en el Título III del Reglamento del Registro Mercantil bajo la denominación de las “*otras funciones del Registro Mercantil*”, como son la legalización de los libros obligatorios (artículo 27 del Código de Comercio), el nombramiento de expertos independientes y de auditores de cuentas o el depósito y publicidad de las cuentas anuales (en los términos del Código de Comercio, Ley de Sociedades de Capital o Ley de Modificaciones Estructurales).

Todas estas funciones han sido asignadas mediante normas con rango de Ley.

Desde luego el Registro Mercantil puede ser el instrumento elegido para cumplir determinadas previsiones establecidas en la normativa europea.

Así ha ocurrido con la atribución al Registro Mercantil de la función correspondiente a la emisión y gestión en España del código identificador de entidad jurídica por virtud de la disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 14/2013, de 29 de noviembre de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras, que la propia Dirección General de Registros y del Notariado, en su resolución de 30 de octubre de 2017, considera competencia que se ejerce de conformidad con lo previsto en el artículo 16.2 del Código de Comercio cumpliendo así con la atribución necesaria de la función mediante norma de rango legal.

Como se ha expuesto la IV Directiva no puede servir de cobertura legal pues si bien incluye la obligación para el Estado miembro de establecer un registro central, deja a este libertad a la hora de determinar que si este es el Registro Mercantil u otro “registro público”.

Esta decisión, como toda aquella que conlleve la transposición de una directiva, se ha de realizar, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, aplicando los mecanismos previstos en el Derecho interno del Estado miembro y, en nuestro sistema, la atribución de otras funciones al Registro Mercantil requiere norma de rango legal.

Por otro lado, la atribución legal no puede entenderse realizada considerando que la declaración de titularidad real forma parte de las cuentas anuales y que es esta función la que ampara la asignación competencial realizada.

De acuerdo con la normativa española interna en vigor, la declaración de titularidad real no forma parte de las cuentas anuales.

Es la ley, la que define el concepto y contenido de las *cuentas anuales* (artículos 34 del Código de Comercio y 253 y 254 de la LSC). Estos preceptos establecen los documentos a presentar al Registro y a calificar por este (explícitamente “*los exigidos por la ley*”, artículo 280 LSC) y es la ley que impone el cierre registral vinculado al “*incumplimiento de la obligación legal de depositar*” (artículo 282 LSC).

Una orden ministerial que pretenda alterar el contenido y concepto de las cuentas anuales incluyendo información adicional, que establezca como necesario un documento no previsto en la ley y que “amplía” el contenido de la obligación de depósito, incluyendo un documento no contable, no tiene rango suficiente para imponerlo por contrario al principio de reserva formal de ley.

Basta confrontar el contenido legalmente exigido a las cuentas anuales y a los documentos contables que lo integran en el Código de Comercio o en la LSC para concluir que la “*titularidad real*”, tal y como este concepto resulta de la Ley 10/2010 y su Reglamento, no es un concepto “contable” ni requiere reflejo en documento de tal carácter. Pero tampoco es una “*información no financiera y de diversidad*” tal y como este concepto se ha recibido por nuestro ordenamiento.

La conclusión es que nada impide que el legislador atribuya esta función a los Registros Mercantiles, pero no en el marco del depósito de cuentas, por lo demás poco eficaz, dado el alto porcentaje de sociedades que no presentan cuentas y que tienen la hoja cerrada, sino como una función

adicional que debe establecerse con respeto a la reserva formal y material de ley.

## 7. EL ACCESO DE TERCEROS A LA INFORMACIÓN DEL REGISTRO CENTRAL

Esta exigencia de rango legal se justifica, aún más si cabe, a la vista de que la información de titularidad real ha de ser accesible a terceros con rigurosas condiciones.

El preámbulo de la Orden indica que de la declaración debidamente depositada se “*dará la publicidad prevista en artículo 30.3 de la IV Directiva con sujeción, en su caso, a las normas de protección de datos de carácter personal*”.

Por su parte, en la contestación a las “preguntas frecuentes” preparadas por el Colegio de Registradores, pregunta 14, se expresa que se dará la publicidad prevista en la IV Directiva y que se acudirá a las reglas de publicidad formal del Registro Mercantil conforme a los artículos 12 del Código de Comercio, 77 y siguientes del Reglamento.

No obstante, tal y como se ha expuesto, la publicación de la titularidad real habría de configurarse como una función “adicional” a las propias del Registro y, como tal, debería ser sometida reglas de procedimiento administrativo y no a las reglas de publicidad formal registral.

El hecho de que se instrumente materialmente junto con el depósito de cuentas no altera la naturaleza de la intervención del registrador ni puede excluir su marco normativo propio, el correspondiente a actuaciones adicionales a las propias del Registro Mercantil, que no son otras, si no se establecen otras reglas específicas, que las generales del acceso de los particulares a un registro público o las específicas de la materia que el registro publica.

En este caso, el acceso a la publicación de titularidades reales debería hacerse conforme a la normativa en vigor de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que se dirige solo a los sujetos obligados no a cualquier persona con interés legítimo.

Desde un punto de vista de protección de datos también habría que ser especialmente cuidadoso con los destinatarios o personas que pueden acceder a datos personales, ya que el tratamiento de datos personales debe fundarse en una de las bases legales previstas en el artículo 6.1 del RGPD.

En la materia de prevención que nos ocupa, la legitimación para el tratamiento de los mismos deriva del cumplimiento de una obligación legal (la aplicación de la IV Directiva y la Ley 10/2010).

Estas normas establecen las siguientes obligaciones respecto a los datos de los titulares reales: (1) que las personas jurídicas deben obtener y conservar información adecuada, precisa y actual sobre su titularidad real; (2) que deben suministrar esta información a las entidades obligadas, cuando las entidades obligadas estén tomando medidas de diligencia debida con respecto al cliente; y (3) que los Estados miembros deben conservar un registro en el que se incorpore la información sobre la titularidad real.

En estas condiciones la futurible norma con rango legal que establezca la función adicional del Registro Mercantil de publicación de titularidades reales podría ser válida como instrumento para que el Estado pueda cumplir con lo que resulta de la IV Directiva sobre establecimiento de un Registro central de titularidades reales a disposición de los sujetos obligados por la normativa de prevención.

## **8. LA RECIENTE TRANSPOSICIÓN DE LA IV DIRECTIVA POR EL REAL DECRETO-LEY 11/2018, DE 31 DE AGOSTO**

Este Real Decreto-Ley, que ha modificado la Ley 10/2010, se ha dictado con la pretensión expresa de realizar la transposición de la IV Directiva citada.

Sin embargo, la transposición no ha sido completa y, en lo que respecta, al registro de titularidades reales, no ha realizado regulación alguna ni puede considerarse que proporciona la adecuada cobertura a la Orden estudiada en este Informe.

Esta norma de transposición ha establecido en una disposición adicional de la Ley 10/2010 en la que se establece que las *“personas físicas y jurídicas que de forma empresarial o profesional presten todos o alguno de los servicios descritos en el apartado 2.1 o) de esta Ley, deberán, previamente al inicio de sus actividades, inscribirse de forma obligatoria en el Registro Mercantil competente por razón de su domicilio”*.

Solo estas sociedades prestadoras de los servicios profesionales que enumera el artículo 2.1 o), en cuanto sujetos obligados de la Ley 10/2010, están obligadas a inscribirse en el Registro Mercantil como tales empresas prestadoras de este tipo de servicios y, mediante nota marginal a esta ins-

cripción, indicar la titularidad real de las mismas, como resulta del apartado 4 de la citada disposición adicional.

Esta manifestación de titularidad real en el Registro Mercantil que, se insiste, se refiere a un tipo concreto de sociedades que prestan los concretos servicios profesionales que enumera el citado artículo 2.1 o) de la Ley 10/2010, se podrá actualizar al cumplir con la obligación de realizar el depósito de las cuentas anuales al que les obliga también el apartado 7 de esta disposición adicional, de acuerdo con lo dispuesto en la letra f) de este apartado.

Esta concreción de la nueva disposición adicional a los sujetos obligados, sin regulación de un registro central en el Registro Mercantil que recoja con carácter general las titularidades reales de todas las sociedades que acceden al mismo, sean o no sujetos obligados, pone de manifiesto que, por una parte, la transposición realizada no se ha ocupado del mandato establecido en el artículo 30 de la IV Directiva y que, por otra parte, la regulación que ha realizado la Orden Ministerial objeto de este Informe no ha sido amparada por la norma legal de transposición. Es más, el Real Decreto-ley 11/2018 presenta, en realidad, un ámbito de aplicación menos extenso que el de la Orden JUS/319/2018.

