

# INFORMES 2014

## Comisión Jurídica

### Consejo General de la Abogacía Española

## Índice

Prólogo .....	9
La nueva Ley Orgánica de Protección de la <b>Seguridad Ciudadana</b> (Informe 12/2014) .....	11
Las <b>obligaciones de transparencia</b> 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 2/2014) .....	71
El acuerdo extrajudicial de pagos y la <b>mediación concursal</b> (Informe 6/2014) .....	99
Los Colegios de Abogados ante el <b>concurso de acreedores de los despachos de</b> abogados (Informe 1/2014) .....	119
Los Colegios de Abogados ante el <b>fallecimiento sin sustitución</b> de uno de sus colegiados (Informe 8/2014) .....	135
Propuesta de anteproyecto de Ley de Eficiencia de la <b>Jurisdicción Contencioso-</b> <b>administrativa</b> , en lo referente a la resolución de los recursos administrativos ordinarios (Informe 11/2014) .....	149
La obligación de los Colegios Profesionales y los Consejos de Colegios de disponer de una <b>sede electrónica y/o ventanilla única</b> (Informe 4/2014) .....	185
Deber de los Colegios de Abogados de emitir informe a solicitud del órgano judicial en los procesos en que se reclamen <b>honorarios profesionales</b> (Informe 3/2014) .....	213
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 <b>informes sobre costas y jura de cuentas</b> (Informe 5/2014) .....	229
Limitación de la <b>cuota ordinaria colegial</b> 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 9/2014) .....	263

Funciones que se atribuyen a los Colegios Profesionales y Consejos de Colegios en el anteproyecto de <b>Ley de Servicios y Colegios Profesionales</b> (Informe 10/2014) .....	283
El alcance y naturaleza de las <b>agrupaciones colegiales de abogados</b> (Informe 7/2014) .....	313
INFORMES 2011 .....	329
INFORMES 2012 .....	331
INFORMES 2013 .....	333

# Prólogo

## Una pausa para la reflexión jurídica

CARLOS CARNICER

*Presidente del Consejo General de la Abogacía Española*

Nuestra vida, la profesional y la personal, transcurre a una gran velocidad. A veces eso nos impide una cierta pausa para la reflexión. Este libro que recoge los Informes elaborados por la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española, el cuarto ya, quiere ser exactamente eso, una reflexión pausada sobre alguno de los problemas que nos afectan a los abogados, a los Colegios y a la Justicia.

Creamos la Comisión para que el Consejo diera una respuesta jurídica autorizada a algunos de estos problemas que son también de los ciudadanos y del país. Ya he escrito y manifestado en repetidas ocasiones que el Consejo y los Colegios de Abogados deben estar a la cabeza del análisis jurídico en España y que es un deber consustancial a su existencia la formulación de propuestas y respuestas a las cuestiones esenciales para el Estado, pero también para la vida diaria de los españoles. Poco a poco lo vamos consiguiendo.

Los miembros de la Comisión —cuyos nombres aparecen en el libro— son abogados de probada capacidad y profesionalidad que gozan de independencia con respecto al Consejo. Actúan y forman la voluntad de la Comisión con absoluta libertad, guiados tan sólo por sus conocimientos, su estudio exhaustivo de las materias y su criterio jurídico. A todos los autores quiero agradecerles su trabajo y esfuerzo en favor de nuestra profesión.

El libro de 2014 recoge Informes emitidos sobre materias diversas, aunque es justo reconocer que probablemente sea el más dedicado a cuestiones estrictamente corporativas de todos los publicados hasta ahora. La existencia de sucesivos Anteproyectos de Ley de Servicios y Colegios Profesionales, que contenían la norma esencial para las corporaciones profesionales, exigía prestar una atención muy especial a su contenido y tratar de anticipar ciertas consecuencias decisivas para las organizaciones colegiales de la Abogacía e incluso para el ejercicio mismo de la profesión de abogado, que siempre hemos definido y defendido como profesión unitaria.

No obstante, el libro también se ocupa del análisis de la actuación de los abogados, con énfasis en las crisis empresariales de los bufetes —de triste actualidad en tiempos recientes como consecuencia de la larga e intensa crisis económica— y en la mediación como medio alternativo de resolución de controversias que goza de un interés extraordinario en estos últimos tiempos.

De igual modo, el libro analiza algunos problemas asociados a las reformas procesales, así como una materia tan polémica y sensible como es la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, a cuyo contenido debe permanecerse siempre atento para evitar que puedan lesionarse derechos de los ciudadanos.

La actividad de la Comisión Jurídica, lejos de estancarse o disminuir, aumenta cada día. El análisis de las numerosas reformas legislativas que afectan a los abogados es una labor que debe intensificarse. Se trata de dar respuestas fundadas a quienes han de aplicarlas. Ya sabemos que España es un país de excesiva motorización legislativa, en el que los responsables políticos siempre han creído en el poder curativo de la aprobación de nuevas normas para los males sociales, sin pararse a pensar que tal vez es mejor y más útil dejar que las normas se asienten y operen sobre la realidad social poco a poco, de tal forma que los Tribunales puedan llegar a dominarlas para ajustar su interpretación no sólo a las palabras de la Ley, sino precisamente a esa realidad social.

Les animo a leer el libro y el próximo año espero tener la oportunidad de presentar uno nuevo, con el análisis de nuevas materias, algunas de actualidad fugaz, pero la mayoría de permanente actualidad.

# La nueva Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana

*(Informe 12/2014)*

## 1. EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA: LOS CAMBIOS, LAS NECESIDADES Y LOS FINES

Este informe, que se emite a petición del Consejo General de la Abogacía Española, ha de responder a las repercusiones que en la tarea de esta institución y de todos los Abogados a los que representa puede suponer la que previsiblemente será en un cercano futuro la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana.

El Anteproyecto de la norma, que sustituirá y derogará a la muy conocida y aplicada Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, fue sido publicado en la red y superó, con desigual éxito, algunas fases de la tramitación. La Fiscalía General del Estado presentó el informe del Consejo Fiscal<sup>1</sup> sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana el 22 de enero de 2014 y el Consejo General de Poder Judicial elaboró el aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial<sup>2</sup> en su reunión del 27 de marzo del 2014. A este último, aprobado por unanimidad, se suman dos votos particulares sobre aspectos concretos de la norma sometida a consulta. Fue sometido, tras adoptar muchas de las sugerencias y consideraciones emitidas en la tramitación, al Consejo de Estado, que aprobó en la Comisión Permanente del Dictamen 557/2014, de 26 de junio de 2014, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana.

Son muchas las materias que podrían abarcar este informe y muchas las reflexiones que pueden merecer algunos aspectos de la norma proyectada. Sin embargo no todos ellos revisten para la Abogacía el mismo interés: la ex-

---

<sup>1</sup> [http://www.fiscal.es/El-Ministerio-Fiscal/Organizaci%C3%B3n-del-Ministerio-Fiscal/El-Consejo-Fiscal.html?c=Page&cid=1240559967925&pageid=1240559967454&pagen\\_ame=PFiscal%2FPage%2FFGE\\_buscadorArchivoDocument&vest=1240559967454](http://www.fiscal.es/El-Ministerio-Fiscal/Organizaci%C3%B3n-del-Ministerio-Fiscal/El-Consejo-Fiscal.html?c=Page&cid=1240559967925&pageid=1240559967454&pagen_ame=PFiscal%2FPage%2FFGE_buscadorArchivoDocument&vest=1240559967454)

<sup>2</sup> [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial/Consejo\\_General\\_del\\_Poder\\_Judicial/Actividad\\_del\\_CGPJ/Informes/Informe\\_al\\_Anteproyecto\\_de\\_Ley\\_Organica\\_de\\_Proteccion\\_de\\_la\\_Seguridad\\_Ciudadana](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_de_Proteccion_de_la_Seguridad_Ciudadana)

pedición del pasaporte no tiene la trascendencia que puede tener la nueva regulación de las detenciones a los efectos de identificación, por poner un ejemplo. Del mismo modo se ha de tener en cuenta que tampoco se pretende formular una tesis sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana o seguridad pública. Sobre el tema hay muchos estudios y muy buenos<sup>3</sup>.

En atención a esta delimitación de la materia se han agrupado las consideraciones en función a los fines del Proyecto de la Ley Orgánica<sup>4</sup> ya que en un novedoso artículo la norma resume toda la concepción que subyace en el texto. Estos fines tratan de responder a las que se perciben como nuevas necesidades, de las que se da cuenta en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica encabezada por esta tajante afirmación:

*“La seguridad ciudadana constituye un requisito indispensable del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas. Sin una garantía real de aquélla, estos quedarían reducidos a una mera declaración formal carente en muchos casos de eficacia jurídica. En este sentido, la seguridad ciudadana se configura como uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho”.*

---

<sup>3</sup> Excede de los límites de este estudio una cita exhaustiva de la amplísima bibliografía en la materia, de modo que valga la de algunos trabajos destacados, con excusa del resto. Los estudios clásicos de García de Enterría, Eduardo, *Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario*, REDA número 5, Madrid, 1974, Fernández Rodríguez, Tomas Ramón, *Las medidas de policía: su exteriorización e impugnación*, RAP número 61, Madrid, 1970, Nieto, Alejandro, *Algunas precisiones sobre el concepto de policía*, RAP número 81, Madrid, 1976, págs. 35 y ss., y Carro Fernández Valmayor, José Luis, *Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública*, Revista Vasca de Administración Pública, número 27, 1990, no han perdido vigencia. Se suman después López Nieto y Mallo, Francisco, *Seguridad ciudadana y orden público*, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1992, Barcelona Llop, Javier, *Policía y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1997, y Villagómez Cebrián, Alfonso, *Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana*, Ara Solis, Santiago de Compostela, 1997. Sobre el concepto de policía en la acción administrativa es ineludible la cita de Blanquer, David, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. Los trabajos parlamentarios sobre la Ley Orgánica sobre protección de la seguridad ciudadana fueron recopilados por Sala Arquer, José Manuel, en *Ley Orgánica sobre protección de la seguridad ciudadana. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1996 y una visión crítica de esta norma se encuentra en *Seguridad ciudadana, Materiales de reflexión crítica contra la Ley Corcuera*, Trotta, Madrid, 1993. Desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial reviste el mayor interés Torre de Silva y López de Letona, Víctor, *Responsabilidad patrimonial de la administración en materia de seguridad ciudadana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

<sup>4</sup> El texto utilizado en este informe es el publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 25 de julio de 2014.

Estas nuevas necesidades, justificadas por una demanda social<sup>5</sup> a la que se hace reiteradamente referencia, se plasman en el objeto definido por el artículo 1 y los fines fijados en el artículo 3. Esta demanda social, sin embargo, no tiene un reflejo claro en los datos estadísticos<sup>6</sup>. En el último Barómetro publicado por el Centro de Investigaciones Sociológicas, en enero de 2014, las preocupaciones principales de los españoles son el paro (con un total del 78,5%), la corrupción y el fraude (39,5) y los problemas de índole económica (30,5). La inseguridad ciudadana queda muy lejos con un porcentaje del 2,3 del total, que se convierte en 1,5 cuando se pregunta a los ciudadanos si los problemas citados les afectan personalmente<sup>7</sup>.

El Ministerio del Interior hizo pública en su momento una presentación explicativa<sup>8</sup> que justifica la reforma mediante tres criterios:

- Es necesaria, ya que la reforma del Código Penal en curso<sup>9</sup> hace desaparecer las faltas. Algunas conductas quedan convertidas en delitos leves y otras son destipificadas y recogidas como infracciones administrativas en la nueva Ley Orgánica. Se añade que esta modificación es coherente con la consideración del Derecho penal como reservado a las conductas más graves ya que la jurisprudencia reitera que el Derecho penal es la última ratio del Derecho sancionador.
- Es conveniente por dos razones. La primera es la necesaria adaptación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, que han destacado que la intervención administrativa para la protección de la seguridad ciudadana debe estar basada en el principio de proporcionalidad. La segunda se refiere a los cambios sociales y tecnológicos y tiene en cuenta las nuevas posibilidades de las tecnologías de la información y la comprobada aparición de nuevas conductas violentas y antisociales.

---

<sup>5</sup> Una razonada explicación sobre la necesidad de la seguridad ciudadana en el tiempo y la sociedad actual puede encontrarse en Casino Rubio, Miguel, *Seguridad ciudadana y orden público*, en *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia*, Parejo Alfonso, Luciano, director, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 107 y ss.

<sup>6</sup> Botella Corral, Joan y Peres-Neto, Luiz, *La formación de la opinión pública y la formación de discursos sobre la realidad criminal en España*, en García Arán, Mercedes y Botella Corral, Joan, directores, *Malas noticias: medios de comunicación, política criminal y garantías en España*, Tirant Monografías, Valencia 2008, págs. 43 y ss.

<sup>7</sup> [http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1\\_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14036](http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14036)

<sup>8</sup> [www.mpr.gob.es/NR/.../mir\\_anteproyecto\\_ley\\_seg\\_ciudadana.pdf](http://www.mpr.gob.es/NR/.../mir_anteproyecto_ley_seg_ciudadana.pdf)

<sup>9</sup> El Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal fue presentado el 24 de septiembre y calificado el 1 de octubre de 2013.

- Es oportuna, finalmente, ya que el ejercicio del derecho de manifestación se ha ampliado en los dos primeros años de la legislatura y la nueva Ley permitirá garantizar la seguridad ciudadana e impedir la aparición de conductas ilegales, violentas y vandálicas.

No consta entre los documentos accesibles ninguno que se refiera a la justificación de la necesidad de una nueva norma, es decir, los datos que aclaren o expliquen cuáles son las insuficiencias detectadas en la aplicación de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana. Sería no solo deseable sino también obligado<sup>10</sup> ya que la primera justificación para elaborar una nueva Ley Orgánica ha de ser la insuficiencia o inadecuación a la realidad social de la ya vigente y conocida. Como expresó el Dictamen 557/2014, de 26 de junio de 2014, del Consejo de Estado:

*“En cuanto a la exposición de motivos, el Consejo no considera apropiado que el Gobierno —hoy— y el legislador —mañana— justifiquen su obra invocando el transcurso del tiempo habido desde la promulgación de la vigente Ley de Seguridad Ciudadana en 1992. El mero transcurso del tiempo —máxime si solo se trata de 22 años— no basta para inutilizar una ley y urgir su reforma. Así lo avala la experiencia comparada y la propia española. Mantener lo contrario equivale a poner en tela de juicio la utilidad de una Constitución que ya ha servido eficazmente a la convivencia democrática de los españoles durante 38 años. Estima el Consejo que abundan y sobran argumentos para justificar, si es que se considera necesario, la iniciativa legislativa sin recurrir a la supuesta vejez del texto hoy vigente y que, tal vez, hubiera bastado con revisar”.*

Sin embargo no se puede olvidar que una nueva Ley Orgánica es el correlato de las modificaciones que se introducen en el Código Penal, entre las que ha suscitado un gran revuelo la desaparición de la añeja categoría de las faltas. A este respecto es precisa la cita de la memoria del impacto normativo que acompañaba al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal,

---

<sup>10</sup> Así lo prevé el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo. Los problemas de la efectividad y la eficiencia de las normas, enmarcados en la llamada “mejora de la regulación” pueden superarse mediante el uso de una serie de análisis que tienden a garantizar la participación de los ciudadanos, asegurar que la legislación sea clara, comprensible, proporcional a los objetivos perseguidos y ejecutable (factibilidad), comprobar que las normas generan los beneficios prometidos con ocasión de su aprobación y, finalmente, que no se constituyen en una rémora para la libertad de los ciudadanos. Así lo destacó el Consejo de Estado en su Memoria elevada al Gobierno en el año 2011, teniendo en cuenta el Acuerdo del Consejo de la OCDE de 9 de marzo de 1995, por el que se aprobó el documento “*Mise à point et utilisation des listes des critères à prendre en compte pour l’élaboration des réglementations OCDE/GD (93), 181*”.

resumida por el Consejo de Estado en su Dictamen 358/2013, de 27 de junio de 2013, sobre el Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de este modo:

*“La Memoria del análisis de impacto normativo menciona, como motivación de la propuesta, una pluralidad de causas, como son: a) la necesidad de dotar de coherencia al sistema penal con la finalidad de dar una respuesta adecuada a los problemas que plantea la multirreincidencia y la delincuencia grave; b) el incremento de la eficacia en la tramitación de las ejecuciones penales; c) la reducción del número de asuntos de trascendencia menor que absorben gran parte de los medios materiales y personales disponibles; d) el incremento de la eficacia del comiso de los efectos del delito; e) la necesidad de corregir algunas deficiencias detectadas en la aplicación de algunos tipos penales; y f) la transposición de distintas decisiones marco y directivas (que ya han quedado mencionadas)”.*

En un momento posterior se hará referencia a las críticas que ha suscitado este nuevo sistema, que sustituye la tipificación penal de muchos comportamientos por su calificación como infracciones administrativas, cambio de consecuencias no siempre valoradas. Si bien es cierto que el ius puniendi estatal es canalizado de distintos modos en nuestro sistema, los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal y por el ordenamiento sancionador administrativos no son los mismos. La inserción de criterios procedentes del derecho penal en el Proyecto de Ley Orgánica, como los relativos a la proporcionalidad, así lo revela.