La organización del registro de titularidades reales ha quedado, por tanto, pendiente y nada impide que pueda organizarse en torno al Registro Mercantil.

Pero para esto, se insiste de acuerdo con lo expuesto, se hace preciso una norma con rango legal que así lo disponga, establezca el contenido de la información, como ha de acceder al Registro, la función calificadora de los Registradores respecto a la misma y, sobre todo, las condiciones de acceso a dicha información, tanto en lo que respecta a la legitimación como en lo que respecta a la salvaguarda de la protección de datos de carácter personal en equilibrio con los bienes jurídicos de transparencia y prevención del delito.

## 9. CONCLUSIONES

**Primera.**— La Orden JUS/319/2018, de 21 de marzo, “*por la que se aprueban los nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación*”, no es conforme a Derecho por infringir los principios de reserva formal y material de Ley.

**Segunda.**— La transposición de la IV Directiva debe realizarse por medio de una norma estatal con rango de Ley, sin perjuicio de las remisiones que, con observación del principio de reserva de Ley, pueda realizar a normas de rango inferior.

**Tercera.**— La citada Orden no puede ampararse en el efecto directo de las Directivas que solo es invocable por el particular frente al Estado incumplidor de su deber de transposición de las mismas cuando el contenido normativo de la Directiva tenga la precisión suficiente para sustentar una pretensión jurídica o un derecho y esté formulada de manera incondicional.

**Cuarta.**— En ningún caso es posible es que el Estado incumplidor imponga al particular las obligaciones derivadas de una directiva por él mismo no transpuesta.

**Quinta.**— El artículo 30 de la IV Directiva contiene un mandato al Estado para que organice mediante un registro central, que puede ser el Registro Mercantil, el sistema de inscripción de las titularidades reales de las sociedades. Es este un mandato que ha de dar lugar a un resultado consistente en un régimen legal detallado que establezca los mecanismos de inscripción, el contenido de la información sobre titularidad real de acuerdo con la normativa de prevención, el acceso a la información y la protección de los datos así publicados.

**Sexta.**— Este mandato, de acuerdo con lo expuesto en este Informe, se deberá cumplimentar por medio de una norma con rango de Ley.

**Séptima.**— El Real Decreto-Ley 11/2018, de 31 de agosto, no ha dado cumplimiento al citado mandato y solo ha establecido una obligación especial para determinados sujetos obligados de inscribirse como sociedades prestadoras de determinados servicios profesionales establecidos en el artículo 2.1 o) de la Ley 10/2010 y hacer la manifestación de titularidad real en el Registro Mercantil.

**Octava.**— Esta transposición de la IV Directiva no da cobertura suficiente a la Orden objeto de este Informe que, en la medida que impone una obligación general de manifestar la titularidad real de las sociedades que depositan sus cuentas en el Registro Mercantil al realizar tal depósito, no es conforme a Derecho.



# La incidencia del sistema de acumulación en los derechos de los penados

(Informe 3/2018)

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REGULACIÓN MATERIAL DE LA ACUMULACIÓN JURÍDICA DE LAS PENAS: ARTÍCULO 76 DEL CÓDIGO PENAL. DUDAS INTERPRETATIVAS Y EXÉGESIS JURISPRUDENCIAL. 2.1. ¿Qué penas pueden acumularse? 2.2. ¿Por qué hechos? 2.3. ¿Penas impuestas en qué sentencias? 2.4. ¿Cómo se calculan los límites de cumplimiento efectivo? 3. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO PARA ACORDAR LA ACUMULACIÓN JURÍDICA: LOS PROBLEMAS DE CARÁCTER PROCESAL. 4. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

El instituto de la acumulación jurídica previsto en el artículo 76 del Código Penal permite la aplicación de límites máximos al cumplimiento sucesivo de las penas a las que haya sido condenado un mismo sujeto por la comisión de varios hechos delictivos distintos dentro de un determinado lapso temporal<sup>1</sup>.

De acuerdo con el sistema del concurso real establecido en nuestro Código Penal, el responsable de dos o más delitos o faltas debe cumplir simultáneamente todas las penas que por dichas infracciones se le impongan, siempre que ello fuera posible en atención a la naturaleza y efectos de tales penas (artículo 73), procediéndose, en otro caso, a su cumplimiento sucesivo, siguiendo el orden de su respectiva gravedad (artículo 75). Este cumplimiento sucesivo está sujeto, sin embargo, a un límite relativo y otro absoluto, ambos establecidos en el artículo 76 del Código Penal, de modo que el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple de la más grave de las penas en que haya incurrido, y ese máximo, en todo caso, no podrá superar como regla general los

---

<sup>1</sup> Aunque en ocasiones ambos términos se utilicen indistintamente por error, no debe confundirse la acumulación jurídica, regulada en el artículo 76 del Código Penal, con la llamada “refundición” de las penas que contempla el artículo 193.2<sup>a</sup> del Reglamento Penitenciario (aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero), simple suma aritmética de las penas de privación de libertad impuestas a una misma persona, que se practica a efectos de la aplicación de la libertad condicional.

20 años o, en algunos casos puntuales, 25, 30 o 40 años. Esa acumulación puede aplicarse tanto si las penas se han impuesto en un mismo proceso como en procesos distintos, siempre que, en este último caso, lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar. En este caso de penas impuestas en varios procesos, la acumulación se realiza a través del incidente procesal regulado en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo tercer párrafo atribuye al Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia la competencia para, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal.

La aplicación de estos límites tiene consecuencias prácticas de gran importancia, pues la acumulación suele implicar una minoración significativa del tiempo efectivo que el reo pasará en prisión, frente al correspondiente a la simple suma aritmética de las penas a las que ha sido condenado. Sin embargo, dicha aplicación puede resultar en ocasiones una operación compleja y, pese a lo delicado y relevante de la materia, su regulación legal es extraordinariamente escueta; apenas dos artículos breves y no especialmente claros: el artículo 76 del Código Penal y el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En parte por esta razón, el vigente sistema de acumulación jurídica de las penas presenta importantes problemas y defectos de funcionamiento:

- Una parte de esos problemas derivan de las lagunas legales y dudas interpretativas que suscitan las condiciones sustantivas de la acumulación, dudas que ni la abundante labor de complemento desarrollada por la jurisprudencia (incluidos varios Acuerdos de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre esta materia) ni las sucesivas reformas de los dos preceptos citados han conseguido eliminar por completo. En la práctica, subsisten todavía importantes interrogantes sobre qué penas pueden acumularse, en relación con qué hechos e impuestas en qué sentencias.
- Pero otra parte importante de esos defectos de funcionamiento son de naturaleza estrictamente procesal, pues el procedimiento para la acumulación jurídica de penas regulado en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal presenta imperfecciones que con frecuencia desembocan en una indebida prolongación de la privación de libertad de los sujetos afectados. Ese indeseable resultado es consecuencia de ciertas imperfecciones del sistema procesal, pero tam-

bién de la insuficiente información de muchos penados en relación con el sistema de liquidación de penas.

El panorama descrito afecta directamente al ejercicio de la profesión de abogado. Merece por ello la pena detenerse aquí en el análisis de estos dos bloques de problemas de la regulación material y procedimental de la acumulación jurídica, apuntando las opciones interpretativas que parecen posibles a la vista de la Ley y la jurisprudencia y, en su caso, las distintas soluciones que, por vía legislativa o de otro orden, pudieran adoptarse para remediar las deficiencias del vigente sistema de acumulación y los graves efectos que, en perjuicio del derecho constitucional a la libertad personal, producen tales deficiencias.

## **2. LA REGULACIÓN MATERIAL DE LA ACUMULACIÓN JURÍDICA DE LAS PENAS: ARTÍCULO 76 DEL CÓDIGO PENAL. DUDAS INTERPRETATIVAS Y EXÉGESIS JURISPRUDENCIAL**

Al abordar las consecuencias sancionadoras del llamado concurso real de delitos, la legislación penal española aplica el principio de acumulación de las penas: una acumulación estrictamente material, cuando las distintas penas impuestas sean susceptibles de cumplimiento simultáneo (de conformidad con el artículo 73 del Código Penal, *“al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”*); en otro caso, se aplican las reglas de la llamada acumulación jurídica, que supone una ejecución sucesiva de las penas por el orden de su gravedad, si bien con ciertas correcciones. Así, el artículo 75 del Código Penal establece que *“cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible”*, pero esta regla se modula con los límites máximos de cumplimiento que establece el artículo 76:

*“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:*

- a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.*
- b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.*

c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis.

2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar”.

En primer lugar, el artículo 76 contempla un límite de carácter relativo: *“el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo”*.

Este primer límite responde principalmente a motivos de política criminal, ante la necesidad de evitar que una sucesión de delitos menores dé lugar en la práctica al cumplimiento de una condena más larga que la que cabría imponer por un delito de máxima gravedad. Se trata, en definitiva, de evitar que la condena final resulte desproporcionada frente a los hechos.

Pero el fundamento principal del instituto de la acumulación jurídica se encuentra en la finalidad reeducadora y de reinserción social que, de acuerdo con el artículo 25.2 de la Constitución española, tienen las penas privativas de libertad, objetivo que quedaría frustrado si la suma aritmética de las distintas penas a cumplir por el condenado (o el triplo de la más grave) excediese de la duración ordinaria de la vida humana. El artículo 76 añade por ello el límite absoluto, con carácter general, de los 20 años, que excepcionalmente puede elevarse a 25, 30 o 40 años en atención a la mayor o menor gravedad de los delitos concurrentes:

- 25 años: condena por dos o más delitos, uno al menos castigado con prisión de hasta 20 años;
- 30 años, condena por dos o más delitos, uno al menos castigado con prisión superior a 20 años;
- 0 años, condena por dos o más delitos, dos de ellos al menos castigados con prisión superior a 20 años; o condena por dos o más deli-

tos de terrorismo, uno al menos castigado con prisión superior a 20 años<sup>2</sup>.

A estos supuestos se une el contemplado en la letra e), añadido en la modificación del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, como consecuencia de la introducción en nuestro sistema penal de la nueva pena de prisión permanente revisable. El precepto indica que, cuando uno de los delitos por los que haya sido condenado el sujeto esté castigado con esta pena, “*se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis*”, en los que se establecen los requisitos para acceder, respectivamente, al tercer grado y a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable. Parte de estos requisitos consisten en el cumplimiento de un número mínimo de años de condena, por lo que cabe afirmar que, en este caso, dada la particular naturaleza de una de las penas concurrentes, el legislador no establece límites máximos de cumplimiento, sino límites mínimos. Se trata, por tanto, de una excepción al sistema general del artículo 76 CP.

Como ya se indicó, la somera regulación legal contenida en el artículo 76 CP ha sido causa de numerosas dudas interpretativas sobre los requisitos materiales de la acumulación jurídica, algunas de las cuales han obtenido respuesta en vía legislativa o jurisprudencial. Se examinarán a continuación varios de estos interrogantes, en orden a determinar qué penas pueden ser objeto de acumulación jurídica, en relación con qué hechos e imputadas en qué sentencias, así como la forma en que se calcula el máximo de cumplimiento efectivo.

### 2.1. *¿Qué penas pueden acumularse?*

La acumulación jurídica parece lógicamente orientada a aplicarse a las penas privativas de libertad y, en particular, a los supuestos de imposición de varias penas de prisión de la misma o distinta duración, supuesto al que hace referencia el artículo 76.1 del Código Penal. El fundamento constitucional del instituto —orientado a garantizar la finalidad de resocialización y reeducación de este tipo de penas contemplada en el artículo 25 de la Constitución— lleva también naturalmente a pensar que es a ellas a las que el legislador persigue aplicar los límites de cumplimiento derivados de la

---

<sup>2</sup> Este último límite extraordinario de 40 años se introdujo mediante la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

acumulación jurídica. Sin embargo, más allá de esos meros indicios, nada en la redacción del citado artículo 76 del Código Penal ni en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite excluir la aplicación de la acumulación a penas distintas a la de prisión, siempre que las impuestas cumplan el requisito de no poder ejecutarse de forma simultánea.

De acuerdo con este criterio, el Tribunal Supremo viene excluyendo la posibilidad de acumular la pena de multa en cuanto tal *“porque puede ser cumplida de forma simultánea (art. 75) y su impago puede ser sustituido por trabajos en beneficio de la comunidad (art. 53); por tanto, los días de responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa, en tanto que son derivados de ésta, en principio, no pueden incluirse en la acumulación de penas, pues la responsabilidad personal subsidiaria está sujeta a condena expresa ante el impago de la multa impuesta (...), y con esa premisa, deben ser excluidas de toda acumulación aquellas ejecutorias que conlleven únicamente pena de multa no transformada en privación de libertad”* (STS n° 408/2014, de 14 de mayo). Por el contrario, la pena de responsabilidad personal subsidiaria sí puede acumularse con penas de ese mismo tipo o con penas de prisión, siempre que sea determinada a través del instituto de la conversión en caso de impago de multa (STS n° 402/2013, de 13 de mayo). Así lo ha confirmado el reciente Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, fechado el 27 de junio de 2018, sobre *“fijación de criterios en casos de acumulación de condenas”*, al señalar que *“[L]a pena de multa solo se acumula una vez que ha sido transformada en responsabilidad personal subsidiaria. Ello no obsta a la acumulación condicionada cuando sea evidente el impago de la multa”*.

En cuanto a la pena de localización permanente, la jurisprudencia tradicionalmente mantuvo el criterio de que, aun siendo una pena privativa de libertad con arreglo al 35 CP, y por ello acumulable, *“dada su diferente naturaleza y sobre todo, posibilidad de cumplimiento simultáneo (art. 75 CP) sólo debería ser acumulada en su caso, a otras penas de localización permanente y no a las de prisión o de responsabilidad personal subsidiaria por multa convertida”* (STS n° 207/2014, de 11 de marzo). El Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 27 de junio de 2018 parece, sin embargo, introducir en este punto un cambio de postura, al indicar en su punto 8 que *“[L]a pena de localización permanente, como pena privativa de libertad que es, es susceptible de acumulación con cualquier otra pena de esta naturaleza”*. El mismo Acuerdo, en su punto 6, establece que no cabe incluir en la acumulación el periodo de prisión sustituido por expulsión; salvo si la expulsión se frustra y se inicia o continúa a la ejecución de la pena de prisión inicial, que dará lugar a una nueva liquidación.

En fin, la jurisprudencia ha aclarado que son susceptibles de acumulación jurídica tanto las penas aun no cumplidas como las que se encuentran en cumplimiento y las ya cumplidas o definitivamente ejecutadas, pues el incidente de acumulación no puede quedar condicionado al azar de una tramitación procesal más o menos rápida, aspecto ajeno a la conducta del sujeto y del que no debe resultarle perjuicio (STS n° 172/2014, de 5 de marzo, entre otras).

## 2.2. ¿Por qué hechos?

Desde la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la determinación de las condenas susceptibles de acumulación se realiza con el doble criterio de la conexidad procesal (hechos juzgados en un mismo proceso) o, en su defecto, el de una estricta conexidad temporal, en aplicación de lo dispuesto en la nueva redacción del artículo 76.2 CP: *“La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar”*.

De esta forma, el legislador abandona el criterio —plasmado en la anterior redacción del artículo 76 CP— de que los hechos hubieran podido enjuiciarse en un mismo proceso “por su conexión o el momento de su comisión”, mucho más abierto y que dio lugar a no pocas contradicciones e interrogantes<sup>3</sup>. Con todo, el sistema actual de conexión estrictamente temporal también tiene sus fallos, pues igualmente puede generar una cierta expectativa de impunidad en un delincuente que haya alcanzado lo que viene calificándose “patrimonio punitivo”, esto es, la comisión, en un plazo temporal relativamente pequeño, de un número de delitos determinado, de modo que una vez alcanzado ese “patrimonio punitivo”, los delitos que cometa a continuación en ese lapso temporal podrían quedar sin sanción,

---

<sup>3</sup> “... la nota de la conexidad queda reducida exclusivamente a la idea de proximidad temporal o criterio cronológico, es decir, que los diversos hechos delictivos objeto de la posible acumulación de penas, hubiesen podido enjuiciarse en un único proceso, atendiendo al momento de su comisión, aunque de hecho lo hubieran sido en diversos procesos, eliminándose de la idea de conexidad toda analogía, relación o semejanza entre los diversos delitos, estableciéndose como único obstáculo o valladar a la acumulación de penas, tan ampliamente interpretado, que los hechos no hayan sido sentenciados en el momento de la comisión del hecho que da lugar a la última resolución” (STS n° 342/2004, de 12 de marzo).

al practicarse la acumulación de las penas y aplicarse el límite máximo ya correspondiente a los restantes.