Basta por ahora con retener que una de las finalidades de la norma es reducir el número de asuntos con trascendencia penal, es decir, aligerar la carga que pesa sobre los Tribunales del orden jurisdiccional penal para remitir los asuntos a la Administración, siempre diligente cuando se trata de imponer sanciones. Este discurso ya es conocido por los operadores jurídicos y sobre estas razones ya se ha pronunciado el Consejo General de la Abogacía Española. En efecto, la justificación de muchas de las reformas que se han llevado a cabo en el ordenamiento español en los tiempos recientes se encuentra en esta supuesta saturación de los Tribunales interpretada como causa principal del mal funcionamiento de la justicia.

Si se atiende a los datos que proceden de la estadística judicial los asuntos ingresados en el año 2103 en los Tribunales de España son 8.636.016, de los cuales 6.304.949 son penales<sup>11</sup>. Si de veras hubieran ingresado en

---

<sup>11</sup> Los datos han sido tomados de la página 33 del documento “*La Justicia dato a dato: 2013*”, aun cuando no se reflejan todos los que figuran en ella para facilitar la comprensión de la información. Puede encontrarse en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).

la Administración de Justicia más de ocho millones de asuntos las cifras resultarían devastadoras, al igual que la enorme desproporción entre la jurisdicción penal y el resto. Sin embargo, los datos de la estadística judicial han sido puestos en duda por las Universidades, el Consejo General de la Abogacía Española y el propio Congreso de los Diputados que, el 30 de mayo de 2014, ha instado al Consejo General del Poder Judicial, a elaborar una estadística “real” de litigiosidad y medir de nuevo la carga de trabajo de los jueces.

Sea como fuere, este dato ha sido relevante en la tramitación del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y lo está siendo en la tramitación de la Anteproyecto de Ley Orgánica de seguridad ciudadana. Se trata, como se ha expresado de reducir la carga de trabajo en los Tribunales penales para encomendar la sanción de determinadas conductas a la Administración, ya que aún en el caso de que fuera precisa la revisión jurisdiccional de las sanciones lo sería en vía contencioso-administrativa. Así lo señaló el Dictamen del Consejo de Estado 358/2013, de 27 de junio de 2013, sobre el Anteproyecto de Código Penal:

*“Las razones básicas en que se fundamenta esa reforma de calado que la supresión de las faltas entraña, se vinculan por la exposición de motivos y por la Memoria a dos ideas. De un lado, se trata de hacer efectivo el principio de intervención mínima, por entender que “el Derecho penal debe ser reservado para la solución de los conflictos de especial gravedad”. De otro, se persigue el objetivo de “reducir el elevado número de litigiosidad (sic) que recae sobre Juzgados y Tribunales”, por la “notoria desproporción que existe entre los bienes jurídicos que protegen y la inversión en tiempo y medios que requiere su enjuiciamiento”; se trata, en definitiva, de reducir el número de asuntos menores que sobrecargan —de manera injustificada, precisa la Memoria— los Juzgados y Tribunales.*

*(...) En todo caso, sí quiere advertirse que la despenalización de conductas ha de encontrar su fundamento en el principio de intervención mínima del Derecho Penal, más que venir impulsada por un objetivo de agilizar el funcionamiento de la Administración de Justicia. Y ello, no solo por la necesidad de que el Estado dé adecuada respuesta a las conductas que tengan un reproche social digno de sanción penal —en última instancia, como alternativa a la autotutela privada—, sino porque la despenalización de las conductas mediante su remisión a la vía civil o administrativa no supone necesariamente un ahorro de medios, sino un traslado de la carga de un ámbito a otros. Desde esta perspectiva, la visión del legislador —y de los textos que se sometan a su consideración— ha de ser global y no limitada a un determinado sector de la organización del Estado”.*

A este asunto se aludirá también después, aun cuando es procedente señalar que la descarga de la jurisdicción penal produciría, en principio, una sobrecarga en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Alguna otra consideración ha de añadirse en relación con estas nuevas necesidades que avalan la nueva Ley Orgánica. Un elemento necesario de esta evaluación ha de ser el dato de la recaudación: las nuevas infracciones y sus correspondientes sanciones suponen, en hipótesis, un nuevo ingreso para la Administración Pública. La proporcionalidad de las sanciones impuestas en vía administrativa y su ajuste con la conducta que se pretende reprimir, evitar o castigar<sup>12</sup> parece haber sido analizada desde el punto de vista de la legislación vigente y no desde la efectividad real de esta legislación. La inspiración se encuentra en normas especiales que pretenden crear nuevos modelos de conducta, entre las que se encuentran la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco y las muy numerosas leyes de las Comunidades Autónomas dictadas para evitar o disuadir del consumo de alcohol. Las sanciones pecuniarias previstas en la primera llegan a los 90.000 euros y la segunda, por poner un ejemplo, sanciona con hasta 10.000 euros *“la venta o entrega a personas menores de dieciocho años de productos del tabaco o de productos que imiten productos del tabaco e induzcan a fumar, así como de dulces, refrigerios, juguetes y otros objetos que tengan forma de productos del tabaco y puedan resultar atractivos para los menores”*<sup>13</sup>. Con todo, lo más grave no es la cuantía de las sanciones previstas sino su inaplicación: la desproporción es tal que las normas se obedecen pero no se cumplen<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Como hizo constar el Consejo de Estado es su Dictamen 358/2013, de 27 de junio de 2013: *“En relación con esas conductas que se reorientan hacia la sanción administrativa, como también de las que se mantienen en el Código Penal, pueden avanzarse otras observaciones de carácter general (que se concretarán, después, sin ánimo exhaustivo, en algunos apartados del Anteproyecto). De un lado, resulta necesaria una correcta articulación entre las sanciones penales y las administrativas; puede observarse que, en ocasiones, la pena impuesta desde el Código Penal es sensiblemente inferior a la establecida para el mismo tipo de infracción en las leyes administrativas correspondientes (a título ilustrativo, así se observará en los ámbitos de protección de la flora o de tenencia de animales peligrosos). De este modo, la sanción penal —con la preferencia que se le atribuye a este orden— puede llegar a operar, paradójicamente, a favor del infractor, produciéndose el efecto perverso de que la tipificación penal de una conducta implique, en determinados casos, una reducción de la sanción asociada a esa conducta”*.

<sup>13</sup> El juego combinado de los artículos 19 y 20 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, provoca esta consecuencia. Es evidentemente desproporcionada la sanción prevista por la entrega a un menor de unas simple barritas de dulces o chocolates.

<sup>14</sup> Valga como ejemplo el caso que recogen los Dictámenes del Consejo de Estado números 251/2011 y 252/2011, de 17 de marzo de 2011. Durante un partido de fútbol entre

Y una última consideración merecen las nuevas necesidades a las que hace referencia el propio Ministerio del Interior: el ejercicio del derecho de manifestación, que casi parece ser considerado como abusivo, y la constatada aparición de nuevas conductas violentas y antisociales. Hay quien entiende que estos algunos de estos fenómenos como concentraciones en espacios públicos, manifestaciones constantes, “escraches” y marchas tienen su origen en la crisis económica y el deterioro de la imagen de la clase política, pero, sea como fuere, el Proyecto parte de la consideración de que estas nuevas amenazas para la seguridad ciudadana han de ser combatidas con nuevos medios. La Ley trata de configurar un nuevo modelo que se basa en el respeto a las instituciones, modelo que ha de ser compatible con la libertad de expresión, reunión y manifestación, aunque solo sea porque la Constitución configura este y otros derechos fundamentales como fundamentos del orden político y protege su contenido esencial. No constan, sin embargo, en el catálogo de bienes constitucionalmente protegidos la moralidad pública, la tranquilidad social o el respeto a las instituciones a los que se refiere el Anteproyecto de Ley Orgánica.

Por otra parte, esta naturaleza colectiva de las amenazas permite avanzar en una nueva configuración de los principios de responsabilidad y culpabilidad personal que adquieren, en algunos casos, un tinte objetivo. Del derecho sancionador represivo se pasa al derecho preventivo con las consecuencias que luego se expondrán.

Con estos mimbres y límites se abordará el estudio de los preceptos del que ahora es Proyecto de Ley Orgánica, agrupándolos a los efectos meramente expositivos en relación con los fines que el artículo 3 de la propia Ley dice perseguir.

---

dos equipos de escolares en Almogía, Málaga, los padres de los jugadores se insultaron tras un lance del juego. Las consecuencias se limitaron a un arañazo en un hombro y unas palabras gruesas, conductas calificadas como infracciones en la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. La sanción prevista es de 4.000 euros para la esposa y 1.000 para el marido, 5.000 en total. En sendos recursos extraordinarios de revisión el Consejo de Estado estimó que si bien se había aplicado correctamente la norma las sanciones resultan desproporcionadas en atención a la índole de la competición, las instalaciones en que se celebraba y la posible sanción que en la vía penal hubiere recaído, de haberse abierto procedimiento en el caso. El recurso extraordinario de revisión fue desestimado pero se entendió que procedía revocar las resoluciones.

## 2. EL LIBRE EJERCICIO DE DERECHOS Y LIBERTADES: LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN

El Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana describe en su artículo 3 los fines de la nueva norma. No es ajena la Ley a esta moda actual que consiste en incorporar a los textos jurídicos consejos, admoniciones, declaraciones de principios o incluso intenciones del legislador. Sobre este particular ha señalado el Consejo de Estado en el Dictamen tantas veces citado: *“El anteproyecto de Ley incorpora numerosas declaraciones que ni constituyen ni incorporan auténticas normas jurídicas, ignorando que éstas no tienen como finalidad la de instruir, informar o formar. No ignora el Consejo de Estado que son numerosas las disposiciones legales que ahora participan de esta configuración, pero ello no debe llevar a dejar de llamar la atención sobre este hecho. El lenguaje jurídico debe huir del estilo suasorio (lex iubet, non suadet), del estilo de la convicción y didáctico (lex iubet, non docet), y, en fin, del estilo descriptivo”*. En todo caso, valga el precepto para encontrar un hilo conductor que agrupe, siquiera a estos limitados efectos, el variado contenido del Proyecto de Ley.

La primera de las finalidades contempladas en la Ley afecta al libre ejercicio de los derechos y libertades y pueden ser encuadradas en este apartado las nuevas previsiones sobre el derecho de reunión y manifestación. No se olvide que el prelegislador hizo constar que una de las justificaciones de la Ley se encontraba precisamente en limitar el uso indebido o el abuso del este derecho. La expresión de esta finalidad del Proyecto de Ley Orgánica se encuentra en el artículo 3. a) en estos términos:

*“Artículo 3. Fines.*

*Constituyen los fines de esta ley y de la acción de los poderes públicos en su ámbito de aplicación:*

*a) La protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas y los demás derechos reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico ( )”.*

*Los derechos de reunión y manifestación se recogen en la Constitución española de este modo:*

*“Artículo 21*

*1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.*

*2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”.*

Y se desarrollan por la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión<sup>15</sup>, que se completa con la tipificación de algunos aspectos en el Código Penal, como corresponde a su naturaleza de última ratio. Téngase en cuenta, por tanto, que sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio del derecho de reunión y manifestación.

Tres son los aspectos a los que se habrá de prestar atención en la nueva regulación: la posibilidad de configurar una infracción sobre el concepto de “riesgo” de que se produzcan alteraciones de la seguridad ciudadana<sup>16</sup>, las nuevas infracciones y, finalmente, la configuración de un modelo de responsabilidad cuasi objetiva en la materia, que afecta a las personas físicas o jurídicas convocantes de reuniones y manifestaciones y llegaba, en el Anteproyecto, hasta aquellos de quienes “*pueda determinarse razonablemente que son directores o inspiradores de aquéllas*”. Es preciso destacar, en todo caso, que el texto ha sufrido muy significativos cambios a lo largo de la tramitación, recogiendo y aceptando sugerencias formuladas por los distintos órganos que participaron en sus distintas fases.

- El riesgo de alteraciones de la seguridad ciudadana como fundamento del régimen de infracciones y sanciones.

En las primeras versiones del Anteproyecto de Ley Orgánica se dedicaba especial atención a la disolución de reuniones y manifestaciones que se permitía, según su artículo 22, en situaciones de “*desorden material*”. Este concepto se traduce en aquel que “*impida el normal desarrollo de la convivencia ciudadana por afectar a la integridad física de las personas o a la indemnidad de bienes públicos o privados*”, así como en los supuestos previstos en el artículo

---

<sup>15</sup> La Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, dedica su artículo 5 a los supuestos de disolución o suspensión en estos términos.

“Artículo 5. La autoridad gubernativa suspenderá y, en su caso, procederá a disolver las reuniones y manifestaciones en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se consideren ilícitas de conformidad con las leyes penales.
- b) Cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes.
- c) Cuando se hiciere uso de uniformes paramilitares por los asistentes.

Tales resoluciones se comunicarán previamente a los concurrentes en la forma legalmente prevista”.

<sup>16</sup> Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado en caso de daños sufridos por los ciudadanos derivados de actuaciones policiales en reuniones o manifestaciones véase Torre de Silva y López de Letona, Víctor, *Responsabilidad patrimonial de la administración en materia de seguridad ciudadana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 137 y ss. En general se entiende que quien participa voluntariamente en una manifestación ilegal o violenta se coloca en una situación de riesgo y tiene el deber de soportar los daños sufridos.

5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión, ya citado. Entendía el Anteproyecto que las medidas precisas se adoptarían después de avisar a los asistentes, aviso previo que no era necesario de existir “*riesgo de que se produzcan alteraciones de la seguridad ciudadana con armas, objetos contundentes o con otros medios de acción violenta, o cuando efectivamente se produzcan tales alteraciones*”

Los informes del Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal fueron terminantes con respecto a estas previsiones, entendiendo que el derecho de reunión es el cauce esencial del principio democrático participativo, directamente conectado por el Estado Social y Democrático de Derecho. Los límites al ejercicio de un derecho fundamental solo pueden fundarse en las alteraciones graves de la seguridad ciudadana y no en los riesgos para la seguridad ciudadana.

El texto ha sido sustancialmente modificado y en el último borrador ya no constaba la referencia al riesgo en directa relación con el derecho fundamental de manifestación, como se refleja en el actual artículo 23 del Proyecto<sup>17</sup>. Como se ha expresado, a lo largo de la tramitación la mayor parte de las sugerencias emitidas por los órganos competentes han sido acogidas.

---

<sup>17</sup> Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana. “Artículo 23. Reuniones y manifestaciones.

1. Las autoridades a las que se refiere esta ley adoptarán las medidas necesarias para proteger la celebración de reuniones y manifestaciones, impidiendo que se perturbe la seguridad ciudadana.

Asimismo, podrán acordar la disolución de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones en los supuestos previstos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

También podrán disolver las concentraciones de vehículos en las vías públicas y retirar aquéllos o cualesquiera otra clase de obstáculos cuando impidieran, pusieran en peligro o dificultaran la circulación por dichas vías.

2. Las medidas de intervención para el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones serán graduales y proporcionadas a las circunstancias. La disolución de reuniones y manifestaciones constituirá el último recurso.

3. Antes de adoptar las medidas a las que se refiere el apartado anterior, las unidades actuantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán avisar de tales medidas a las personas afectadas, pudiendo hacerlo de manera verbal si la urgencia de la situación lo hiciera imprescindible.

En caso de que se produzca una alteración de la seguridad ciudadana con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán disolver la reunión o manifestación o retirar los vehículos y obstáculos sin necesidad de previo aviso”.