La redacción de 2015 invita a tomar como referencia la sentencia más antigua de las que se pretenden acumular (aquella cuyos hechos fueron “enjuiciados en primer lugar”), de modo que podrán acumularse a la pena en ella impuesta todas las condenas correspondientes a hechos cometidos antes de ese primer enjuiciamiento, quedando excluidas las condenas impuestas por hechos de fecha posterior, ya que no hubieran podido ser enjuiciados con los de esa primera sentencia, al no haber acaecido al dictarse la misma. A este respecto, cabe precisar que, aunque el tenor literal del artículo 76 CP, al referirse al “enjuiciamiento” de los hechos correspondientes, pudiera hacer pensar que la fecha que debe tomarse como referencia es la del juicio oral, el Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo aclaró en su Acuerdo de 3 de febrero de 2016 que ha de estarse a la fecha de la sentencia. Asimismo, el Tribunal Supremo ha argumentado que, aunque en algunas resoluciones de ese mismo Tribunal se ha hecho referencia a la fecha de la firmeza de la sentencia en supuestos de acumulación, con ello se vería burlado el requisito de la posibilidad de enjuiciamiento conjunto de los delitos cuyas penas se refunden (en este sentido, STS nº 3313/2002, de 10 de mayo de 2002), y en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª, de 29 de noviembre de 2005, se estableció ya de forma expresa que no es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación.

La acumulación debe hacerse, en todo caso, en beneficio del penado. En consecuencia, podrá haber casos en los que finalmente no se tome como referente la sentencia más antigua de entre las potencialmente acumulables, sino una posterior, en la medida en que esto pueda favorecer a aquél; por ejemplo, porque la inclusión de esa primera sentencia eleve el límite máximo de cumplimiento, con arreglo al artículo 76 CP, por encima de la simple suma aritmética de la duración de las penas impuestas. En tal caso, se excluye la ejecutoria de la primera sentencia de esa acumulación, tomándose como referencia la posterior que beneficie al interesado (STS nº 13/2017, de 19 de enero).

Por otra parte, tal y como ha precisado el Pleno no Jurisdiccional del la Sala 2ª del Tribunal Supremo en su Acuerdo de 3 de febrero de 2016, las condenas cuya acumulación proceda respecto de la sentencia más antigua *“ya no podrán ser objeto de posteriores operaciones de acumulación en relación con las demás sentencias restantes. Sin embargo, si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posterior-*

res, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello”. De esta forma, acordada “la acumulación de las penas de algunas de las sentencias a examen, cabrá formar un nuevo o nuevos grupos con las restantes, actuando de idéntico modo” (STS nº 1893/2015, de 14 de abril). En estos casos, el nuevo grupo se formará partiendo de la siguiente sentencia de fecha más antigua (de entre las no acumuladas en el bloque anterior), y, en todo caso, el límite máximo de 20 años (o superior) fijado por el artículo 76 CP se aplica, evidentemente, para cada uno de los grupos de penas acumuladas (STS nº 579/2006, de 23 de mayo, entre otras).

El reciente Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 27 de junio de 2018 efectúa dos nuevas aclaraciones importantes: por una parte, precisa que cuando la sentencia inicial es absolutoria y la condena se produce ex novo en apelación o casación entonces, solo entonces, esta segunda fecha será la relevante a efectos de acumulación (punto 3); por otra parte, dispone que, en la conciliación de la interpretación favorable del art. 76.2 con el art. 76.1 C.P., cabe elegir la sentencia inicial, base de la acumulación, también la última, siempre que todo el bloque cumpla el requisito cronológico exigido; pero no es dable excluir una condena intermedia del bloque que cumpla el requisito cronológico elegido (punto 4).

Y ¿qué ocurre si, una vez practicada la acumulación, se descubre que existen otras condenas no contempladas en el Auto ya dictado y que podrían acumularse con arreglo al artículo 76.2 CP? Tras algunos titubeos relativos a las exigencias de la cosa juzgada, la jurisprudencia ha confirmado la posibilidad de “reabrir” en estos casos una acumulación ya acordada mediante resolución firme para revisarla a la vista de las nuevas condenas (que, en todo caso, con arreglo al artículo 76.2 CP, deberán referirse a hechos cometidos con anterioridad a la fecha de la primera sentencia)<sup>4</sup>. La nueva acumulación que se opere sólo será procedente cuando, en su conjunto, ésta resulte favorable al reo, dado que la condena posterior no puede perjudicar retroactivamente la acumulación ya realizada (STS 707/2013, de 30 de septiembre). En todo caso, una vez que se entra a revisar una acumulación anterior, la revisión no se limita a las penas efectivamente acumuladas, sino a todas las que fueron objeto de examen en el Auto, aunque entonces su acumulación se considerara improcedente, pues

---

<sup>4</sup> De acuerdo con el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 27 de junio de 2018, antes citado, “[L]as resoluciones sobre acumulación de condena solo serán revisables en caso de una nueva condena (o anterior no tenida en cuenta)” (punto 1).

podrían ser acumulables con la nueva Sentencia (STS nº 207/2014, de 11 de marzo).

En fin, el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 2018 ha precisado igualmente que las condenas con la suspensión de la ejecución reconocida *“deben incluirse en la acumulación si ello favoreciere al condenado y se considerarán las menos graves, para el sucesivo cumplimiento, de modo que resultarán extinguidas cuando se alcance el periodo máximo de cumplimiento”* (punto 5).

### 2.3. *¿Penas impuestas en qué sentencias?*

En cuanto al tipo de sentencias en las que pueden figurar las penas para ser susceptibles de acumulación, el vigente marco legal plantea la duda de si las condenas contenidas en sentencias dictadas por tribunales extranjeros, en particular de otro Estado miembro de la Unión Europea, pueden ser acumuladas con otras impuestas en sentencias de tribunales españoles, cuando reúnan los demás requisitos para ello. La cuestión no tiene una respuesta fácil.

En el año 2008, la Unión Europea adoptó la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal. El artículo 3.1 de esta Decisión Marco da respuesta clara a la cuestión antes planteada:

*“1. Cada Estado miembro garantizará que se tomen en consideración, con motivo de un proceso penal contra una persona, las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros contra la misma persona por hechos diferentes, (...) en la medida en que se tomen en consideración las condenas nacionales anteriores y se atribuyan a aquellas condenas los mismos efectos jurídicos que a las condenas nacionales anteriores, de conformidad con el Derecho nacional.”*

De acuerdo con el principio de reconocimiento mutuo que permite la construcción del Espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, por tanto, la Decisión Marco obliga a los Estados miembros a tener en cuenta, en el proceso penal contra una persona, las sentencias dictadas en otro Estado miembro diferente por las que se haya condenado penalmente a aquélla, de la misma forma que se tengan en cuenta las sentencias nacionales de condena. Y ello, tal y como precisa el apartado 2 del mismo artículo, *“en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena, en particular por lo que respecta a las normas de procedimiento aplicables, incluidas las relativas a la detención provisional, la calificación de la infracción, el tipo y el nivel de la pena impuesta, e incluso las normas que rigen la*

*ejecución de la resolución*”. Parece evidente, por tanto, que la voluntad de la norma europea es exigir a los Estados miembros que, en los supuestos de acumulación de condenas, entre otros, la condena impuesta en otro Estado de la Unión se tenga en cuenta en las mismas condiciones en que lo sería una condena impuesta en España.

La Decisión Marco fue objeto de transposición al ordenamiento jurídico español —con importante retraso— mediante la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea.

De acuerdo con las previsiones de la norma europea, el artículo 14.1 de la citada Ley Orgánica establece que *“las condenas anteriores firmes dictadas en otros Estados miembros contra la misma persona por distintos hechos surtirán, con motivo de un nuevo proceso penal, los mismos efectos jurídicos que hubieran correspondido a tal condena si hubiera sido dictada en España, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:*

*a) Que se hubieran impuesto por hechos que fueran punibles de conformidad con la ley española vigente a la fecha de su comisión.*

*b) Que se haya obtenido información suficiente sobre dichas condenas a través de los instrumentos de asistencia judicial aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales.”*

A continuación, sin embargo, el apartado 2 del artículo 14 introduce varias excepciones a esta regla del reconocimiento mutuo, estableciendo, en particular, que *“no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las condenas firmes dictadas en otros Estados miembros no tendrán ningún efecto, ni tampoco podrán provocar su revocación o revisión: (...) c) Sobre los autos dictados o que deban dictarse, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fijen los límites de cumplimiento de penas entre las que se incluya alguna de las condenas a que se refiere la letra b)”,* letra b) que a su vez hace referencia a *“las sentencias de condena que se impongan en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro”*.

A pesar de la confusa redacción de este precepto legal<sup>5</sup>, un análisis detenido de su contenido permite concluir que no lleva a cabo una transpo-

---

<sup>5</sup> Introducido en la fase de enmiendas en el Senado. El Proyecto de Ley presentado a las Cortes Generales preveía, por el contrario, que las sentencias dictadas con

sición correcta del artículo 3.1 de la Decisión Marco y que contraviene lo establecido en la misma, al excluir de consideración, a efectos de la acumulación jurídica de penas por un tribunal español, las penas impuestas por un tribunal de otro Estado miembro de la Unión Europea, cuando esa sentencia condenatoria extranjera hubiere sido dictada después de la comisión de los hechos penados en España, con cuyas respectivas condenas se pretende acumular. El legislador español exige así a las condenas extranjeras un requisito adicional y más estricto respecto a las impuestas en España, pues no sólo los hechos tendrán que haberse cometido antes de dictarse la primera sentencia condenatoria de todas las contempladas (requisito general del artículo 76 CP), sino que además la sentencia condenatoria extranjera debe haberse dictado antes de la fecha de los hechos cometidos en España.

Es más, junto a esta limitación del artículo 14.2, la disposición adicional única de la Ley Orgánica introduce un límite temporal absoluto, al establecer que *“en ningún caso serán tenidas en cuenta para la aplicación de la presente Ley las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010”* (fecha prevista para la incorporación de la Decisión Marco a los ordenamientos de los Estados miembros)<sup>6</sup>, y ello pese a que la norma europea no incluía ninguna previsión transitoria que permitiera efectuar esa delimitación temporal.

Planteado ante el Tribunal Supremo un primer asunto en el que se suscitó esta cuestión, la Sala Segunda resolvió aplicar estrictamente el tenor de legislación española, alegando que *“la norma interna no reconoce efectos a todas las condenas en el extranjero de manera ilimitada, sin atender a criterios objetivos ni temporales. Sino que, al contrario, limita los supuestos de condenas en el extranjero con efectos en España de dos maneras: atendiendo a criterios objetivos (art. 14.2) así como a un criterio temporal imperativo, referido a las condenas anteriores al 15 de agosto de 2010”*, decidiendo, por tanto, no tener en cuenta, a efectos de la acumulación prevista en el artículo 76 CP y en el artículo 988 LECrim, una sentencia dictada antes de esa fecha por un tribunal de otro Estado europeo (STS nº 874/2014, de 27 de enero de 2015). Prueba de lo controvertido de esta resolución es, sin embargo, el hecho de que

---

anterioridad en otros Estados miembros deberían ser tenidas en cuenta para determinar la pena o el límite máximo de cumplimiento.

<sup>6</sup> Plazo que además fue, como se ha visto, ampliamente incumplido por el legislador español.

seis de los quince magistrados que conformaban la Sala <sup>7</sup> formularan voto particular poniendo de manifiesto que el artículo 14.2.c) de la Ley Orgánica determina la ineficacia práctica de las disposiciones de la Decisión Marco, al reducir el reconocimiento de efectos de las sentencias europeas a supuestos muy limitados.

Pese a lo establecido en esta Sentencia, y al margen de otras consecuencias que esa defectuosa transposición de la Decisión Marco pueda tener para España, cabe concluir aquí que el tenor literal de la Ley Orgánica 7/2014 no debería constituir un obstáculo para la aplicación en España de las previsiones más generosas de la norma europea. Por una parte, en la medida en que el texto de la Ley Orgánica —en particular, su artículo 14.2, de redacción bastante oscura— permita una interpretación conforme a lo previsto en la Decisión Marco, serán las disposiciones de esta última las que deberán aplicarse, en atención al principio de interpretación conforme sentado en la jurisprudencia Pupino<sup>8</sup>. Por otra parte, en los casos en que esa interpretación conforme de la norma española no sea posible por riesgo de incurrir en una interpretación *contra legem*, quedará todavía al interesado la posibilidad de solicitar al juez o tribunal competente el planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE para que se pronuncie sobre esa presunta incompatibilidad de la ley orgánica con la decisión marco. Una solución más adecuada a todos estos conflictos sería, sin embargo, una pronta modificación de la Ley Orgánica para adaptarla al texto de la norma europea y a las exigencias del principio de reconocimiento mutuo en ella plasmadas<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Cándido Conde-Pumpido Touron, Joaquín Giménez García, Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, Luciano Varela Castro, Alberto Jorge Barreiro y Ana María Ferrer García.

<sup>8</sup> STJUE de 16 de junio de 2005, C-105/03. De hecho, durante el periodo en el que España no había procedido aún a la transposición de la Decisión Marco, así lo hizo el propio Tribunal Supremo: STS n° 186/2014, de 13 de marzo: “*Con independencia de que el Estado español, como Estado miembro de la UE, haya sido más o menos diligente en dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 5.1 de la referida Decisión Marco, (...), lo cierto es que en ausencia de normas que regulen expresamente la materia de una forma terminante, la interpretación de las vigentes debería realizarse de la manera más conforme posible con el contenido de una normativa europea, cuya incorporación al ordenamiento interno es una obligación contraída por el Estado español como miembro de la Unión Europea.*”.

<sup>9</sup> La Decisión Marco ha sido nuevamente interpretada por el TJUE en su Sentencia de 21 de septiembre de 2017, *Trayan Beshkov*, C- 171/16. Dando respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial búlgaro, el Tribunal de

#### 2.4. ¿Cómo se calculan los límites de cumplimiento efectivo?

Delimitadas las penas susceptibles de acumulación jurídica, el órgano judicial calculará el tiempo máximo de cumplimiento efectivo aplicable al sujeto afectado, efectuando dos operaciones sucesivas:

- En primer lugar, debe compararse la mera suma aritmética de las penas en que hubiera incurrido el sujeto y que puedan acumularse con el triplo del tiempo de la más grave de ellas: la acumulación procederá cuando el triplo sea inferior a la suma.

Para determinar qué pena de las impuestas es la más grave debe atenderse a su naturaleza<sup>10</sup> y, cuando se trate de la misma pena, a su extensión. El triplo ha de calcularse multiplicando por tres cada unidad de medida temporal<sup>11</sup>.

- A continuación, si la acumulación fuera procedente, deberá compararse ese triplo con los límites máximos absolutos del artículo 76 CP (el general de 20 años y los excepcionales contemplados en las letras a) y d) del mismo precepto, según proceda): el límite máximo de cumplimiento será el más corto de los dos.

Para comparar la suma aritmética de las penas susceptibles de acumulación y el triple de la más grave deberán tomarse las penas específicamente impuestas —integrando ya, por ejemplo, las modificaciones derivadas del grado de realización del delito y de participación en el mismo o las circunstancias agravantes o atenuantes de la responsabilidad criminal, en su caso—, pues el artículo 76.1 habla expresamente del triple del tiempo “*que se imponga*” por la más grave de las penas contempladas, no de las previstas en abstracto para el tipo de delito de que se trate.

---

Justicia insiste en una exégesis estricta de las previsiones de la norma europea aquí comentada, estableciendo, en particular, que a Decisión Marco 2008/675/JAI debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la consideración en un Estado miembro de una resolución condenatoria dictada con anterioridad por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro se supedite a la tramitación de un procedimiento nacional de reconocimiento previo de dicha resolución por parte de los órganos jurisdiccionales competentes del primer Estado miembro.

<sup>10</sup> Con arreglo a este criterio, la jurisprudencia estima más graves las penas privativas de libertad que las privativas de derechos: STS de 15 de abril de 1987, ROJ 10674/1987.

<sup>11</sup> Por ejemplo, el triplo de una pena de 1 año y 5 meses será 3 años y 15 meses, sin que quepa transformar los 15 meses en un año y 3 meses.

Por el contrario, a la hora de determinar si puede aplicarse alguno de los límites absolutos excepcionales de las letras a), b), c) y d) del artículo 76 CP y, en particular, para comprobar a estos efectos si alguno de los delitos concurrentes está castigado con una pena de prisión superior o inferior a 20 años, de acuerdo con lo establecido en el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del TS de 19 de diciembre de 2012 hay que atender a la pena máxima imponible en abstracto, pero teniendo en cuenta si se trató de un delito consumado o de un delito intentado, siendo en este caso la pena a considerar la inferior en grado.