Sin embargo, una interpretación integral del Anteproyecto de Ley obliga a prestar atención a los artículos 17<sup>18</sup> y 18<sup>19</sup>, que guardan relación con los derechos de reunión y manifestación en vías o lugares públicos. En efecto, el artículo 17 permite que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad puedan limitar o restringir la circulación y permanencia en vías y lugares públicos tanto en supuestos de alteración de la seguridad ciudadana como en el caso de que *“existan indicios racionales de que pueda producirse dicha alteración”* y el artículo 18 permite las comprobaciones de personas, bienes y vehículos en los lugares públicos que sean necesarias para impedir que se porten o utilicen ilegalmente armas, explosivos, sustancias peligrosas u otros objetos, instrumentos o medios *“que generen un riesgo potencialmente grave para las personas, susceptibles de ser utilizados para la comisión de un delito o alterar la*

---

<sup>18</sup> Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana.

“Artículo 17. Restricción del tránsito y controles en las vías públicas.

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán limitar o restringir la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y establecer zonas de seguridad en supuestos de alteración de la seguridad ciudadana o de la pacífica convivencia, o cuando existan indicios racionales de que pueda producirse dicha alteración, por el tiempo imprescindible para su mantenimiento o restablecimiento. Asimismo podrán ocupar preventivamente los efectos o instrumentos susceptibles de ser utilizados para acciones ilegales, dándoles el destino que legalmente proceda.

2. Para la prevención de delitos de especial gravedad o generadores de alarma social, así como para el descubrimiento y detención de quienes hubieran participado en su comisión y proceder a la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas, se podrán establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, siempre que resulte indispensable proceder a la identificación de personas que se encuentren en ellos, al registro de vehículos o al control superficial de efectos personales”.

<sup>19</sup> Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana.

“Artículo 18. Comprobaciones y registros en lugares públicos.

1. Los agentes de la autoridad podrán practicar las comprobaciones en las personas, bienes y vehículos que sean necesarias para impedir que en las vías, lugares y establecimientos públicos se porten o utilicen ilegalmente armas, explosivos, sustancias peligrosas u otros objetos, instrumentos o medios que generen un riesgo potencialmente grave para las personas, susceptibles de ser utilizados para la comisión de un delito o alterar la seguridad ciudadana, cuando tengan indicios de su eventual presencia en dichos lugares, procediendo, en su caso, a su intervención. A tal fin, los ciudadanos tienen el deber de colaborar y no obstaculizar la labor de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones.

2. Los agentes de la autoridad podrán proceder a la ocupación temporal de cualesquiera objetos, instrumentos o medios de agresión, incluso de las armas que se porten con licencia, permiso o autorización si se estima necesario, con objeto de prevenir la comisión de cualquier delito, o cuando exista peligro para la seguridad de las personas o de los bienes”.

*seguridad ciudadana, cuando tengan indicios de su eventual presencia en dichos lugares, procediendo, en su caso, a su intervención”.*

Se aprecia, por tanto, que la regulación que fue tachada de inconstitucional en cuanto afectaba de forma directa al derecho de reunión ha sido modificada, pero los “indicios” de una alteración del orden público pueden, en la vigente redacción, limitar el ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, especialmente de este último que, por su propia esencia, se ejerce siempre en lugar público.

- Las nuevas infracciones.

Un segundo aspecto de esta nueva regulación merece ser destacado en cuanto se produce un notable incremento de los tipos relacionados con el derecho de reunión y manifestación: el régimen de infracciones y sanciones en la materia. Estas son las normas que al tema dedica el Proyecto:

#### Proyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana.

*“Artículo 35. Infracciones muy graves.*

*Son infracciones muy graves:*

*1. Las reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones, así como la intrusión en los recintos de éstas, incluyendo su sobrevuelo y la interferencia ilícita u obstrucción en su funcionamiento, cuando se haya generado un riesgo para las personas o un perjuicio en dicho funcionamiento.*

*En el caso de las reuniones y manifestaciones serán responsables los organizadores o promotores.*

*(...)*

*3. La celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas quebrantando la prohibición o suspensión ordenada por la autoridad correspondiente por razones de seguridad pública.*

*4. (...).”*

*“Artículo 36. Infracciones graves.*

*1. La perturbación de la seguridad ciudadana en actos públicos, espectáculos deportivos o culturales, solemnidades y oficios religiosos u otras reuniones a las que asistan numerosas personas, cuando no sean constitutivas de delito.*

*2. La perturbación grave de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasión de reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, aunque no estuvieran reunidos, celebradas con inobservancia de los requisitos previstos en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, cuando no sea delito.*

*(...)*

*7. La negativa a la disolución de reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito público ordenada por la autoridad competente cuando concurren los supuestos del artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio.*

*8. La perturbación del desarrollo de una reunión o manifestación lícita, cuando no constituya delito.*

*(...)*

24. *La obstaculización de la vía pública con mobiliario urbano, vehículos, contenedores, neumáticos u otros objetos que ocasionen una perturbación grave de la seguridad ciudadana.*

(...)"

*"Artículo 37. Infracciones leves.*

*Son infracciones leves:*

1. *La celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones, incumpliendo lo preceptuado en los artículos 4.2, 8, 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, cuya responsabilidad corresponderá a los organizadores o promotores.*

(...)

3. *El incumplimiento de las restricciones de circulación peatonal o itinerario con ocasión de un acto público, reunión o manifestación, cuando provoquen alteraciones menores en el normal desarrollo de los mismos.*

4. *Las injurias o faltas de respeto y consideración que se realicen en una reunión o concentración cuyo destinatario sea un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, cuando estas conductas no sean constitutivas de delito.*

(...)

16. *La remoción de vallas, encintados u otros elementos fijos o móviles colocados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para delimitar perímetros de seguridad, aun con carácter preventivo".*

El Proyecto tipifica nuevas infracciones relacionadas con los derechos de reunión y manifestación, algunas de ellas relacionadas con el tiempo en el que se celebra la reunión o manifestación<sup>20</sup> y otras con el lugar. Este es el caso de los tipos que se referían a las reuniones y manifestaciones en los lugares (o sus inmediaciones) que tengan la consideración de infraestructuras críticas conforme a la Ley 8/2011, de 28 de abril. La vinculación de las infracciones con la protección de las infraestructuras descritas en la Ley 8/2011, de 28 de abril se justifica en cuanto las reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas llevan aparejado un riesgo para las personas o un perjuicio para su funcionamiento. Sin embargo, como hizo notar el Consejo de Estado no puede configurarse una infracción en relación con estas infraestructuras ya que el catálogo de estas instalaciones es secreto. Así se expresa el Dictamen 557/2014, de 26 de junio de 2014, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana:

*"Por otra parte, tanto el artículo 26 como los artículos 35.1 y 36.9 del texto consultado hacen referencia a tales infraestructuras críticas como elementos configura-*

---

<sup>20</sup> Los preceptos relacionados con las reuniones convocadas en campaña electoral han desaparecido en la nueva versión del texto, tras las consideraciones emitidas en los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal.

dores de distintas sanciones. Es el caso, por ejemplo, que califica como falta muy grave la manifestación ante las mismas. Ahora bien, según el artículo 4.3 del Reglamento para su protección, aprobado por Real Decreto 704/2011, de 20 de mayo, el catálogo de dichas estructuras críticas es secreto. Así las cosas, a la luz del artículo 25.1 de la Constitución, se hace imposible determinar su localización como el elemento fundamental para tipificar una falta. La publicidad es inherente a la tipicidad y por tanto a la seguridad jurídica —cuyo principio enuncia imperativamente el artículo 9.3 de la Constitución—, de tal suerte que no puede preverse una infracción sancionable cuando no es posible conocer si se está cometiendo o no. Esta observación tiene carácter de esencial a los efectos del artículo 2.2 párrafo quinto de la Ley Orgánica 3/1980 de 22 de abril de este Consejo de Estado”.

La consideración, que reviste carácter de esencial, ha sido acogida, de modo que el tipo se refiere ahora a las “infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad”, delimitadas en la disposición adicional sexta<sup>21</sup>.

También se vincula con el lugar la infracción prevista en el artículo 36.2 que califica de infracción grave “*La perturbación de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasión de reuniones frente a las sedes del Congreso de los diputados, el Senado y las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas, aunque no estuvieran reunidos ( )*”<sup>22</sup>. Este precepto está relacionado tanto con la finalidad citada en el artículo 3.a como con aquella a que se refiere el artículo 3.b, que afecta a la protección del normal funcionamiento de las instituciones.

Está tipificada, por otra parte, como infracción, la negativa a disolver manifestaciones o reuniones si así ha sido ordenado por la autoridad competente, infracción grave según el artículo 36.7 que sigue la línea marcada por la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, y, por supuesto, la celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones incumpliendo lo preceptuado en la Ley Orgánica 9/1983 de 15 de julio.

---

<sup>21</sup> Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana. “Disposición adicional sexta. Infraestructuras e instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad. A los efectos de lo dispuesto en los artículos 35.1 y 36.9, se entenderá por infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad: a) Centrales nucleares, petroquímicas, refinerías y depósitos de combustible. b) Puertos, aeropuertos y demás infraestructuras de transporte. c) Servicios de suministro y distribución de agua, gas y electricidad”.

<sup>22</sup> El Consejo General del Poder Judicial consideró que este tipo es excesivamente abierto y no se adecuaba a las exigencias del principio de legalidad.

- ***Las sanciones y la responsabilidad de los organizadores y promotores.***

Sin embargo a lo largo de la tramitación el aspecto más espinoso afectaba a la novedosa creación un supuesto de responsabilidad personal de los “inspiradores” de reuniones y manifestaciones. En efecto, el artículo 30 del Anteproyecto de Ley Orgánica describía a los sujetos responsables, dentro del capítulo dedicado al régimen sancionador y disponía:

*Artículo 30. Sujetos responsables.*

*1. La responsabilidad por las infracciones cometidas recaerá directamente en el autor del hecho en que consista la infracción.*

*2. Estarán exentos de responsabilidad por las infracciones cometidas: ( )*

*3. A los efectos de esta ley se considerarán organizadores o promotores de las reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones las personas físicas o jurídicas que hayan suscrito la preceptiva comunicación. Asimismo, aun no habiendo suscrito o presentado la comunicación, también se considerarán organizadores o promotores quienes de hecho las presidan, dirijan o ejerzan actos semejantes, o quienes por publicaciones o declaraciones de convocatoria de las mismas, por las manifestaciones orales o escritas que en ellas se difundan, por los lemas, banderas u otros signos que ostenten o por cualesquiera otros hechos pueda determinarse razonablemente que son directores o inspiradores de aquéllas.*

Así las cosas, las infracciones tipificadas en los artículos 35 a 37 adquirirían un nuevo alcance, ya que se consideraba responsables a los “*organizadores y promotores*”. Y la definición de qué se entiende por éstos alcanzaba incluso a quienes puedan ser considerados “*directores o inspiradores*”.

La primera duda se planteaba en cuanto al ámbito de esta definición del artículo 30, es decir, se trataba de saber si eran responsables, a título de autores, los organizadores y promotores en todos los casos de infracciones relacionadas con las manifestaciones. Si así fuera, el inspirador de una manifestación sería directamente responsable, por poner un ejemplo, de todas las injurias o faltas de respeto y consideración a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad emitidas por un tercero durante una manifestación. En estos términos se expresaban las primeras versiones del Anteproyecto de Ley Orgánica y nada permitía excluir esta interpretación.

En el mejor de los casos y suponiendo que esta responsabilidad solo afectaba a las infracciones tipificadas en los artículos 35.1 (reuniones o manifestaciones en las inmediaciones de las infraestructuras críticas) y 37.1 (reuniones celebradas sin el cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio) lo cierto es que sancionar a título de autor a quien se considere inspirador lesiona los más elementales principios de la culpabilidad. Inspirador de una reunión o manifestación puede ser cualquiera que se exprese a favor o en contra de una idea, una tesis

o una institución, siempre que lo haga mediante manifestaciones orales o escritas. E incluso puede serlo en cuanto las ideas expresadas guarden relación con las banderas, lemas o signos que, con su consentimiento o sin él, se utilicen en las reuniones o manifestaciones.

Probablemente las razones de la configuración de este nuevo tipo de infracciones y sanciones en las que la responsabilidad se extiende a convocantes, directores, asistentes, presidentes, difusores o inspiradores de cualquier tipo de reunión en un lugar público guardan relación con el trasvase de los preceptos penales al campo de las sanciones administrativas. Como ya se ha señalado el principio de culpabilidad del *ius puniendi* no tiene el mismo rigor aplicado al derecho penal y al derecho administrativo, en el que la culpabilidad puede ser apreciada aun a título de simple inobservancia.

En todo caso, y como señaló en su momento el Consejo General del Poder Judicial, este forma de autoría supone una vulneración de los principios de culpabilidad y personalidad de la sanción y “*un indebido traslado de la responsabilidad personal a persona ajena al hecho infractor, al modo de una exigencia de responsabilidad objetiva sin intermediación de dolo o culpa, con infracción de los principios de culpabilidad y de personalidad de la sanción protegidos por el artículo 25.1 CE (SSTC 254/1988, 219/1988, 246/1991, 146/1994 y 36/2000)*”. En el mismo sentido el Consejo General de la Abogacía Española expresó, en trámite de audiencia ante el Consejo de Estado, su preocupación por este aspecto.

A estas consideraciones se ha sumado el Consejo de Estado señalando que:

*“Tras algunos titubeos, la doctrina del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia y los comentaristas rechazan hoy la posibilidad de sancionar penal o administrativamente conductas huérfanas de todo elemento de culpa.*

*Pese a que el apartado 1 hace recaer directamente la responsabilidad sobre el autor del hecho —lo que apunta al autor como ejecutor en sentido estricto—, el apartado 4 considera como tales a los organizadores, promotores e, incluso, inspiradores de las reuniones en la infracción muy grave tipificada en el número 1º de su artículo 35. Sin embargo, estas reuniones o manifestaciones no son en sí mismas constitutivas de la infracción sancionable, sino su organización, promoción o inspiración.*

*Esto suscita dos observaciones. La primera es que deberían unificarse los términos utilizados en ambos preceptos, pudiendo seguirse el ejemplo del Código Penal, que se refiere a “promotores o directores”. En todo caso, habría de suprimir en el artículo 30.3 la inclusión de los “inspiradores” en el artículo 30.3 como palabra de imprecisos contornos y poco acorde con la seguridad jurídica. La inspiración puede ser ajena a la voluntad del inspirador y cae además dentro de los ámbitos protegidos por los artículos 16 y 20 CE”.*

Finalmente el texto ha sido modificado, suprimiendo el concepto de “inspirador”, y en el Proyecto de Ley Orgánica se expresa de este modo:

*“Artículo 30. Sujetos responsables.*

*1. La responsabilidad por las infracciones cometidas recaerá directamente en el autor del hecho en que consista la infracción.*

*2. Estarán exentos de responsabilidad por las infracciones cometidas:*

*(...)*

*3. A los efectos de esta ley se considerarán organizadores o promotores de las reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones las personas físicas o jurídicas que hayan suscrito la preceptiva comunicación. Asimismo, aun no habiendo suscrito o presentado la comunicación, también se considerarán organizadores o promotores quienes de hecho las presidan, dirijan o ejerzan actos semejantes, o quienes por publicaciones o declaraciones de convocatoria de las mismas, por las manifestaciones orales o escritas que en ellas se difundan, por los lemas, banderas u otros signos que ostenten o por cualesquiera otros hechos pueda determinarse razonablemente que son directores de aquellas”.*

Como se aprecia late en el Proyecto de Ley Orgánica una tesis que se resume en los artículos 1 y 3 de la Ley: existe un conflicto entre los “*derechos reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico*” y el “*bien jurídico*” que es la seguridad ciudadana. No es discutible que exista este bien jurídico. Sin duda. Pero este bien jurídico no puede recibir en una ponderación de intereses en conflicto el mismo tratamiento que los derechos fundamentales. Mientras en nuestra Constitución “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás*” sigan siendo los fundamentos del orden político y de la paz social, el resto de los derechos reconocidos y amparados por el ordenamiento o de los bienes públicos no pueden constituirse en límite incondicionado para el ejercicio y disfrute del contenido esencial del derecho de manifestación, reunión y, en su caso, expresión<sup>23</sup>.