### **3. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO PARA ACORDAR LA ACUMULACIÓN JURÍDICA: LOS PROBLEMAS DE CARÁCTER PROCESAL**

La reforma del artículo 76.2 CP y los abundantes pronunciamientos del Tribunal Supremo han logrado aclarar, por tanto, gran parte de las dudas e interrogantes que tradicionalmente planteaba la regulación material de la acumulación jurídica. Esos interrogantes subsisten, sin embargo, en cuanto afecta al procedimiento para acordar la acumulación, en parte como consecuencia de la oscura redacción del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), cuyo párrafo tercero dispone lo siguiente:

*“Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal. Para ello, el Secretario judicial reclamará la hoja histórico-penal del Registro central de penados y rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias y previo dictamen del Ministerio Fiscal, cuando no sea el solicitante, el Juez o Tribunal dictará auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo de cumplimiento de las mismas. Contra tal auto podrán el Ministerio Fiscal y el condenado interponer recurso de casación por infracción de Ley”.*

El precepto se abre con una referencia a los supuestos de delitos conexos contemplados en el artículo 17 LECrím, lo que genera cierto desconcierto por su falta de coordinación con el nuevo criterio temporal del artículo 76.2 CP. A la vista de esta redacción podría plantearse la duda de si la acumulación continúa subordinada a esos requisitos materiales de conexidad, interpretación que debe excluirse, entendiéndose implícitamente

te derogado este inciso del artículo 988 LECrim por la nueva versión del artículo 76.2 CP.

Aclarado lo anterior, ha de notarse que el artículo atribuye la competencia para acordar la acumulación al *“Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia”*. Corresponde a éste, por tanto, valorar si las distintas penas impuestas a un mismo sujeto presentan el requisito de conexión temporal exigido en el artículo 76.2 CP (penas impuestas *“por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar”*), a efectos de acordar cuáles son acumulables entre sí y, en su caso, cuáles no lo son. La determinación de ese *“Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia”*, sin embargo, no siempre resulta evidente.

En primer lugar, aunque el precepto no lo precise, ha de entenderse que se trata del Juez o Tribunal que dicte la última sentencia *de condena*, pues no tendría mucho sentido obligar a tramitar este incidente a un órgano judicial que haya dictado una sentencia absolutoria.

Es segundo lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª de 27 de marzo de 1998, el Juez o Tribunal que dicte la última sentencia de condena al sujeto en cuestión será competente para acordar lo que proceda respecto a la acumulación entre sí de las penas correspondientes a las causas anteriores, incluyendo aquellas que, atendiendo a las fechas de las sentencias y de realización de los hechos, finalmente no considere acumulables a las condenas emanantes de la causa propia, en la que dictó la sentencia conceptuada como la última atribuible al reo. Puede ocurrir, por tanto, que la condena dictada en último lugar por el Juez o Tribunal que tramita el incidente de acumulación quede finalmente excluida de esta última por no cumplir el requisito del artículo 76 CP.

En su Sentencia nº 98/2012, de 24 de febrero, el Tribunal Supremo explica que las razones que justifican este acuerdo competencial adoptado por el Pleno son esencialmente tres. Primero un razonamiento de derecho positivo, dado el tenor literal del artículo 988 LECrim (que se refiere simplemente a quien dicte la última sentencia, y no la última sentencia acumulable). Segundo, por razones constitucionales, *“con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva de los penados, pues en una materia tan sensible para el derecho fundamental a la libertad como es la determinación del límite de cumplimiento de las penas de prisión, no puede desampararse a aquellos internos que se han dirigido para la determinación de dicho límite al Juez o Tribunal al que la Ley atribuye expresamente la competencia por ser el que ha dictado la última resolución condenatoria, con el pretexto de que esa sentencia en concreto no es acumulable (...)”*. Y, tercero,

por razones de seguridad jurídica, *“pues si bien es clara y objetiva, por responder a un factor puramente cronológico, la determinación de cuál es el Juez o Tribunal que ha dictado la última sentencia condenatoria, no lo es tanto si hay que buscar al que ha dictado la última sentencia “acumulable”. Esta última determinación requiere una valoración jurídica susceptible de diversidad de interpretaciones y generadora de inseguridad, lo que se puede evitar acudiendo a un criterio competencial fundado exclusivamente en el elemento temporal”*.

En tercer lugar, la STS n° 913/2013, de 4 de diciembre, ha precisado que el juzgado competente para la acumulación es el que dicta la última sentencia, *“sin tener en cuenta su firmeza”*. No deja de sorprender, sin embargo, que tal decisión se fundamente expresamente en el antes citado Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª, de 29 de noviembre de 2005, que se refiere a la no exigencia del requisito de la firmeza de la sentencia *“para el límite de la acumulación”*, no respecto a la que sirve como criterio para determinar la competencia para la práctica de la acumulación.

Por lo demás, la determinación del *“Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia”* se hará con independencia del rango jerárquico de los distintos órganos judiciales concurrentes: así, practicará la acumulación un Juez de lo Penal si ha dictado la última sentencia, aunque las restantes acumulables se hayan dictado por Audiencias Provinciales (STS n° 2818/1995, de 18 de mayo). Mayores dudas ha planteado, por el contrario, la eventual competencia para acumular de los Juzgados de Instrucción. Con arreglo al artículo 801 LECrim, éstos pueden dictar sentencias de conformidad en determinados casos, cuando actúan como juzgados de guardia, disponiendo el apartado 4 del precepto que, dictada tal sentencia, *“el Juez de guardia acordará lo procedente sobre la puesta en libertad o el ingreso en prisión del condenado y realizará los requerimientos que de ella se deriven, remitiendo el Secretario judicial seguidamente las actuaciones junto con la sentencia redactada al Juzgado de lo Penal que corresponda, que continuará su ejecución”*. A la vista de esta previsión, algunas resoluciones judiciales consideran que el juzgado de instrucción puede también en estos casos, cuando dicte la última sentencia, practicar la acumulación, mientras que otras consideran que esa competencia corresponderá al órgano judicial que se encargue de la ejecución. El Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 27 de junio de 2018 ha tratado de eliminar toda incertidumbre en relación con esta cuestión, al señalar que *“[L]a competencia para el incidente de acumulación, la otorga la norma al Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia; sin excepción alguna, por tanto, aunque fuere Juez de Instrucción (salvo en el caso del art. 801 LECr), aunque la pena que se imponga no sea susceptible de acumulación e incluso cuando no fuere privativa de libertad.”*

Por otra parte, ha de señalarse la particular posición de los Juzgados de Ejecutorias o de Ejecución Penal, que, por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, asumen con carácter exclusivo la ejecución de las condenas dictadas por los Juzgados de lo Penal en la circunscripción correspondiente. En la práctica, esa competencia comprende la tramitación del incidente de acumulación del artículo 988 LECrim, cuando la sentencia del Juzgado de lo Penal correspondiente fuese la última, configurándose así la intervención de los Juzgados de Ejecución en estos casos como una excepción no escrita a la regla de la competencia del *“Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia”*.

Pero la principal duda que suscita la redacción del artículo 988 LECrim radica en si el Juez o Tribunal que dicta la última sentencia tiene la obligación de tramitar de oficio el incidente de acumulación, o si sólo debe hacerlo cuando sea instado al efecto por el condenado o por el Ministerio Fiscal, pues el precepto se refiere a estas tres vías de iniciación del incidente de forma sucesiva (*“de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar...”*). Aunque por el momento no existe al respecto una posición jurisprudencial unánime y definitiva, lo cierto es que, en la práctica, los Jueces y Tribunales parecen inclinarse por la segunda interpretación, considerando que, en tanto el interesado (o, lo que es mucho más raro, el Ministerio Fiscal) no se dirija al Juez o Tribunal de la última sentencia para que proceda a la acumulación, el órgano judicial no está obligado a hacerlo de oficio.

El problema de este modo de proceder es evidente: los condenados a varias penas que no tengan un adecuado asesoramiento jurídico en la fase de ejecución (ya sea mediante su abogado o por los servicios de la prisión) corren el riesgo de que los límites máximos de cumplimiento que permite la acumulación nunca les sean aplicados, permaneciendo privados de libertad durante todo el tiempo correspondiente a la suma aritmética de sus penas o hasta el momento en que descubran la posibilidad de aplicar ese beneficio y lo soliciten al órgano jurisdiccional competente, lo que puede ocurrir cuando ya hayan pasado en prisión más tiempo del que hubieran debido con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 CP. Los retrasos en que con frecuencia incurren los órganos judiciales al tramitar esas solicitudes no hacen sino agravar el problema.

La descrita es una situación que se produce actualmente en España con bastante frecuencia, tal y como ponen de manifiesto las numerosas reclamaciones por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia fundadas en una falta de acumulación a tiempo de las distintas penas im-

puestas a un mismo reo, quien al tener conocimiento de ello solicita al Estado una indemnización por los días que ha pasado, por exceso, indebidamente en prisión.