### 3. EL RESPETO A LAS INSTITUCIONES

Si en el primer inciso del artículo 3 del Proyecto de Ley se hace referencia a “*los demás derechos reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico*” como límites al libre ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos de reunión y manifestación, en el segundo inciso del mismo

---

<sup>23</sup> Un enfoque no jurídico de la relación entre la seguridad ciudadana y el control social puede encontrarse en VVAA, *Burorepresión: sanción administrativa y control social*, Oliver Olmo, Pedro, coordinador, Bomarzo, Albacete, 2013.

artículo se avanza un paso más para configurar una serie de infracciones y sanciones que tienen por objeto la garantía del respeto a las instituciones. Por una parte, afectan a los símbolos, como es el caso del uso indebido de uniformes. Por otra, afectan a los límites posibles en los derechos a la libertad de expresión y de información.

En todo caso del Proyecto ha desaparecido la infracción que tipificaba las manifestaciones públicas efectuadas a través de cualquier medio de difusión cuya finalidad sean las injurias o calumnias a las instituciones públicas, autoridades, agentes de la autoridad o empleados públicos, cuando no constituyan delito. Esta infracción mereció un juicio negativo del Consejo Fiscal y el Consejo General del Poder Judicial en cuanto suponía una limitación excesiva del derecho a la libertad de expresión e información. El mismo juicio negativo mereció una nueva infracción relacionada con las manifestaciones públicas, escritas o verbales, efectuadas a través de cualquier medio de difusión, así como el uso de banderas, símbolos o emblemas con la finalidad de incitar a comportamientos de alteración de la seguridad ciudadana, violentos, delictivos o que ensalcen o justifiquen el odio, el terrorismo, la xenofobia, el racismo, la violencia contra la mujer, o la discriminación. También ha desaparecido del texto final.

La misma suerte ha corrido la infracción tipificada en el artículo 35.12 del Anteproyecto que se refería a *“Las ofensas o ultrajes a España, a las comunidades autónomas y entidades locales o a sus instituciones, símbolos, himnos o emblemas, efectuadas por cualquier medio, cuando no sean constitutivos de delito”*. La norma sancionadora está incluida en el Código Penal, que tipifica los ultrajes a España y sus instituciones<sup>24</sup>. Como señaló en su informe el Consejo Fiscal, no se comprende con facilidad su vinculación con la seguridad ciudadana y solo podría encontrarse esta relación si se enlaza con este nuevo fin que se refiere al respeto a las instituciones.

- ***El uso de uniformes y equipamiento (artículo 36.14).***

La infracción relativa al uso de uniformes tiene su origen en el comportamiento hasta hoy tipificado como falta contra el orden público en el Código Penal, en estos términos

---

<sup>24</sup> La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, dispone:  
Capítulo VI. De los ultrajes a España

*“Artículo 543*

*Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses”.*

## Código Penal.

*“Título IV. Faltas contra el orden público*

*Artículo 637*

*El que usare pública e indebidamente uniforme, traje, insignia o condecoración oficiales, o se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparada por un título académico que no posea, será castigado con la pena de localización permanente de dos a 10 días o multa de 10 a 30 días<sup>25</sup>”.*

Coherentemente con los propósitos de la nueva Ley Orgánica este tipo desaparece del Código Penal de modo que, tras la despenalización la conducta, pasará al catálogo de infracciones de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana del artículo 36 de este modo:

*“Artículo 36. Infracciones graves.*

*Son infracciones graves:*

*14. El uso público de uniformes, insignias o condecoraciones oficiales, o réplicas de los mismos, así como otros elementos del equipamiento de los cuerpos policiales o de los servicios de emergencia sin estar autorizado para ello, cuando no sea constitutivo de delito<sup>26</sup>”.*

Sin embargo en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código Penal<sup>27</sup> sigue regulado como delito un comportamiento semejante, como consta en estos preceptos:

*Ducentésimo. Se introduce un nuevo artículo 402 bis, con la siguiente redacción:*

*“El que sin estar autorizado usare pública e indebidamente uniforme, traje o insignia que le atribuyan carácter oficial será castigado con la pena de multa de uno a tres meses”.*

*Ducentésimo primero. Se modifica el artículo 403, que queda redactado como sigue:*

*“1. El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses.*

---

<sup>25</sup> La redacción procede de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

<sup>26</sup> Como se ha señalado por el Consejo Fiscal la introducción del concepto de réplica de los uniformes, insignias o condecoraciones, puede dar lugar a problemas interpretativos sobre la idoneidad de la réplica.

<sup>27</sup> La versión que se utiliza en este informe es la publicada por el Congreso de los Diputados en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Núm. 66-1, 4 de octubre de 2013.

2. Se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años si concurriese alguna de las siguientes circunstancias:

a) Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido.

b) Si el culpable ejerciere los actos a los que se refiere el apartado anterior en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión”.

Así las cosas, el tipo previsto en el Proyecto de Ley Orgánica de seguridad ciudadana coincide parcialmente con el previsto en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, lo que planteará problemas de bis in idem. Está castigado el uso público de uniforme, traje o insignia, pero también el uso de réplicas de los mismos y no solo para el equipamiento de los cuerpos policiales sino también para el equipamiento de los servicios de emergencia. Resulta desproporcionado suponer que el uso de un chaleco semejante al de un médico de un servicio de emergencia pueda ser considerado infracción grave, con sanción de hasta 100.000 euros<sup>28</sup>.

- ***Injurias y faltas de respeto o consideración a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (artículo 37.4).***

Ha suscitado críticas el artículo 37.4 (antes 36.3) en el que se tipifica un nuevo tipo de infracción. Así se expresa el Proyecto:

*“Artículo 37. Infracciones leves.*

*Son infracciones leves:*

4. *Las injurias o faltas de respeto y consideración que se realicen en una reunión o concentración cuyo destinatario sea un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, cuando estas conductas no sean constitutivas de delito”.*

Ha señalado el Consejo General del Poder Judicial que la justificación que ofrece la Memoria sobre esta conducta, vinculada con un ejercicio indebido o abusivo del derecho de reunión, no puede ser compartida. Señaló que el precepto solo resultaría aceptable si se precisaba que solo cabe tipificar el comportamiento cuando el funcionario se encontrara en el ejercicio de sus funciones, consideración que ha sido atendida. Y añadió que el honor y la libertad de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

---

<sup>28</sup> El Consejo de Estado ha señalado sobre este precepto: “En el artículo 36.14, deben preverse las oportunas excepciones en las fiestas de carnaval”. La advertencia, que pudiera parecer injustificada, no lo es en absoluto. La aplicación de la Ley puede conducir a resultados contrarios al sentido común.

no guardan directa relación con la seguridad ciudadana como bien jurídico protegido.

El precepto es, a su juicio, innecesario ya que las ofensas a los agentes en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, constituyen la infracción del artículo 36.2 inciso segundo del Proyecto del Código Penal (actual falta del artículo 634 del Código Penal<sup>29</sup>). Por otra parte las coacciones graves son constitutivas de un delito de atentado, cuyo bien jurídico protegido es el principio de autoridad y así se prevé en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código Penal, en estos términos:

*“Ducentésimo vigésimo cuarto. Se modifica el artículo 556, que queda redactado como sigue:*

*Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.*

- ***El uso de imágenes y datos de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (artículo 36.26).***

En el artículo 36.26 del Anteproyecto de Ley Orgánica se crea una nueva infracción relacionada también con el buen funcionamiento de los servicios policiales. Así dispone el artículo 36.26:

*“Artículo 36. Infracciones graves.*

*Son infracciones graves:*

*26. El uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes, de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación, con respeto al derecho fundamental a la información”.*

Sobre este precepto entendió el Consejo General de Poder Judicial que el bien jurídico protegido es individual: el honor, la intimidad o la propia imagen del miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En el mismo

---

<sup>29</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Título IV.

Faltas contra el orden público

*“Artículo 634*

*Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren levemente, cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días”.*

sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2007, de 16 de abril de 2007, desestimó el recurso de amparo presentado por un miembro de la Policía Municipal de Madrid cuya fotografía había sido publicada en la prensa durante una actuación profesional de auxilio a una comisión judicial para el desalojo de determinadas viviendas<sup>30</sup>. Como se aprecia solo esa referencia al peligro que ello puede suponer para su seguridad personal o la de su familia, las instalaciones protegidas o el éxito de las operaciones puede justificar la consideración de esta conducta como una infracción contra la seguridad ciudadana, aunque su formulación en términos vagos y extensos plantea problemas de taxatividad.

- ***Obstrucción, desobediencia y resistencia a la autoridad. El deber de colaboración***

Varias infracciones de las previstas en el Proyecto se refieren también a esta finalidad citada, la garantía del normal funcionamiento de las instituciones, tipificando como infracciones algunas conductas obstructivas. En efecto, el artículo 36 incluye entre las infracciones graves las siguientes:

*“Artículo 36. Infracciones graves.*

*Son infracciones graves:*

*4. Los actos de obstrucción que pretendan impedir a cualquier autoridad, empleado público o corporación oficial el ejercicio legítimo de sus funciones, el cumplimiento o la ejecución de acuerdos o resoluciones administrativas o judiciales, siempre que se produzcan al margen de los procedimientos legalmente establecidos y no sean constitutivos de delito.*

*5. Las acciones y omisiones que impidan u obstaculicen el funcionamiento de los servicios de emergencia, provocando o incrementando un riesgo para la vida o integridad de las personas o de daños en los bienes, o agravando las consecuencias del suceso que motive la actuación de aquéllos.*

*6. La desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación.*

*(...)*

*15. La falta de colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la averiguación de delitos o en la prevención de acciones que puedan poner en riesgo la seguridad ciudadana en los supuestos previstos en el artículo 7”.*

---

<sup>30</sup> Sobre el particular García Soriano, María Vicenta, *El derecho a la propia imagen y la captación y publicación de fotografías de los Agentes de Policía*, en *Estudios sobre ciencias de la seguridad*, Cervelló Donderis, Vicenta, y Antón Barberá, Francisco, directores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 287 y ss.

Algunas conductas se asemejan a las tipificadas en la actualidad, como faltas, en el artículo 634 del Código Penal y otras al tipo previsto en el que será el artículo 556 del Código Penal, ya citado. En los informes emitidos sobre el Anteproyecto de Ley se ha señalado que la sanción de estos comportamientos de obstrucción solo puede basarse en las conductas activas, de modo que no bastan para integrar el tipo las conductas omisivas. Estas últimas solo se comprenden por la relación que la Ley establece entre las omisiones citadas y la finalidad de garantizar el normal funcionamiento de las instituciones. No basta con que los actos “pretendan impedir”, es necesario que efectivamente impidan el ejercicio de las funciones públicas.

Como se aprecia en el texto del Proyecto no solo se sancionan los comportamientos que impiden a las autoridades, funcionarios y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el ejercicio legítimo de sus funciones, sino también la falta de colaboración activa con estas autoridades en las funciones de investigación, registro o identificación. Todos estos tipos guardan cierta relación con la obligación general prevista en el artículo 7 de la Ley que amplía este deber de colaboración mucho más allá del ámbito propio de las autoridades y empleados públicos y prevé:

*“Artículo 7. Deber de colaboración.*

*1. Todas las autoridades y funcionarios públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias y de acuerdo con su normativa específica, deberán colaborar con las autoridades y órganos a que se refiere el artículo 5, y prestarles el auxilio que sea posible y adecuado para la consecución de los fines relacionados en el artículo 3. Cuando, por razón de su cargo, tengan conocimiento de hechos que perturben gravemente la seguridad ciudadana o de los que racionalmente pueda inferirse que producirán una perturbación cierta de la misma, estarán obligados a ponerlo inmediatamente en conocimiento de la autoridad competente.*

*2. Las autoridades y órganos competentes y los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán recabar de los particulares su ayuda y colaboración en la medida necesaria para el cumplimiento de los fines previstos en esta ley, especialmente en los casos de grave calamidad pública o catástrofe extraordinaria, siempre que ello no implique riesgo personal para los mismos. Quienes sufran daños y perjuicios por estas causas serán indemnizados de acuerdo con las leyes.*

*3. Las empresas de seguridad privada, los despachos de detectives privados y el personal de seguridad privada tienen un especial deber de auxiliar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, prestarles la colaboración que precisen y seguir sus instrucciones, en relación con los servicios que presten cuando afecten a la seguridad pública o al ámbito de sus competencias”.*

Señaló en su momento el Consejo General del Poder Judicial que el deber de denuncia fijado por el Anteproyecto resultaba excesivamente amplio. Así lo expresaba: “*Al modo de la obligación de denunciar delitos prevista en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sería más adecuado circuns-*

*cribir ese deber a hechos que supongan una perturbación cierta de la seguridad ciudadana o de los que pueda llegarse racionalmente a la conclusión de que producirá con toda certeza la referida perturbación, sin que sea bastante la mera sospecha o la posibilidad de que se produzca la misma (STC 90/2006, de 27 de marzo, FJ 2). Por otra parte, frente a la dicción actual, que pone el acento en el ejercicio de los derechos fundamentales, de manera que la obligación de denuncia se construye a aquellos hechos que perturben gravemente la seguridad ciudadana en cuanto que afecten al ejercicio de esos derechos, en el Anteproyecto deberán comunicarse los hechos que perturbaran “o pudieren perturbar— no solo el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, sino también la tranquilidad ciudadana, empleando estos conceptos, como categorías independientes, con olvido de que la tranquilidad a salvaguardar y proteger es aquella que permite ejercer de forma libre y responsable los derechos y las libertades reconocidos constitucionalmente”.*

Por lo que se refiere a los ciudadanos se ha de destacar que a instancias del Consejo de Estado se ha insertado una cláusula que garantiza el derecho a ser indemnizados de quienes sufran daños, cláusula que ya no se limita, como en anteriores versiones del texto, a quienes carezcan del deber jurídico de soportar los daños sufridos e incluye otros posibles títulos de imputación.

#### **4. LA PRESERVACIÓN DE LA SEGURIDAD Y LA CONVIVENCIA CIUDADANAS**

En relación con esta confesada finalidad del Proyecto de Ley Orgánica, a la que se dedica el artículo 3.c) cabe referirse, siquiera sea a efectos de ordenar la exposición, a nuevos conceptos en nuestro ordenamiento que quizá podrían calificarse como cercanos a la moralidad pública y recuerdan al anejo concepto de policía de costumbres. El consumo de alcohol, en general consentido y tolerado en nuestra sociedad, ha sido objeto de regulaciones por parte de las Comunidades Autónomas o los Ayuntamientos que tratan de poner freno a determinados comportamientos juveniles conocidos como “botellones”. La relativa permisividad de la sociedad española frente al consumo de algunos tipos de drogas está siendo, desde hace unos años, descartada por las leyes. Y finalmente, las conductas que consisten en el ofrecimiento y la aceptación de servicios sexuales en público, tipificadas por algunas ordenanzas municipales de buen gobierno, se convalidan y regulan en el Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, incluyendo una serie de infracciones que podrán ser desarrolladas reglamentariamente mediante ordenanzas locales.

Como ha señalado el Consejo General del Poder Judicial en algunos de estos tipos late la salvaguarda de la tranquilidad ciudadana entendida como bienestar, difuminándose su relación con el concepto de seguridad ciudadana tal y como ha sido entendido por el Tribunal Constitucional. Quizá por esta razón resulta cuestionable la proporcionalidad de las sanciones impuestas.