Se trata de un problema de hondo calado, en la medida en que el procedimiento actualmente previsto en la Ley para la acumulación de las condenas lleva en la práctica a graves y reiteradas vulneraciones del derecho fundamental a la libertad protegido en el artículo 17 de la Constitución española.

El Consejo de Estado se ha hecho cargo de esta situación, que examina con gran detalle en su Moción nº 1/2016, de 10 de noviembre. Dando cuenta de la gran cantidad de casos de ese tipo de encarcelamientos indebidamente prolongados que ha llegado a su conocimiento por la vía de los referidos expedientes de responsabilidad patrimonial —y sin perjuicio de recordar que, lógicamente, el número real de casos será muy superior—, el Alto Órgano Consultivo apunta que su criterio es que la acumulación debe practicarse de oficio por el último Juez o Tribunal sentenciador, invitando al Gobierno a impulsar las reformas tendentes a introducir en el artículo 988 LECrim ésta y otras aclaraciones necesarias para un adecuado funcionamiento del sistema. En particular, dice el Consejo de Estado lo siguiente:

*“el hecho de que este precepto prevea que la aplicación del referido límite máximo puede hacerse ‘de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado’ no significa que la actuación de oficio no sea en ningún caso exigible del Juez o Tribunal. El tenor del artículo 76 del Código Penal (‘el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder (...) la limitación se aplicará’) constituye un primer indicador del carácter imperativo de dicho límite, cuya aplicación claramente se encomienda al órgano judicial en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (‘procederá a fijar el límite del cumplimiento’)”.*

Sin duda, una parte de los casos de falta aplicación de los límites del artículo 76 CP que se presentan en la práctica podría evitarse si se estableciese con claridad la obligación legal del juez o tribunal que dicte la última sentencia de proceder de oficio a valorar la posibilidad de acumulación de las distintas condenas concurrentes, pero tampoco debe subestimarse la dificultad que para el propio órgano judicial puede presentar la tarea de determinar si es o no el último en intervenir en la serie de procesos penales abiertos contra un mismo sujeto. Por ello, y sin perjuicio de lo anterior, el Consejo de Estado apunta también la posibilidad de atribuir la competencia para acumular a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, una solución que, aunque ya se introdujo en un Proyecto de Ley Orgánica tramitado en 1997, no llegó a prosperar, y a la que se han opuesto con firmeza el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado.

Pero, más allá de las eventuales soluciones *de lege ferenda* y de las obligaciones de los órganos judiciales, en último término la causa de este tipo de situaciones radica en la falta de información de muchos penados en relación con un sistema de liquidación de penas de extraordinaria complejidad, circunstancia que conviene abordar desde la perspectiva de la Abogacía.

En particular, los condenados que carecen de recursos para poder costearse asistencia letrada privada, aunque su defensa haya sido asumida durante el proceso penal por un abogado del turno de oficio, pueden verse relativamente desasistidos una vez se haya dictado la sentencia y el auto de liquidación, si éste no contempla la acumulación con otras penas impuestas o si la acumulación practicada incurre en algún error.

La Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, establece que ésta se extiende a todos los trámites e incidencias de una misma instancia, incluida la ejecución, pero precisa a continuación que “*no podrá aplicarse a un proceso distinto*” (artículo 7.1). Partiendo de este último inciso, la jurisprudencia constitucional viene entendiendo que el expediente de acumulación de condenas debe considerarse un proceso completamente distinto al principal y que, por esta razón, no puede entenderse que el abogado y el procurador designados de oficio, que defendieron al condenado en el previo proceso penal, puedan seguir representándole en el relativo a la acumulación sin un nombramiento específico para este procedimiento (SSTC 13/2000, de 17 de enero; y 191/2002, de 28 de octubre). En los casos citados, esta interpretación permitió al Tribunal Constitucional conferir el amparo a sendos recurrentes a los que el juzgado al que habían solicitado la acumulación de condenas no había garantizado una adecuada defensa, al considerar que los mismos letrados y procuradores que intervinieron en el proceso inicial debían ser los que mantenían su asesoramiento técnico y representación en el expediente de acumulación; al no haber un nombramiento específico a tal efecto y no haberse procedido, en su defecto, a la designación de oficio, se entendió vulnerado el derecho a la tutela judicial.

Sin embargo, esta limitación de la extensión temporal de la asistencia jurídica gratuita tiene, en la práctica, el efecto perverso de recortar el asesoramiento jurídico que el penado recibe una vez recaída la sentencia. Si éste conoce su derecho a la aplicación de los límites del artículo 76 o si el juez o tribunal proceden de oficio a la acumulación, el interesado podrá solicitar la designación de un procurador y un abogado de oficio que le

representen y asistan en dicho procedimiento<sup>12</sup>, pero si el órgano judicial se limita a dictar una liquidación de condena o un “mandamiento de penado” a la prisión con una simple suma aritmética de las distintas condenas (o únicamente de la por él impuesta), sin valorar la posibilidad de una acumulación, y el penado desconoce la existencia de la misma, lo normal es que quede desasistido, al no disponer ya de abogado que, con conocimiento de su situación global, le informe de sus derechos al respecto.

Ciertamente, el sistema penitenciario cuenta con algunos mecanismos para paliar este tipo de deficiencias en el asesoramiento jurídico de los presos. Así, debe recordarse que los internos en los centros penitenciarios tienen, entre otros derechos, el de “*recibir información personal y actualizada de su situación procesal y penitenciaria*” (artículo 4.2.k) del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero), información que canaliza el Jurista del Establecimiento Penitenciario, en particular en cuanto afecta a las posibilidades de acumulación de las condenas. Así se establece expresamente en el apartado 3º de la Instrucción 1/2005, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, de 21 de enero de 2005, de actualización de la Instrucción 19/96 relativa a las oficinas de régimen, cumplimiento de condenas y régimen disciplinario: “(...) *Si del estudio de las vicisitudes penales del interno resultan susceptibles de acumulación determinadas condenas, se pondrá en conocimiento del Jurista del Establecimiento Penitenciario a fin de que el mismo, previa comprobación de la situación penal y la posibilidad de acumulación de condenas, informe al interno sobre el procedimiento a seguir*”.

El ordenamiento prevé, por tanto, que los centros penitenciarios cumplan una función capital en la asistencia al penado para el conocimiento y ejercicio de sus derechos, así como una función de apoyo a los jueces y tribunales para el conocimiento completo de la situación penal del sujeto, al remitir la llamada “hoja de cálculo”. Sin embargo, todo ello se demuestra, en la práctica, insuficiente. Por ello, muchos Colegios de Abogados participan en la organización de los llamados Turnos o Servicios de Asistencia y Orientación Jurídico-Penitenciaria, que desarrollan una labor asistencial esencial en la información a los presos de sus derechos en general (entre los que se encuentran los relativos a la aplicación de los límites de cumplimiento máximo de las condenas), cubriendo así las necesidades de asistencia jurídica a las que actualmente no alcanza la labor de los abogados del turno de oficio.

---

<sup>12</sup> Su intervención es, de hecho, obligatoria en el trámite de audiencia con arreglo a la jurisprudencia: STS nº 785/2012, de 12 de octubre.

Estos servicios de asesoramiento se prestan en los centros penitenciarios por profesionales independientes, con el apoyo de los Colegios de Abogados y de diversas instituciones autonómicas o municipales. Sin embargo, la financiación pública de tales servicios no está en la actualidad garantizada ni tiene un carácter estable, al carecer de una cobertura legal general y depender de decisiones políticas. Siguen por ello existiendo al menos 19 centros penitenciarios que no disponen de este tipo de Servicios de Orientación y Asistencia Jurídica Penitenciaria.

Para remediar estos problemas, la Comunidad Autónoma de Aragón ha sido la primera en dar un marco legal a estos servicios, previendo su financiación con cargo a los presupuestos de justicia gratuita en la Ley 9/2017, de 19 de octubre, por la que se regulan los servicios de asesoramiento y orientación jurídicos gratuitos de Aragón. Se trata, según dice su preámbulo, *“de integrar dentro del derecho de asistencia jurídica gratuita una serie de servicios de asesoramiento y orientación jurídicos con el fin de dar un cierto grado de universalidad a la justicia gratuita”*. La prestación de estos servicios se confía a los Colegios de Abogados de Aragón, por ser *“organizaciones profesionales que tienen la capacidad más que probada para llevarlos a cabo, con todas las garantías legales exigibles y bajo el paraguas de la deontología profesional”*. La Ley prevé que *“el Gobierno de Aragón subvencionará con un carácter finalista y con cargo a sus dotaciones presupuestarias la implantación y prestación de los servicios de asesoramiento y orientación jurídicos gratuitos por los Colegios de Abogados de Aragón”*, de modo que *“el importe de dichas subvenciones finalistas se destinará a cubrir tanto las actuaciones profesionales previstas en esta ley por parte de los letrados adscritos a los servicios como el coste que genere a los Colegios de Abogados de Aragón la organización y el funcionamiento operativo de los servicios”* (artículo 6).