- ***La aceptación de servicios sexuales y su relación con la seguridad ciudadana.***

El Anteproyecto de Ley Orgánica de seguridad ciudadana incluía nuevas infracciones en relación con determinados comportamientos hasta ahora no tipificados. Disponía en su artículo 36 que la “*solicitud y aceptación de servicios sexuales retribuidos*”, en lugares destinados al uso por menores o en aquellos que pudieran generar un riesgo para la seguridad vial, sería considerada como infracción grave. Tras las sugerencias emitidas durante la tramitación se ha modificado el precepto de modo que la sanción ya no será impuesta a quien se prostituye sino a quien requiere los servicios. El texto que figura en el Proyecto es el que sigue:

*“Artículo 36. Infracciones graves.*

*Son infracciones graves:*

*11. La solicitud o aceptación por el demandante de servicios sexuales retribuidos en zonas de tránsito público en las proximidades de lugares destinados a su uso por menores, como centros educativos, parques infantiles o espacios de ocio accesibles a menores de edad, o cuando estas conductas, por el lugar en que se realicen, puedan generar un riesgo para la seguridad vial.*

*Los agentes de la autoridad requerirán a las personas que ofrezcan estos servicios para que se abstengan de hacerlo en dichos lugares, informándoles de que la persistencia podría constituir una infracción del párrafo 6 de este artículo”.*

Tanto el Consejo General del Poder Judicial como el Consejo Fiscal señalaron que difícilmente puede entenderse que comprometan la seguridad ciudadana conductas como las previstas en el artículo citado. Afectarían en su caso a la tranquilidad ciudadana o la convivencia dentro de unos determinados cánones. Muchas de las observaciones formuladas a lo largo de la tramitación de la norma destacan la situación de inferioridad o exclusión social que sufren quienes ejercen la prostitución, haciendo referencia a la necesidad de medidas correctoras y no sancionadoras. Se habrá de tener en cuenta, por otro lado, que no es presumible que quien tiene que recurrir a la prostitución para ganarse el sustento difícilmente podrá hacer frente a las sanciones pecuniarias previstas en la norma.

Por su parte el Consejo de Estado en su Dictamen 557/2014, de 26 de junio de 2014, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, señaló:

*“El artículo 36.11 sanciona por igual la oferta de la prostitución y su solicitud, aspecto discutible. Las más avanzadas prácticas comparadas coinciden en reprimir y sancionar la segunda como técnica adecuada para desactivar aquella, aspectos todos ellos que fueron abordados en el Estudio realizado por ese Consejo en el 2010 (E1/2010)<sup>31</sup>. No parece adecuado tratar de resolver la cuestión con formula tan simple como la consultada y el Consejo recomienda reelaborarla en el sentido de sancionar únicamente la compra y solicitud de compra de servicios sexuales y, en su caso, la oferta organizada de los mismos”.*

Finalmente de la norma parece desprenderse que no será sancionado quien ofrece estos servicios pero, en todo caso, como se aprecia las sanciones se vinculan con el uso del espacio público, como especifica el artículo 36.11, y parecen estar relacionadas con la presencia de menores o con la seguridad vial, bienes jurídicos sin duda dignos de protección pero aje-

---

<sup>31</sup> El Informe número E 1/2010, relativo a las posibilidades de actuación contra los anuncios de contenido sexual y prostitución publicados a diario en diversos medios de comunicación de la prensa escrita puede consultarse en [www.consejo-estado.es](http://www.consejo-estado.es). Tuvo su origen en la consulta planteada por el Gobierno al Consejo de Estado sobre este particular asunto y concluyó: “Afirmada la posibilidad de prohibir, restringir o condicionar la publicidad de la prostitución y la necesidad de que una medida de dicha naturaleza se instrumente mediante el ejercicio de la correspondiente iniciativa legislativa —de ley ordinaria—, procede examinar la cuestión relativa a la materia analizada. A juicio de este Consejo, para articular la medida proyectada caben dos formas. La primera de ellas comportaría la modificación del artículo 8 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en el sentido de incluir un apartado en el que se prevea, sin más, la prohibición de la publicidad de la prostitución en la prensa escrita —o en parte de ella— y, eventualmente, en otros medios. A juicio del Consejo de Estado, una actuación en tal sentido no es la más adecuada. Y ello porque, de un lado, la falta de definición legal de qué se entiende por prostitución a los efectos de la prohibición pudiera privar de eficacia a ésta y, de otro lado, porque no cabe deferir dicho concepto a una norma reglamentaria. Tampoco se considera adecuado incluir en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, un concepto funcional de prostitución a efectos de publicidad porque ello podría distorsionar las categorías generales empleadas por dicho texto legal en sus títulos I y II. La segunda de las formas a través de la cual alcanzar la finalidad proyectada sería el ejercicio de una iniciativa legislativa que se concretara en una norma legal distinta de la Ley General de Publicidad y que tuviere como objeto exclusivo la prohibición de la publicidad de la prostitución. En otros términos, en un texto legal independiente de la Ley vigente. Una norma legal diferenciada permitiría acotar con exactitud y claridad el ámbito subjetivo y objetivo de la prohibición, evitando, como se ha dicho, eventuales distorsiones derivadas de la aplicación de las reglas generales de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre. En esta disposición deberá establecerse de manera clara y terminante que queda prohibida la publicidad de la prostitución. A los efectos de dicha prohibición y para fijar su ámbito, debe introducirse en el texto legal un concepto funcional de publicidad de la prostitución; esto es, un concepto de publicidad a los efectos de la propia disposición legal (...)”.

nos a la seguridad ciudadana. En concreto, la protección de los menores contra este tipo de conductas se encuentra regulada en los artículos 178 y siguientes del Código Penal. Por lo que se refiere a la seguridad vial es evidente que no existe sanción prevista para quienes no conducen vehículos a motor pero el artículo 65 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, tipifica la conducción negligente y la conducción temeraria. Resulta incomprensible, por tanto, la relación entre la seguridad vial y la infracción tipificada por el Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana. Si tiene por sujeto pasivo a las personas que ejercen la prostitución se trataría de sancionar a peatones, si el sujeto pasivo es un conductor tendrá, en caso de que su comportamiento no sea conforme con las normas de circulación, una doble sanción.

Con todo lo más llamativo del precepto es el último inciso, destinado, esta vez sí, a quienes ofrezcan estos servicios. Se estima que la persistencia en su comportamiento puede suponer una nueva infracción, en este caso desobediencia o resistencia a la autoridad (artículo 36.6) pero no hay indicios de que se entienda por tal “persistencia”. En todo caso, si quienes ofrecen servicios sexuales no están cometiendo una infracción no parece existir fundamento suficiente para limitar su derecho a la libre circulación por el territorio.

La indemnidad sexual de los menores, a la que ya se ha hecho referencia, es también el bien jurídico protegido en las dos nuevas infracciones que tipifica el Proyecto de Ley en sus artículos 36 y 37, con el siguiente tenor:

*“Artículo 36. Infracciones graves.*

*Son infracciones graves:*

*16. La realización o incitación a la realización de actos que atenten contra la indemnidad sexual de los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, cuando no constituya delito”.*

*“Artículo 37. Infracciones leves.*

*Son infracciones leves:*

*5. La realización o incitación a la realización de actos que atenten contra la libertad e indemnidad sexual, o ejecutar actos de exhibición obscena, cuando no constituya delito”.*

No resulta fácil, como ya se ha expuesto, vincular de forma directa la indemnidad sexual de menores con la seguridad ciudadana. Esta es probablemente una más de las consecuencias no queridas de la despenalización de las conductas antes calificadas como faltas en el Código Penal.

- El consumo de drogas

El consumo público y la tenencia ilícita de drogas ya habían sido objeto de atención por la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la seguridad ciudadana. Entre sus previsiones se encontraban dos tipos de infracciones graves en los artículos 23 y 25.

*Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la seguridad ciudadana.*

*“Artículo 23*

*A los efectos de la presente Ley, constituyen infracciones graves:*

*(...)*

*i) La tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos”.*

*“Artículo 25*

*1. Constituyen infracciones graves a la seguridad ciudadana el consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya infracción penal, así como el abandono en los sitios mencionados de útiles o instrumentos utilizados para su consumo.*

*2. Las sanciones impuestas por estas infracciones podrán suspenderse si el infractor se somete a un tratamiento de deshabituación en un centro o servicio debidamente acreditado, en la forma y por el tiempo que reglamentariamente se determine”.*

Siguiendo el camino marcado por las normas de las Comunidades Autónomas para la prevención de drogodependencias se tipifica ahora como infracción toda forma de consumo público, incluyendo lugares, vías, establecimientos y transportes públicos. Y se tipifica también la tenencia de las sustancias, calificada como ilícita, aunque no estuvieran destinadas al tráfico. Las previsiones se completan con otras, en estos términos:

*Anteproyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*

*“Artículo 36. Infracciones graves.*

*Son infracciones graves:*

*17. El consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos, así como el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en los citados lugares. ( )*

*19. El traslado de personas, con cualquier tipo de vehículo, con el objeto de facilitar a éstas el acceso a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya delito.*

*20. La ejecución de actos de plantación y cultivo ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en lugares visibles al público, no constitutivos de delito.*

*21. La tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos”.*

Llamó la atención tanto al Consejo General del Poder Judicial como el Consejo Fiscal la desaparición del inciso de la Ley Orgánica 1/1992, que permitía suspender las sanciones impuestas por el consumo o la tenencia si el infractor se sometía a tratamiento de deshabitación. A la vista de las observaciones este precepto se ha incorporado a una disposición adicional<sup>32</sup>. Curiosamente, como observó el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, solo se aplica esta posibilidad de remisión a las sanciones impuestas por consumo de drogas pero no por consumo de alcohol.

Los preceptos refunden las infracciones que ya estaban tipificadas, pero añaden otras, como se aprecia. Así ocurre con la plantación o el cultivo ilícito, que según el Consejo Fiscal se solapa con las previsiones de la Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, adaptándolas a lo establecido en el Convenio de 1961 de las Naciones Unidas<sup>33</sup> o con la infracción relativa al hecho de trasladar personas para facilitar su acceso a las drogas. El problema fundamental, en todo caso, es que no se puede determinar con certeza cuáles de los actos pueden ser considerados como ilícitos.

- El consumo de alcohol

El artículo 36.18 tipifica como infracción grave el consumo de bebidas alcohólicas en estos términos:

*“Artículo 36. Infracciones graves.*

*Son infracciones graves:*

*18. El consumo de bebidas alcohólicas en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos cuando perturbe gravemente la tranquilidad ciudadana.”*

---

<sup>32</sup> Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana.

“Disposición adicional quinta. Suspensión de sanciones pecuniarias impuestas por infracciones en materia de consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas cometidas por menores de edad.

Las multas que se impongan a los menores de edad por la comisión de infracciones en materia de consumo o tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas podrán suspenderse siempre que, a solicitud de los infractores y sus representantes legales, aquéllos accedan a someterse a tratamiento o rehabilitación, si lo precisan, o a actividades de reeducación. En caso de que los infractores abandonen el tratamiento, rehabilitación o las actividades reeducativas o de resocialización, se procederá a ejecutar la sanción económica.

Reglamentariamente se regularán los términos y condiciones de la remisión parcial de sanciones prevista en esta disposición adicional”.

<sup>33</sup> Su artículo octavo dispone que ninguna persona natural o jurídica podrá dedicarse al cultivo y producción de sustancias estupefacientes, ni aún con fines de experimentación, sin disponer de la pertinente autorización.

En los términos en que está redactado el precepto resulta difícil el control de la discrecionalidad administrativa. No se tiene en cuenta la existencia de terrazas y veladores, autorizados por los Ayuntamientos tras el pago de la correspondiente tasa, no se prevé la existencia de fiestas populares en las que el consumo es público y notorio (en las fiestas de cualquier localidad), no se distingue entre unas y otras actividades (se consume alcohol habitualmente en las corridas de toros y en las misas católicas) y tampoco se identifica qué se entiende por bebidas alcohólicas (la calificación jurídica del buen vino como bebida alcohólica es asunto discutido).

Por otra parte, la infracción podría depender en este caso de la existencia de una normativa específica que pudiera haberse dictado por las Comunidades Autónomas o por las Entidades Locales, lo que plantea, como ha señalado el Ministerio Fiscal, supuestos de doble sanción, con infracción del principio non bis in idem.

Y finalmente se ha de considerar que el Proyecto de Ley Orgánica habilita a los Alcaldes para imponer sanciones en materias de seguridad ciudadana en cuanto hubieran desarrollado mediante ordenanza las previsiones legales<sup>34</sup>. En este caso sería perfectamente posible que las tres Administraciones Públicas con competencia en la materia pudieran sancionar el consumo de alcohol, hipótesis que no resulta insólita a la vista de la sustancial cuantía de las multas impuestas que pueden llegar hasta los 30.000 euros.

## 5. LA PAZ CIUDADANA Y LOS USOS PERMITIDOS DEL ESPACIO PÚBLICO

El artículo 3 incluye otras dos finalidades en el Anteproyecto de Ley Orgánica. Por un lado el apartado 3.d) se refiere a “*El respeto a las leyes, a la paz y a la seguridad ciudadana en el ejercicio de los derechos y libertades*”, por otro, el apartado 3. f) afecta a “*La pacífica utilización de vías y demás bienes demaniales y, en general, espacios destinados al uso y disfrute público*”.

---

<sup>34</sup> Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana. “Artículo 41. Colaboración reglamentaria.

Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones en el cuadro de las infracciones y sanciones tipificadas en esta ley que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar su naturaleza y límites, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”.

Este nuevo entendimiento de las normas en materia de seguridad pública incluye un concepto hasta ahora ajeno a sus fines: la tranquilidad o la paz ciudadana, que resulta ser un asunto cercano al de la protección de las personas y bienes y la supuesta defensa del espacio común (sea público o privado) y que se completa con las normas relativas a la moral pública.

A lo largo de la tramitación de la norma desaparecieron algunos preceptos íntimamente vinculados con este fin. Destaca entre ellos el tipo que sancionaba como infracción leve *“Las amenazas, coacciones, injurias o vejaciones realizadas en vías públicas y espacios abiertos al público que produzcan alteraciones de la seguridad ciudadana, siempre que no sean constitutivas de delito”*<sup>35</sup>. Las críticas del Consejo Fiscal y el Consejo General del Poder Judicial han determinado su supresión. Tampoco sobrevivieron a la tramitación preceptos como el que sancionaba *“La colocación no autorizada en la vía pública de elementos o estructuras no fijas, como tenderetes, pérgolas, tiendas de campaña, construcciones portátiles o desmontables u objetos análogos”*, ámbito propio de las competencias locales. Se mantienen, no obstante, otras prescripciones como las que siguen.

- El uso del espacio público: escalamiento, juegos y deportes y otros usos prohibidos.

Una infracción de nuevo cuño es la relativa al escalamiento. Su relación con la seguridad ciudadana es difícil de comprender, ya que la seguridad amenazada es la del escalador, en su caso.

*“Artículo 37. Infracciones leves.*

*Son infracciones leves:*

*15. El escalamiento de edificios o monumentos sin autorización”*

Sobre este particular el Consejo de Estado hizo constar una observación que no ha sido atendida. Entendía que en el artículo 37.15 debía precisarse quién debe autorizar el escalamiento, fundamentalmente, el propietario, el legítimo poseedor y la autoridad pública competente<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> La infracción se asemejaba a la falta prevista en el artículo 620 del Código Penal, con la sustancial diferencia de que la falta solo era perseguible a instancia del agraviado y de sus representantes legales. Se sanciona con pena de multa de diez a veinte días. Esa falta desaparece en el nuevo Código Penal teniendo en cuenta que se reservan los tipos para la protección de bienes jurídicos relevantes para la sociedad en su conjunto.

<sup>36</sup> En el trámite de audiencia que solicitó ante el Consejo de Estado la organización Green Peace señaló que la tipificación del escalamiento como infracción se dirige precisamente a evitar las acciones de protesta pacíficas que protagonizan sus miembros.

Se presenta también como novedosa la infracción que describe el artículo 37 en estos términos:

*“Artículo 37. Infracciones leves.*

*Son infracciones leves:*

*14. La práctica de juegos o de actividades deportivas en espacios públicos no habilitados para ello, cuando exista un riesgo de que se ocasionen daños a las personas o a los bienes”.*

Y aparece también por primera vez la infracción relativa al uso de dispositivos luminosos que, proyectados sobre los conductores de vehículos y aviones, pueden provocar accidentes. La infracción reviste carácter muy grave en el caso previsto en el artículo 35.4 que se refiere a *“La proyección de haces de luz, mediante cualquier tipo de dispositivo, sobre los pilotos o conductores de medios de transporte que puedan deslumbrarles o distraer su atención y provocar accidentes”* y leve en el supuesto previsto en el artículo 37.6.<sup>37</sup>

Cercanas a las descritas se tipifican otras infracciones relacionadas con los usos prohibidos del espacio público. Así, en el artículo 36 del Proyecto de Ley Orgánica se especifican tres infracciones graves:

*“Artículo 36. Infracciones graves.*

*Son infracciones graves:*

*3. Causar desórdenes graves en las vías, espacios o establecimientos públicos, así como la provocación de incendios en la vía pública que representen un peligro para las personas o bienes u ocasionen una alteración de la seguridad ciudadana, cuando tales conductas no sean constitutivas de delito.*

*(...)*

*5. Las acciones y omisiones que impidan u obstaculicen el funcionamiento de los servicios de emergencia, provocando o incrementando un riesgo para la vida o integridad de las personas o de daños en los bienes, o agravando las consecuencias del suceso que motive la actuación de aquéllos.*

*(...)*

*24. La obstaculización de la vía pública con mobiliario urbano, vehículos, contenedores, neumáticos u otros objetos que ocasionen una perturbación grave de la seguridad ciudadana”.*

Y en el artículo 37 las siguientes, con carácter leve:

*“Artículo 37. Infracciones leves.*

*Son infracciones leves:*

---

<sup>37</sup> El uso de “punteros laser” está tipificado en otros países y es una causa de frecuentes incidencias y accidentes en la navegación aérea. Los datos pueden consultarse en la página de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea. [http://www.seguridadaerea.gob.es/lang\\_castellano/home.aspx](http://www.seguridadaerea.gob.es/lang_castellano/home.aspx)

3. *El incumplimiento de las restricciones de circulación peatonal o itinerario con ocasión de un acto público, reunión o manifestación, cuando provoquen alteraciones menores en el normal desarrollo de los mismos.*

(...)

7. *La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o de la vía pública, fuera de los casos permitidos por la ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquélla por la autoridad competente, o la permanencia en ellos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de delito.*

(...)

13. *Los daños o el deslucimiento de bienes muebles o inmuebles de uso o servicio público, así como de bienes muebles o inmuebles privados en la vía pública, cuando no constituyan delito<sup>38</sup>.*

(...)

14. *La práctica de juegos o de actividades deportivas en espacios públicos no habilitados para ello, cuando exista un riesgo de que se ocasionen daños a las personas o a los bienes.*

(...)

16. *La remoción de vallas, encintados u otros elementos fijos o móviles colocados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para delimitar perímetros de seguridad, aun con carácter preventivo.*

Como puede apreciarse muchas de las nuevas infracciones llaman poderosamente la atención. Los juegos o deportes practicados en la calle siempre suponen un riesgo mínimo para las personas (ya sean los jugadores o los paseantes) pero no se ha entendido en nuestra tradición jurídica que el uso de las calles para los deportes afecte a la seguridad ciudadana. El deslucimiento de bienes públicos puede guardar mayor relación con la seguridad ciudadana pero difícilmente puede entenderse que deban ser las fuerzas de orden público las encargadas de sancionar a quien deslucen levemente un inmueble de propiedad privado. La infracción relativa a la conducta que consiste en ocupar o permanecer en inmuebles, viviendas o edificios parece referirse a comportamientos frecuentes en estos tiempos que guardan relación con la crisis económica.

Todas las infracciones citadas comparten una base común: la tesis de que el espacio común, público o privado, ha de estar regulado y cualquiera

---

<sup>38</sup> En este momento la infracción es constitutiva de falta.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Título II. Faltas contra el patrimonio

“Artículo 626

*Los que deslucieren bienes muebles o inmuebles de dominio público o privado, sin la debida autorización de la Administración o de sus propietarios, serán castigados con la pena de localización permanente de dos a seis días o tres a nueve días de trabajos en beneficio de la comunidad”.*

de sus usos sometido a autorización. Esta tesis se formula en el artículo 37.7 que se refiere a “*la ocupación de cualquier espacio común, público o privado, fuera de los casos permitidos por la ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente, o la permanencia en él contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivos de delito*”. La conducta, como ha señalado el Consejo General del Poder Judicial, se solapa con el delito de usurpación previsto en el artículo 245.2 del Código Penal<sup>39</sup>, que queda inalterado con el Proyecto de reforma, de modo, señala, que no existe justificación para su inclusión en el Anteproyecto.

Como ha señalado también el Consejo General del Poder Judicial basta la lectura de las infracciones apuntadas para advertir que algunas de ellas están descritas en términos excesivamente amplios, no lo suficientemente precisos, concretos y taxativos como para colmar las exigencias del principio de tipicidad. A este dato se suma que resulta cuestionable su proporcionalidad.

Y de todo ello se desprende que, de aprobarse el Proyecto de Ley en sus términos, el uso del espacio público ya no se regirá por el principio general del uso común al que se refería el Código Civil en su artículo 344: “*Son bienes de uso público, en las provincias y los pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos o provincias*”.

- El régimen de las videocámaras.

El sistema vigente tiene su sede en la Ley Orgánica 4/1997 de 4 de agosto, que regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos<sup>40</sup>. Esta ley constituye, hoy por hoy, la legislación vigente en la materia. La referencia en el Anteproyecto es la que sigue:

---

<sup>39</sup> Código Penal. De la usurpación  
“Artículo 245

1. *Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado.*

2. *El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”.*

<sup>40</sup> Un estudio completo en Arzoz Santisteban, *Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2010.

*“Artículo 22. Uso de videocámaras.*

*La autoridad gubernativa y, en su caso, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán proceder a la grabación de personas, lugares u objetos mediante cámaras de videovigilancia fijas o móviles legalmente autorizadas, de acuerdo con la legislación vigente en la materia”.*

Nada añade el precepto a la norma vigente, pero en todo caso se ha de tener en cuenta que la intimidad susceptible de ser protegida no se circunscribe a lo que ocurre dentro de un recinto cerrado. Ciertos sistemas de vigilancia policial, por no ser selectivos, pueden afectar tangencialmente a otras libertades, más por lo que cohiben que por lo que restringen, produciendo en las personas la incómoda sensación de sentirse permanentemente vigiladas<sup>41</sup>.

- Los animales dañinos y feroces.

En el Anteproyecto se tipifica como infracción la desidia en la vigilancia de los animales y el maltrato de los mismos en espectáculos no autorizados. Así lo dispone el artículo 37:

*“Artículo 37. Infracciones leves.*

*Son infracciones leves:*

*17. Dejar sueltos o en condiciones de causar daños animales feroces o dañinos, así como maltratar cruelmente o abandonar animales domésticos en condiciones en que pueda peligrar su vida, o maltratar animales en espectáculos no autorizados legalmente, cuando estas conductas no sean constitutivas de delito”.*

Estas conductas están actualmente tipificadas como faltas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal<sup>42</sup> y se enmarcan en el grupo de aquellas que pasarán al Proyecto de Ley Orgánica de protección

<sup>41</sup> Véase el Dictamen 3071/1996, de 4 de septiembre de 1996, del Consejo de Estado, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica, por la que se regula la obtención de imágenes y sonidos en lugares públicos y su tratamiento.

<sup>42</sup> Código Penal. Título III. Faltas contra los intereses generales

*“Artículo 631*

*1. Los dueños o encargados de la custodia de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar mal serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.*

*2. Quienes abandonen a un animal doméstico en condiciones en que pueda peligrar su vida o su integridad serán castigados con la pena de multa de quince días a dos meses”.*

*“Artículo 632*

*1. El que corte, tale, queme, arranque, recolecte alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, sin grave perjuicio para el medio ambiente, será castigado con la pena de multa de 10 a 30 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 20 días.*

*2. Los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente sin incurrir en los supuestos previstos en el artículo 337 serán castigados con la pena de multa de 20 a 60 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 20 a 30 días”.*

de la seguridad ciudadana en el proceso de despenalización de determinadas conductas. Ahora bien, la definición de lo que se considera animal feroz o dañino corresponde a las Comunidades Autónomas de modo que el efecto no deseado de la inclusión de esta conducta será la diferencia de regímenes jurídicos sancionadores en las distintas partes del territorio español.

En efecto, no existe una definición de ámbito nacional de los animales feroces o dañinos<sup>43</sup>, mientras que sí existe una regulación estatal de los animales potencialmente peligrosos en la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el régimen jurídico de la tenencia de animales potencialmente peligrosos. La remisión reglamentaria que contiene el artículo 2 de la citada Ley 50/1999 (que define los animales potencialmente peligrosos) ha sido desarrollada por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias, de modo que algunas se refieren a la enumeración de unas razas, otras a la atribución de tal carácter en función de su historial o de sus características (como hace la Ley del Parlamento de Cataluña 10/1999, de 30 de julio, sobre la tenencia de perros considerados potencialmente peligrosos) y otras a aquellos animales “susceptibles de ocasionar la muerte, o lesiones a las personas o a otros animales, o de producir daños de cierta entidad a las cosas”, con independencia de su condición, naturaleza, especie o raza (como hace el Decreto 90/2002, de 28 de febrero, aprobado por la Junta de Galicia). En muchos casos la sanción administrativa puede ser de mayor gravedad que la prevista en el Código Penal, con el efecto perverso de que la tipificación penal de una conducta puede suponer una reducción de la sanción asociada a esa conducta.

Finalmente ha de tenerse en cuenta que en la mayor parte de España están autorizadas las corridas de toros y en algunas Comunidades Autónomas como Canarias o Andalucía las peleas de gallos<sup>44</sup>, ya que la competencia para legislar sobre espectáculos públicos corresponde igualmente a las Comunidades Autónomas.

---

<sup>43</sup> Sobre los perros en particular véase Cámara del Portillo, Diego, *La intervención de la Administración en la seguridad ciudadana y espectáculos públicos*, en *Derecho Administrativo, Parte Especial, La intervención de la Administración en la sociedad*, Linde Paniagua, Enrique, coordinador, Colex, Madrid, 2007, págs. 309 y ss.

<sup>44</sup> Sobre este asunto resulta de particular interés el Dictamen del Consejo de Estado 1364/2013, de 20 de febrero de 2014. En este expediente de responsabilidad patrimonial se suscitaba la procedencia de indemnizar a los propietarios de centenares de gallos de pelea que fueron “incautados” en el curso de una acción policial. Finalmente no pudo probarse en vía judicial que los animales estuvieran participando en una pelea prohibida, de modo que deberían haber sido devueltos a su propietario. Lamentablemente en el intervalo, los gallos, como corresponde a su naturaleza, se habían peleado y muchos de ellos murieron. El dictamen se manifestó en favor de la estimación de la pretensión.

## 6. LA PREVENCIÓN DE DELITOS E INFRACCIONES. DOCUMENTACIÓN E IDENTIFICACIÓN

Entre sus finalidades la Ley Orgánica hace referencia a una función preventiva<sup>45</sup>. Señala en su artículo 3.i) que se orienta hacia “*La prevención de la comisión de delitos y faltas y de infracciones administrativas directamente relacionadas con los fines indicados en los párrafos anteriores y la sanción de las de esta naturaleza tipificadas en esta ley*”. A los efectos de esta exposición cabe relacionar el inciso i) del artículo 3 con su apartado e), que enumera la protección de personas y bienes, incluyendo en este apartado los deberes de documentación e identificación personal. Estos deberes guardan directa relación con la deambulacion y el tránsito por lugares o espacios públicos y las medidas que las autoridades pueden adoptar para limitar este ejercicio de la libertad de circulación, reconocida en el artículo 19 de la Constitución, que dispone que “*los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional*”.

- Los deberes de identificación: la obligación de estar identificado. La sanción por pérdida de los documentos.

Entre las finalidades de la Ley Orgánica el artículo 3.e) enumera la protección de personas y bienes y a los efectos de ordenar las prescripciones de la Ley se puede hacer referencia en este apartado a los deberes de documentación e identificación personal. Estos deberes guardan directa relación con la deambulacion y el tránsito por lugares o espacios públicos y las medidas que las autoridades pueden adoptar para limitar este ejercicio de la libertad de circulación, reconocida en el artículo 19 de la Constitución, que dispone que “*los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional*”.

No es novedad en la legislación española la obligación o deber de obtener del Documento Nacional de Identidad, a diferencia de lo que ocurre en otros países. Su valor como documento identificativo es esencial y así se

---

<sup>45</sup> Como destacó el Consejo de Estado en su Dictamen 2260/1995, de 26 de octubre de 1995: “*No cabe duda que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tienen, entre sus misiones, una función preventiva y otra de investigación, orientada al descubrimiento del delito. Estas, cuando se llevan a cabo con el respeto riguroso al ordenamiento jurídico, no generan reproche alguno para la Policía, la Guardia Civil y para la Administración en la que se integra. En su vertiente de Policía Judicial, es obligación de sus miembros y de la organización en su conjunto, averiguar los delitos públicos que se cometan, practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos, descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial. Así lo dice el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”.

regulaba ya en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana de protección de la seguridad ciudadana y sus normas de desarrollo. El Anteproyecto añade algunas previsiones sobre el Documento Nacional de Identidad y la firma electrónica, prevé por primera vez que es preciso comparecer personalmente para obtenerlo y regula su valor. Se ocupa también del pasaporte y de la documentación personal de los extranjeros.

Sin embargo, el interés para la Abogacía de esta regulación se encuentra en la obligación impuesta a españoles y extranjeros de llevar consigo sus documentos siempre y en todo lugar, ya que pueden ser requeridos para identificarse por las más variadas razones. A estas obligaciones documentales se asocian varias infracciones entre las que resulta innovadora y sorprendente la previsión de que la pérdida de los documentos llevará aparejada una sanción de hasta 600 euros, ya que se configura como infracción leve en el artículo 37.11 la siguiente:

*“Artículo 37. Infracciones leves.*

*Son infracciones leves:*

*10. El incumplimiento de la obligación de obtener la documentación personal legalmente exigida, así como la omisión negligente de la denuncia de su sustracción o extravío.*

*11. La negligencia en la custodia y conservación de la documentación personal legalmente exigida, considerándose como tal la tercera y posteriores pérdidas o extravíos en un plazo de tres años<sup>46</sup>.*

*12. La negativa a entregar la documentación personal legalmente exigida cuando se hubiese acordado su retirada o retención.”*

La sanción no aparenta tener relación directa con la seguridad ciudadana sino con el funcionamiento del servicio público de expedición de documentación, al igual que la prevista en los párrafos anterior y posterior. Tanto el Consejo Fiscal como el Consejo General del Poder Judicial han criticado estas previsiones por su falta de proporcionalidad con el fin perseguido, señalando que se viene a sancionar *“un comportamiento insignificante”*.

Mayor relevancia para la Abogacía tienen sin duda las previsiones relativas a la identificación de extranjeros en cuanto el artículo 13<sup>47</sup> de la Ley

---

<sup>46</sup> Parece obvio que, para evitar la sanción, cualquier ciudadano denunciará falsamente la sustracción, ha señalado el Consejo Fiscal.

<sup>47</sup> Proyecto de Ley Orgánica de seguridad ciudadana.  
“Artículo 13. Acreditación de la identidad de ciudadanos extranjeros.

señala que deben en todo momento portar su documentación personal<sup>48</sup> y están obligados a exhibirla. La aplicación indiscriminada de esta previsión podría causar efectos no deseados entre los turistas que visitan nuestro país.

La misma obligación de exhibición se impone a los españoles, en estos términos:

*“Artículo 9. Obligaciones y derechos del titular del Documento Nacional de Identidad.*

*(...)*

*2. Todas las personas obligadas a obtener el Documento Nacional de Identidad lo están también a exhibirlo y permitir la comprobación de las medidas de seguridad a las que se refiere el apartado 2 del artículo 8 cuando fueren requeridas para ello por la autoridad o sus agentes, de conformidad con lo dispuesto en la ley y por el tiempo imprescindible para dicha comprobación. De su sustracción o extravío deberá darse cuenta tan pronto como sea posible a la comisaría de Policía o puesto de la Guardia Civil más próximo, a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal”.*

Los ciudadanos españoles han interiorizado este deber y cuentan con sus documentos de identificación. Pero es dudoso que sean conscientes de que es preciso llevar la documentación siempre y en todo momento. Por poner algún ejemplo, será difícil encontrar a algún bañista en una playa con su Documento Nacional de Identidad. En todo caso la falta de exhibición de la documentación acarrea ciertas consecuencias.

---

1. Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar y portar consigo la documentación que acredite su identidad expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación regular en España.

2. Los extranjeros no podrán ser privados de su documentación de origen, salvo en el curso de investigaciones judiciales de carácter penal.

3. Los extranjeros estarán obligados a exhibir la documentación mencionada en el apartado 1 de este artículo y permitir la comprobación de las medidas de seguridad de la misma, cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes de conformidad con lo dispuesto en la ley, y por el tiempo imprescindible para dicha comprobación, sin perjuicio de poder demostrar su identidad por cualquier otro medio si no la llevaran consigo”.