Pues bien, la Ley aragonesa prevé, entre otros, un Servicio de Orientación y Asistencia Jurídica Penitenciaria destinado a facilitar *“información, orientación y asistencia jurídica sobre legislación penitenciaria, régimen disciplinario, cumplimiento de penas y medidas judiciales y derechos en general a todos los reclusos que se encuentren internos en los centros penitenciarios situados en Aragón, así como a los menores de edad internados en centros de reforma ubicados en esta Comunidad Autónoma”*; igualmente, *“orientará sobre situaciones de carácter jurídico que pudieran dar lugar a designación de letrado del turno de oficio en los ámbitos civil, laboral y administrativo”* (artículo 12). Este servicio permitirá así a los presos tener un conocimiento preciso de las reglas del artículo 76 CP y de las posibilidades de instar al órgano judicial competente la aplicación de los límites de cumplimiento de las penas previstos en dicho artículo. La tramitación del subsiguiente incidente deberá hacerse, como ya

se indicó, con la intervención preceptiva de letrado del sistema de asistencia jurídica gratuita, con nombramiento *ad hoc*, quedando a partir de ese momento, por tanto excluidos del ámbito de actuación de estos servicios (artículo 4 de la Ley aragonesa), los cuales, no obstante, podrán orientar con carácter previo a esta situación, además de “*facilitar la designación de abogados por el turno de oficio cuando esta no haya sido automática y mejorar la comunicación con los abogados de oficio ya designados cuando esta no hubiera sido posible*” (artículo 12).

Esta ampliación de las prestaciones que se incluyen en el ámbito de la asistencia jurídica gratuita —en todo caso supeditadas al cumplimiento de los requisitos de insuficiencia de recursos que dan acceso al beneficio con carácter general— no puede sino valorarse positivamente, pues sin duda contribuirá a solucionar los problemas de insuficiente información sobre las posibilidades de acumulación de las penas que sufren en la actualidad muchos condenados. Se trata de una iniciativa que va en la línea de la propuesta de extensión de la asistencia jurídica gratuita que viene formulando el Consejo de Estado (en particular, en la citada Moción n° 1/2016).

#### 4. CONCLUSIONES

**Primera.**— Pese a la común creencia, el proceso penal no acaba para el penado con la sentencia de condena. Por ello, el principal objetivo del presente informe es subrayar la importante tarea que a partir de ese momento debe desarrollar el abogado, informando a su cliente sobre las complejas vicisitudes de la liquidación de la pena y, en particular, sobre las posibilidades de aplicación a los condenados a varias penas privativas de libertad de los límites de cumplimiento previstos en el Código Penal.

**Segunda.**— No es ese asesoramiento tarea fácil, pues el vigente sistema de acumulación de condenas presenta en nuestro país problemas y deficiencias que alcanzan tanto a los aspectos sustantivos de la institución como a su aplicación procesal y que en gran medida se deben a una regulación legal escasa y poco clara, que debería ser objeto de reforma en diversos puntos.

**Tercera.**— El mecanismo de la acumulación reviste, en efecto, una gran complejidad, lo que da lugar a frecuentes errores en su aplicación por los órganos judiciales competentes. Pero la principal deficiencia es de carácter estrictamente procesal. La práctica permite constatar numerosos casos en los que el juez o tribunal que dicta la última sentencia (y que es competente, con arreglo al artículo 988 LECrim, para practicar la acumulación)

simplemente no valora la posibilidad de acumular las distintas condenas impuestas al sujeto y la subsiguiente aplicación de los límites del artículo 76 CP, limitándose a dictar un auto de liquidación con una suma aritmética de todas las penas que hayan recaído sobre el mismo.

La casi generalizada tendencia de los órganos judiciales a no decidir de oficio sobre la posibilidad de una acumulación se debe principalmente a la falta de claridad del artículo 988 LECrim sobre el carácter preceptivo de esa intervención de oficio y a la fuerte carga de trabajo a que se ve sometida la jurisdicción penal. La reforma del citado precepto legal parece, por tanto, indispensable para garantizar un adecuado cumplimiento de las obligaciones de los jueces y tribunales, sin que quepa, no obstante, excluir otras posibilidades de reatribución de competencias dentro del sistema judicial.

La situación que se acaba de constatar lleva de nuevo a recordar la indispensable labor de asesoramiento que, en el actual estado de cosas, corresponde al abogado del penado durante esta fase de ejecución, pues, en la mayor parte de los supuestos, habrá de ser aquél quien examine si su cliente puede beneficiarse de la aplicación de las reglas de acumulación del artículo 76 CP y la solicite al órgano judicial competente.

**Cuarta.**— En la práctica, sin embargo, se constata un nivel muy deficiente de información de los presos en relación con las posibilidades de acumulación de las condenas. Aquéllos que carecen de asesoramiento privado no siempre son debidamente informados por los servicios jurídicos de la prisión, lo que, unido a la finalización del mandato del abogado de oficio que haya asumido su defensa en el proceso penal, hace que no soliciten, por desconocimiento, la acumulación de las penas. La resistencia a actuar de oficio de los órganos judiciales hace el resto, creando lamentables situaciones de permanencia en prisión días, meses o incluso años más allá de lo que la Ley impone.

En la medida en que la jurisprudencia viene manteniendo que el incidente de acumulación es un proceso distinto al que no puede extenderse, sin más, el nombramiento del abogado de oficio que intervino en el previo proceso principal, y que los servicios de asesoramiento de las prisiones parecen presentar notables insuficiencias, sería conveniente una extensión general de los servicios de asistencia jurídica gratuita colegiales a la fase de ejecución de la pena y, en general, al asesoramiento a los reclusos en los establecimientos penitenciarios en relación con sus derechos, en orden a evitar este tipo de resultados vulneradores del derecho a la libertad individual, al modo de lo acontecido en la Comunidad Autónoma de Aragón.

# 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 **jueces 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



# INFORMES 2017

*Informe 1/2017*

La defensa ante los **Tribunales Supremos franceses**

*Informe 2/2017*

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

*Informe 4/2017*

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

*Informe 5/2017*

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

*Informe 6/2017*

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

*Informe 7/2017*

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 8/2017*

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

¿Cómo se regula el secreto profesional en el nuevo Código Deontológico de la Abogacía? ¿Son aplicables a los Colegios de la Abogacía las normas sobre *compliance*? ¿Cuál es la incidencia del Derecho Digital en los despachos profesionales? ¿Cuál es la regulación en España del secreto profesional de los abogados de empresa? ¿Son los Colegios Profesionales titulares del derecho fundamental al honor? ¿Es conforme a Derecho la obligación de titularidad real con la normativa de prevención del blanqueo de capitales? ¿Cómo se puede conciliar el secreto profesional con el uso de *la nube*? ¿Cuáles son los riesgos cibernéticos a los que se enfrentan los profesionales de la abogacía? ¿Qué funciones tienen los Colegios de la Abogacía en los honorarios profesionales?

La Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española ofrece -en esta octava edición de sus Informes- respuestas fundamentadas en la normativa y jurisprudencia a los nuevos retos que tienen los profesionales de la abogacía y sus Colegios en su actuación diaria, muchos de ellos abordados en el XII Congreso Nacional de la Abogacía celebrado en Valladolid. Con la finalidad de responder a las cuestiones legales que la sociedad demanda y estar a la vanguardia del análisis jurídico en España, se constituyó la Comisión Jurídica de la Abogacía con unos autores que elaboran los informes ajenos a intereses corporativos y con total autonomía e independencia.

Todos los informes están disponibles en la web [www.abogacia.es](http://www.abogacia.es)



## COMISIÓN JURÍDICA DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

José M <sup>a</sup> Ayala Muñoz	Manuel Pacheco Manchado
Lucas Blanque Rey	José Luis Palma Fernández
María Burzaco Samper	Francisco Pérez Bes
Rosa Collado Martínez	José Luis Piñar Mañas
Carlos Gallego Huéscar	Jesús Remón Peñalver
Tomás González Cueto	Beatriz Rodríguez Villar
Isabel Gozalo Hernando	Ana Santamaría Dacal
Pablo Mayor Menéndez	Eduardo Torres-Dulce Lifante
Elisa de la Nuez Sánchez-Cascado	Jorge Villarino Marzo



**tirant**  
lo blanch