<sup>48</sup> En las primeras versiones del Anteproyecto se disponía que no podían ser “privados de su documentación de origen, salvo en el curso de investigaciones judiciales de carácter penal, o en los supuestos y con los requisitos previstos en la presente ley y en la legislación de extranjería”. Esta posibilidad de privar a los extranjeros privados de su documentación de origen no aparece en la Ley Orgánica, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que reconoce a los extranjeros, en su artículo 4, el derecho a la documentación con referencia a la tarjeta de identidad de extranjero.

- La identificación de personas y la detención a los efectos de investigación (artículo 16).

Los supuestos en que el Anteproyecto de Ley Orgánica permite el requerimiento para la identificación de personas se regulan en el artículo 16 siguiendo los criterios ya marcados por la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana y fijando, por primera vez, unos principios generales para proceder:

*“Artículo 16. Identificación de personas.*

*1. En el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas en los siguientes supuestos:*

*a) Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción.*

*b) Cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito.*

*En estos supuestos, los agentes podrán realizar las comprobaciones necesarias en la vía pública o en el lugar donde se hubiese hecho el requerimiento, incluida la identificación de las personas cuyo rostro no sea visible por utilizar cualquier tipo de prenda u objeto que cubra el rostro, impidiendo o dificultando la identificación, cuando fuere preciso a los efectos indicados.*

*En la práctica de la identificación se respetarán estrictamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

*(...)”.*

En sus primeras versiones la norma asociaba a la falta de identificación de la persona la consecuencia de la retención a los solos efectos de identificación. Esta medida, ya prevista en el artículo 20.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, resultaba, según parte de la doctrina, dudosamente compatible con el derecho fundamental a moverse libremente por el territorio nacional, en cuanto configuraba un estado intermedio entre la detención y la libertad<sup>49</sup>. El Consejo General de la Abogacía Española expresó su preocupación por esta regulación en el trámite de audiencia.

---

<sup>49</sup> En los países de nuestro entorno existen figuras semejantes. Portilla cita, entre otras, el acompañamiento coactivo de la legislación italiana, la detención de perturbadores y sospechosos en el derecho alemán y la “garde à vue” francesa, retención policial orientada a obtener información adicional. Lo mismo ocurre en Bélgica, Reino Unido y Estados Unidos (“stop and frisk”, entendida como la posibilidad de dar el alto y cachear a los sospechosos). Véase Portilla Contreras, Guillermo, Desprotección de la libertad y seguridad personal en

Sobre este particular asunto la Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre de 1993, señaló que cabe esta retención asociada a la necesidad de lograr la identificación “*para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción*”. Señaló, además, que la medida debe sujetarse a determinadas cautelas de tiempo y razonabilidad, especificando que la finalidad perseguida es solo la prevista: la identificación de un sujeto en relación con un delito.

En el Anteproyecto se trataba de asociar esta retención a los “*indicios*” de que unas determinadas personas habían participado en la comisión de una “*infracción administrativa*” (no de un delito) o la necesidad razonable de que acrediten su identidad para “*prevenir*” un delito, de modo que tanto el Consejo Fiscal como el Consejo General del Poder Judicial<sup>50</sup> manifestaron sus dudas sobre la adecuación de esta medida al canon de constitucionalidad. El Ministerio de Justicia por su parte entiende que esta obligación pudiera resultar desproporcionada, con cita de la Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de 12 de enero de 2010, Asunto Gillan y Quinton contra el Reino Unido (Demanda n.º 4158/05), en la que se falló a favor de dos ciclistas que se vieron detenidos y obligados a identificarse sin razón suficiente.

Ya el Anteproyecto en el Consejo de Estado la figura de la retención a los efectos de identificación fue objeto de una observación en el Dictamen 557/2014, de 26 de junio de 2014, sobre el Anteproyecto de ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana:

*“En relación con las figuras de la identificación y de la retención previstas en los artículos 16, 18, 19 y 20 del Anteproyecto, el Consejo debe señalar:*

a) *La retención como figura intermedia entre el estado general de libertad del ciudadano y la detención —sujeta a estrictas condiciones conforme a la legislación aplicable y, especialmente, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal— está admitida —tras rechazarse inicialmente de plano por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional— por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre.*

b) *La retención consiste en una inmovilización provisionalísima que sólo puede mantenerse durante el tiempo imprescindible para realizar una determinada diligen-*

---

la Ley sobre protección de la seguridad ciudadana, en Seguridad ciudadana, Materiales de reflexión crítica contra la Ley Corcuera, Trotta, Madrid, 1993, págs. 91 y ss.

<sup>50</sup> El Consejo General del Poder Judicial expresó en su informe que: “*En otras palabras, el hecho de ser un presunto partícipe de una infracción se erige en supuesto de la obligación de identificarse —y en su caso, de privación de libertad—. Lo que no cumple los cánones de constitucionalidad: ni está justificado, ni responde a una finalidad de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos, ni es proporcional*”.

cia policial, de ahí que quede excluida del marco jurídico de la detención. Su legitimidad deriva de que exista una cobertura legal expresa.

c) En la vigente Ley 2/1986, de 13 de mayo, y en el Anteproyecto consultado, la retención se contempla para tres supuestos: el cacheo —esto es el registro superficial de los efectos personales de un determinado sujeto—, las pruebas de alcoholemia y la identificación policial —actuaciones encaminadas a averiguar el nombre, apellidos y demás datos personales de un individuo cuando los agentes lo consideran necesario en el desempeño de sus tareas de investigación y prevención del crimen o para sancionar infracciones administrativas—.

La tercera modalidad, la diligencia de identificación, puede dirigirse a cualquier ciudadano, sin que sea necesario que se trate de una persona sospechosa de haber cometido un delito o infracción administrativa. Lo único que se requiere para que se respeten las exigencias de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad es que las identificaciones se produzcan en el desempeño de esas funciones de indagación o prevención que corresponden a los agentes. En estos términos, la identificación policial constituye una retención lícita a la que no se aplican las garantías características de la detención, con excepción del deber de informar al retenido de los motivos de su retención.

Todas las modalidades de retención deben limitarse a la realización, en brevísimo tiempo, de las diligencias policiales. En estos términos, la regulación proyectada se considera en términos generales correcta.

La dificultad, sin embargo, se plantea respecto de las diligencias de identificación y de cacheo cuando requieren el traslado del interesado a las dependencias policiales. El tiempo de privación de la libertad ambulatoria se ve prolongada entonces, sin ir acompañada de las garantías propias de la detención. Considera el Consejo de Estado que, en estos casos en los que la medida excepcional de restricción de la libertad individual se prolonga más allá de unos brevísimos momentos y aun cuando la retención no quede sujeta a las garantías propias de la detención, el ordenamiento debe articular medidas formales que la disciplinen para evitar aplicaciones arbitrarias o que menoscaben el derecho consagrado en el artículo 17 de la Constitución. El Anteproyecto se limita a establecer que, en el caso de retención con desplazamiento, se informará al retenido de las razones que la justifican, que dicha retención se limitará al tiempo estrictamente necesario (artículo 16.2), y que se llevará un libro registro de dichas diligencias. Considera el Consejo de Estado que, en estos casos en los que se exige el desplazamiento del retenido a dependencias policiales, la referencia al tiempo estrictamente necesario debería completarse con la determinación de un límite horario máximo expreso. Dicho límite pudiere fijarse en seis horas, período en el que, hoy y habida cuenta de los medios con que se cuenta, se pueden realizar con holgura las operaciones de identificación. Si no fuere así, debería procederse a la detención del interesado, aplicándose el régimen garante previsto para ésta. En consecuencia, el inciso final del párrafo primero del apartado 2 del artículo 16 debería decir “por el tiempo estrictamente necesario y sin que en ningún caso la retención pueda superar el tiempo de seis horas”. Asimismo, el Consejo considera que, al retenido y desplazado a las dependencias policiales para su identificación, o en su caso cacheo, debería proporcionársele el correspondiente volante documental en el que figuren con exactitud los momentos inicial y final de la retención, la identificación del agente o agentes que adoptaron la retención y las circunstancias que han justificado la adopción de la medida. Se daría así —sin aplicar las garantías previstas para la detención como es el caso de la asistencia letrada— una plena efectividad al derecho consagrado en el artículo 17 de la Constitución. El Consejo insiste en esta observación que, sin calificarse de esencial, considera fundamental para salvaguardar la constitucionalidad del texto sometido a consulta”.

La observación del Consejo de Estado ha sido atendida tanto en lo que se refiere al plazo máximo de seis horas como a la expedición de un volante al detenido. Sin embargo, y aun reconociendo que el texto vigente supone una mejora sustancial de determinados aspectos de la retención, queda sin resolver el problema de la posible necesidad de asistencia letrada durante el desarrollo de esta diligencia policial.

- La circulación y el tránsito en lugares públicos. Comprobaciones y registros (artículos 17 y 18).

El artículo 17 del Proyecto de Ley Orgánica supone importantes novedades con respecto a la regulación vigente. Se expresa de este modo:

*“Artículo 17. Restricción del tránsito y controles en las vías públicas.*

*1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán limitar o restringir la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y establecer zonas de seguridad en supuestos de alteración de la seguridad ciudadana o de la pacífica convivencia, o cuando existan indicios racionales de que pueda producirse dicha alteración, por el tiempo imprescindible para su mantenimiento o restablecimiento. Asimismo podrán ocupar preventivamente los efectos o instrumentos susceptibles de ser utilizados para acciones ilegales, dándoles el destino que legalmente proceda.*

*2. Para la prevención de delitos de especial gravedad o generadores de alarma social, así como para el descubrimiento y detención de quienes hubieran participado en su comisión y proceder a la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas, se podrán establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, siempre que resulte indispensable proceder a la identificación de personas que se encuentren en ellos, al registro de vehículos o al control superficial de efectos personales”.*

Las medidas reguladas en el primer párrafo del precepto pueden adoptarse no sólo en supuestos de alteración de la seguridad ciudadana o de la pacífica convivencia sino también *“cuando existan indicios racionales de que puede producirse dicha alteración”*, indicios racionales que quedan sujetos al juicio de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Cabe, en este caso, limitar el derecho reconocido en el artículo 19 de la Constitución e impedir a los ciudadanos circular por el territorio nacional.

Y las medidas reguladas en el segundo párrafo del precepto son posibles no solo para el descubrimiento y detención de los delincuentes sino también para *“la prevención de delitos que especial gravedad o generadores de alarma social”*. En este supuesto preventivo quedan amparadas diligencias de investigación, registros de vehículos y control de los efectos personales<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> En Sentencia 171/2013, de 7 de octubre de 2013, del Tribunal Constitucional concede el amparo a un interno en un centro penitenciario que fue cacheado (de forma integral) sin que se hubiera hecho mención de los motivos de seguridad concretos y

Bien es cierto que el artículo ha sido modificado durante la tramitación. Inicialmente incluía un supuesto de detención para quienes cometieran infracciones administrativas, directamente opuesto a lo previsto en el artículo 25 de la Constitución que no permite la privación de libertad por este supuesto. Sin embargo la amplitud con que se expresa la norma y lo indeterminado de sus presupuestos suponen o pueden suponer una lesión del contenido esencial del derecho a la libre circulación por el territorio nacional y del derecho a la intimidad, ya que las medidas pueden ser poco proporcionadas. No se señala un límite temporal, no se especifica qué efectos, instrumentos o pruebas pueden ser ocupados<sup>52</sup> y no se limitan las potestades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con los hechos delictivos consumados.

Parecida consideración merece el artículo 18 del Proyecto de Ley Orgánica relativo a las comprobaciones y registros que queda redactado de este modo:

*“Artículo 18. Comprobaciones y registros en lugares públicos.*

*1. Los agentes de la autoridad podrán practicar las comprobaciones en las personas, bienes y vehículos que sean necesarias para impedir que en las vías, lugares y establecimientos públicos se porten o utilicen ilegalmente armas, explosivos, sustancias peligrosas u otros objetos, instrumentos o medios que generen un riesgo potencialmente grave para las personas, susceptibles de ser utilizados para la comisión de un delito o alterar la seguridad ciudadana, cuando tengan indicios de su eventual presencia en dichos lugares, procediendo, en su caso, a su intervención. A tal fin, los ciudadanos tienen el deber de colaborar y no obstaculizar la labor de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones.*

*2. Los agentes de la autoridad podrán proceder a la ocupación temporal de cualesquiera objetos, instrumentos o medios de agresión, incluso de las armas que se porten con licencia, permiso o autorización si se estima necesario, con objeto de prevenir la comisión de cualquier delito, o cuando exista peligro para la seguridad de las personas o de los bienes”.*

No es fácil prever qué “*objetos, instrumentos o medios*” generan un riesgo potencialmente grave para las personas, son susceptibles de ser utilizados para la comisión de un delito o pueden alterar la seguridad ciudadana. Las

---

específicos que determinaran su necesidad. Si esto ocurre con un preso, sujeto a una relación de sujeción especial, es previsible suponer el juicio que puede merecer una medida de cacheo aplicada a un ciudadano sin las debidas justificaciones.

<sup>52</sup> El concepto de armas al que se refiere el Código Penal en sus artículos 563 a 570 no coincide con el manejado en la legislación de seguridad ciudadana. Sobre el particular véase Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *La perspectiva jurídico penal en La seguridad ciudadana ante el Derecho penal*, Mir Puig, Santiago y Queralt, Joan J, directores, EDISOFER, 2010.

potestades administrativas para el control de armas y explosivos se regulan en los artículos 28 y 29 del Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana pero una vez enumeradas las armas, explosivos y sustancias peligrosas<sup>53</sup> nos adentramos en el campo de los bienes de lícito comercio a los que se refieren el Código Civil y la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando<sup>54</sup>. Finalmente se ha de con-

<sup>53</sup> “Artículo 28. Control administrativo sobre armas, explosivos, cartuchería y artículos pirotécnicos.

1. Corresponde al Gobierno:

a) La regulación de los requisitos y condiciones de fabricación, reparación, circulación, almacenamiento, comercio, adquisición, enajenación, tenencia y utilización de armas, sus imitaciones, réplicas y piezas fundamentales.

b) La regulación de los requisitos y condiciones mencionados anteriormente en relación con los explosivos, cartuchería y artículos pirotécnicos.

c) La adopción de las medidas de control necesarias para el cumplimiento de los requisitos y condiciones a que se refieren los párrafos a) y b).

2. La intervención de armas, explosivos, cartuchería y artículos pirotécnicos corresponde al Ministerio del Interior, que la ejerce a través del Cuerpo de la Guardia Civil, cuyos servicios están habilitados para realizar en cualquier momento las inspecciones y comprobaciones que sean necesarias en los espacios que estén destinados a su fabricación, depósito, comercialización o utilización.

Artículo 29. Medidas de control.

1. El Gobierno regulará las medidas de control necesarias sobre las materias relacionadas en el artículo anterior:

a) Mediante la sujeción de la apertura y funcionamiento de las fábricas, talleres, depósitos, establecimientos de comercialización y lugares de utilización y las actividades relacionadas con ellas a requisitos de catalogación o clasificación, autorización, información, inspección, vigilancia y control, requisitos especiales de habilitación para el personal encargado de su manipulación, así como la determinación del régimen de responsabilidad de quienes tengan el deber de prevenir la comisión de determinadas infracciones.

b) Estableciendo la obligatoria titularidad de licencias, permisos o autorizaciones para la adquisición, tenencia y utilización de armas de fuego, cuya expedición tendrá siempre carácter restrictivo cuando se trate de armas de defensa personal, en relación con las cuales la concesión de las licencias, permisos o autorizaciones se limitará a supuestos de estricta necesidad. En todo caso, el solicitante de licencias, permisos o autorizaciones para la tenencia o utilización de armas de fuego prestará su consentimiento expreso a favor del órgano de la Administración General del Estado que tramita su solicitud para que se recaben sus antecedentes penales.

c) A través de la prohibición de la fabricación, tenencia y comercialización de armas, cartuchería, artículos pirotécnicos y explosivos especialmente peligrosos, así como el depósito de los mismos.

2. La fabricación, comercio y distribución de armas, artículos pirotécnicos, cartuchería y explosivos constituye un sector con regulación específica en materia de derecho de establecimiento, en los términos previstos por la legislación sobre inversiones extranjeras en España, correspondiendo a los Ministerios de Defensa, del Interior y de Industria, Energía y Turismo el ejercicio de las competencias de supervisión y control”.

<sup>54</sup> La Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, define en su artículo 12.1 como “Géneros prohibidos” todos aquellos cuya importación, exportación, circulación, tenencia, comercio o producción estén prohibidos expresamente por tratado o convenio suscrito por España, por disposición con rango de ley o

siderar que la posibilidad de ocupar temporalmente cualquier bien puede suponer una invasión en el contenido esencial del derecho de propiedad

## 7. A MODO DE CONCLUSIÓN

No debe este informe extenderse sobre todos y cada uno de los aspectos que suscita el Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana sino sobre aquellos que revisten interés para la Abogacía. Del mismo modo tampoco se ha dedicado mayor atención a aquellos preceptos que no suponen innovación sobre el régimen vigente, como es el caso de la entrada en domicilio ya que el Proyecto de Ley Orgánica se mantiene dentro de los cánones fijados por la Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 noviembre de 1993, que declaró parcialmente inconstitucional el artículo 21 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero.

Así las cosas cabe aventurar dos conclusiones, necesariamente provisionales. La primera afecta a las consecuencias de la despenalización de determinadas conductas susceptibles de reproche jurídico, que pasan del Código Penal a la nueva Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana. La segunda se refiere al cambio en el propio concepto que mantiene el legislador de la seguridad ciudadana<sup>55</sup> que se amplía identificándose, como se ha descrito a lo largo de las páginas de este informe, con la tranquilidad, la paz y la convivencia ciudadanas dentro de unos determinados cánones. La seguridad ciudadana se convierte de este modo en un nuevo bien jurídico autónomo en su configuración.

Ya se hizo constar que una de las razones que justifican la nueva Ley Orgánica se encuentra en la despenalización de determinadas conductas hasta hoy incluidas en el Código Penal. De este modo, el primero de los riesgos de la nueva regulación se encuentra en la necesidad de que la tra-

---

por reglamento de la Unión Europea. El carácter de prohibido se limitará para cada género a la realización de la actividad o actividades que de modo expreso se determinen en la norma que establezca la prohibición y por el tiempo que la misma señale.

<sup>55</sup> Al decir del *VIII Informe sobre derechos humanos*, la seguridad ciudadana no se ha configurado como un derecho autónomo, exigible como tal en España, sino como el presupuesto del ejercicio del resto de los derechos fundamentales. El derecho a la seguridad personal que garantiza el artículo 17.1 de la Constitución no puede identificarse con la seguridad ciudadana como bien jurídico colectivo de ámbito colectivo. Véase VVAA, *VIII Informe sobre derechos humanos. Seguridad Ciudadana*, Federación Iberoamericana de Ombudsman, Escobar Guillermo, Dir., Trama, Madrid, 2011.

mitación de las dos normas corra en paralelo. Así lo destacó el Consejo de Estado en su Dictamen 557/2014, de 26 de junio de 2014, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana:

*“El Consejo coincide con los informes precedentes que subrayan la importancia de la coordinación legislativa. Como resulta del expediente y así se ha dejado constancia en los antecedentes que preceden a estas consideraciones, la razón primera, si no la principal, que mueve la iniciativa del Gobierno es la despenalización de las faltas en el proyecto de Código Penal actualmente tramitado ante las Cortes. Como las faltas dejan de estar penadas en el Código se prevé su sanción administrativa en la proyectada ley de seguridad ciudadana. Ahora bien, el ritmo de la tramitación legislativa del Código puede llevar a que, si el anteproyecto de la ley ahora consultado llega a ser ley antes que aquel, los mismos hechos se encuentren doblemente tipificados y sancionados como faltas penales y administrativas. Y si, por el contrario, la proyectada ley de seguridad ciudadana viese la luz con posterioridad a la reforma del Código, unos hechos no fueran ya falta penal sin ser todavía faltas administrativas. Por ello, el Consejo recomienda vivamente que se armonicen ambos trámites legislativos para que sendos textos entren simultáneamente en vigor o, mediante las correspondientes disposiciones transitorias, se eviten las disfunciones atrás señaladas”.*

Sin embargo este no es el único riesgo presente. O es, al menos, uno de los que es posible conjurar. En los informes que emitieron durante la tramitación de la norma tanto el Consejo Fiscal como el Consejo General del Poder Judicial pusieron de manifiesto que el transvase desde los tipos penales a las infracciones administrativas supone consecuencias de alcance quizá no previsto.

Desde el punto de vista de su objeto es preciso tener en cuenta que el derecho penal y el derecho administrativo sancionador no son idénticos, aun cuando comparten parte de su fundamento. Como señala la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica, es cierto que en aplicación del artículo 25 de la Constitución la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo han incorporado al derecho administrativo sancionador las garantías propias del proceso penal, pero esta asimilación se limita al procedimiento sancionador y algunos aspectos de la pena o sanción, en concreto los que se refieren a las exigencias de proporcionalidad y graduación.

Salvo en estos extremos la identificación no es correcta<sup>56</sup>: el derecho penal delimita bienes jurídicos y los protege mediante la imposición a quien los lesione de una pena, cuya naturaleza es tanto represiva como orientada a la reeducación y reinserción social (artículo 25 de la Constitución).

---

<sup>56</sup> Acerca de las diferencias entre una y otra forma de ejercicio del ius puniendi estatal véase Suay Rincón, José, *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1989.

El derecho administrativo se ocupa de servir con objetividad los intereses generales (artículo 103 de la Constitución) y la función de las sanciones administrativas es precisamente evitar ese daño mediante la represión. El fin de las penas es, a tenor del artículo 25, la reeducación y reinserción social, las sanciones administrativas son esencialmente represoras de las conductas que obstaculizan o incumplen los fines previstos para la acción administrativa.

Por otra parte, los preceptos del Código Penal atienden al principio de intervención mínima, pero en materia de sanciones administrativas este principio no está presente del mismo modo, salvo en los criterios a los que se refiere el artículo 39 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, calificados como principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad<sup>57</sup>, criterios que no resultan aplicables de forma directa a la actividad sancionadora, entendida como un modo concreto de la acción administrativa, es decir, la acción de policía. Se de tener en cuenta además que los fundamentos de la potestad sancionadora de la Administración en lo que afecta a las relaciones de sujeción general son discutidos y discutibles.

Así las cosas, la traslación de determinadas conductas desde el Código Penal hasta la Ley Orgánica de seguridad ciudadana supone la pérdida de uno de los conceptos básicos del derecho penal, cual es el del bien jurídico protegido. Esta pérdida se trasluce en los informes emitidos por el Consejo Fiscal y el Consejo General del Poder Judicial que se refieren de forma constante al bien jurídico protegido en el análisis de las infracciones y sanciones, bien jurídico que debería delimitar y configurar la sanción aplica-

---

<sup>57</sup> Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

*“Artículo 39.bis. Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad*

*1. Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.*

*2. Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan”.*

El precepto fue redactado por 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.

ble. Así ocurre, por ejemplo, en lo que se refiere a los delitos electorales<sup>58</sup> o en todos aquellos aspectos de los informes que tratan de fijar el supuesto de hecho de las conductas sancionadas en ambos cuerpos legales, como es el caso de los desórdenes públicos<sup>59</sup>.

Esta carencia se ha tratado de paliar configurando la seguridad ciudadana<sup>60</sup> como un bien jurídico colectivo. En estos términos se expresa el Proyecto de Ley en cuanto la configura como un requisito indispensable del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas y, en un paso más allá, califica la seguridad

---

<sup>58</sup> En el Anteproyecto de Ley Orgánica se introdujo una infracción grave del siguiente tenor:

“Artículo 35. Infracciones graves.

Son infracciones graves: (...)

8. *La perturbación del orden en un acto de campaña electoral, administración electoral, votación, escrutinio y recuento de votos no constitutiva de infracción penal o administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio.*

Sin embargo ya en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, está tipificado el delito de alteración del orden en estos términos:

“Artículo 147 Delito de alteración del orden del acto electoral

*Los que perturben gravemente el orden en cualquier acto electoral o penetren en los locales donde éstos se celebren portando armas u otros instrumentos susceptibles de ser usados como tales, serán castigados con la pena de prisión de tres a doce meses o la multa de seis a veinticuatro meses”.*

Por esta razón los informes consideraron que, por razones de coherencia sistemática del ordenamiento jurídico, la correcta ubicación de la infracción estaba en dicha ley. El precepto fue suprimido en el Proyecto de Ley Orgánica de seguridad ciudadana.

<sup>59</sup> En el Proyecto Código Penal se tipifica entre los delitos contra el orden público el tipo del delito de desórdenes públicos (actual artículo 557 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) pero desaparece la falta contra el orden público hoy prevista en el artículo 633 del Código Penal, que se refiere a quienes perturbaren levemente el orden en la audiencia de un tribunal o juzgado, en los actos públicos, en espectáculos deportivos o culturales, solemnidades o reuniones numerosas. El Anteproyecto de Ley Orgánica de seguridad ciudadana incluía en su artículo 34.1 como infracción muy grave “*La perturbación muy grave de la seguridad ciudadana no constitutiva de delito en actos públicos, espectáculos deportivos o culturales, solemnidades y oficios religiosos u otras reuniones numerosas*” y en el artículo 35.1 como infracción grave “*La perturbación grave de la seguridad ciudadana en actos públicos, espectáculos deportivos o culturales, solemnidades y oficios religioso u otras reuniones numerosas, cuando no sean constitutivos de delito*”. Se puso de manifiesto la necesidad de coordinar ambas normas y eliminar de la Ley Orgánica de seguridad ciudadana la sanción prevista para las alteraciones graves si estas fueran constitutivas de delito.

<sup>60</sup> La diferencia entre los conceptos de orden público, seguridad pública y seguridad ciudadana ha dado lugar a interesantes trabajos doctrinales y una profusa doctrina del Tribunal Constitucional. Un buen resumen del estado de la doctrina puede encontrarse en el informe emitido por el Pleno del Consejo General de Poder Judicial, en su reunión del 27 de marzo del 2014, sobre este Anteproyecto de Ley.

ciudadana como “*uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho*”<sup>61</sup>. Pero lo cierto es que las potestades sancionadoras de la Administración se basan en la posible colisión de varios derechos entre sí: el derecho de los manifestantes a manifestarse frente al de los ciudadanos en general a desarrollar sus actividades, el derecho de los huelguistas a cesar en la prestación del trabajo frente al de los usuarios de los servicios esenciales que precisan de éstos. Muchos de estos derechos fundamentales están garantizados en su contenido esencial por la Constitución de modo que solo el legislador puede regularlos (artículo 53) con los límites fijados por la propia Constitución. Por decirlo de otro modo, el derecho fundamental a moverse libremente por el territorio nacional puede ser limitado por otras normas con rango de ley pero no puede ser delimitado por el bien jurídico de la seguridad ciudadana.

Sobre este entendimiento general que permite la traslación de las conductas susceptibles de ser sancionadas desde el derecho penal al derecho administrativo pivotan otras consecuencias, probablemente algunas no deseadas:

- Como es sabido, la culpa y el dolo tienen valor esencial en el derecho penal. El Código Penal señala con claridad: “*Artículo 5. No hay pena sin dolo o imprudencia*”. Por el contrario el principio de culpabilidad en el derecho administrativo se acerca mucho más a la responsabilidad objetiva. Se ha tratado de paliar este aspecto con la introducción de criterios de exención de la responsabilidad (a modo de circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad)<sup>62</sup> y de

<sup>61</sup> Sobre este concepto de seguridad ciudadana, su corrección técnica y su adecuación a la Constitución resulta del mayor interés la lectura del voto particular emitido por los vocales Enrique Lucas Murillo de la Cueva y Mercé Pigem Palmés en relación con el informe emitido por el Pleno del Consejo General de Poder Judicial el 27 de marzo del 2014. Señala que la seguridad ciudadana no es una finalidad esencial en el artículo 10 de la Constitución: “*Dicho en otros términos, el status de la persona, del que parte la Constitución, es la libertad. La seguridad ciudadana ha de servir para garantizar este estado, pero no es una condición de su existencia y efectividad que ya vienen impuestas directamente por la constitución con carácter vinculante para todos los poderes públicos y sin necesidad de mediación alguna (artículo 53.1 CE)*”.

<sup>62</sup> Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana.

“*Artículo 30. Sujetos responsables.*”

1. *La responsabilidad por las infracciones cometidas recaerá directamente en el autor del hecho en que consista la infracción.*

2. *Estarán exentos de responsabilidad por las infracciones cometidas:*

a) *Los menores de catorce años.*

b) *Las personas que al tiempo de cometer la infracción, a causa de cualquier anomalía o alteración mental o intelectual, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.*

*El trastorno mental transitorio no eximirá de sanción cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer la infracción o hubiera previsto o debido prever su comisión.*

elementos de graduación en las sanciones<sup>63</sup>, tales como la entidad del riesgo producido, la cuantía del perjuicio causado, el grado de culpabilidad, el beneficio económico obtenido y la capacidad eco-

---

c) El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

d) El que al tiempo de cometer la infracción se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

En caso de que la infracción sea cometida por un menor de 14 años o por una persona en la que concurra alguna de las circunstancias previstas en los párrafos b) o c), la autoridad competente lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, en su caso, las actuaciones oportunas.

3. (...)

<sup>63</sup> Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana

“Artículo 33. Graduación de las sanciones.

1. En la imposición de las sanciones por la comisión de las infracciones tipificadas en esta ley se observará el principio de proporcionalidad, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados siguientes.

2. Dentro de los límites previstos para las infracciones muy graves y graves, las multas se dividirán en tres tramos de igual extensión, correspondientes a los grados mínimo, medio y máximo, en los términos del apartado 1 del artículo 39.

La comisión de una infracción determinará la imposición de la multa correspondiente en grado mínimo. La infracción se sancionará con multa en grado medio cuando se acredite la concurrencia, al menos, de una de las siguientes circunstancias:

a) La reincidencia, por la comisión en el término de dos años de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

b) La realización de los hechos interviniendo violencia o amenaza.

c) La ejecución de los hechos usando cualquier tipo de prenda u objeto que cubra el rostro, impidiendo o dificultando la identificación.

En cada grado, para la individualización de la multa se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

a) La entidad del riesgo producido para la seguridad ciudadana o la salud pública. b) La cuantía del perjuicio causado.

c) La trascendencia del perjuicio para la prevención, mantenimiento o restablecimiento de la seguridad ciudadana.

d) La alteración ocasionada en el funcionamiento de los servicios públicos o en el abastecimiento a la población de bienes y servicios.

e) El grado de culpabilidad.

f) El beneficio económico obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción.

g) La capacidad económica del infractor.

Las infracciones sólo se sancionarán con multa en grado máximo cuando los hechos revistan especial gravedad y así se justifique teniendo en cuenta el número y la entidad de las circunstancias concurrentes y los criterios previstos en este apartado.

3. La multa por la comisión de infracciones leves se determinará directamente atendiendo a las circunstancias y los criterios del apartado anterior”.

nómica del infractor. Pero lo cierto es que en materia de seguridad ciudadana, al igual que en el resto del ordenamiento administrativo sancionador, la autoridad se configura de modo casi objetivo<sup>64</sup>, como dispone la Ley 30/1992, de 26 de noviembre:

*“Artículo 130 Responsabilidad*

*1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.*

*2. Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente.*

*3. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan.*

*Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores”.*

- La sanción ya no se impondrá por un órgano judicial, sino por la propia Administración a quien corresponderá la valoración del comportamiento del autor. La aplicación de las normas penales, a veces complejas, ha sido encomendada a Jueces y Magistrados con una especial preparación técnica, independientes e inamovibles. No se duda de que los funcionarios responsables de la aplicación de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana ejercerán sus funciones con

---

<sup>64</sup> Estas reglas comunes previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, resultan con todo mucho más acomodadas a los principios generales que los desarrollos particulares o sectoriales. Basta con un vistazo a las normas sancionadoras en materia tributaria o en lo que afecta al tráfico y la seguridad vial para comprobar que se tipifican como infracciones comportamientos no deliberados e incluso comportamientos omisivos. Un buen ejemplo es la infracción del deber de notificar a la Administración la identidad de la persona que conducía en un momento determinado nuestro vehículo, infracción que se sanciona como tipo autónomo con una cuantiosa multa. En esta línea se insiste, tratando de convertir al ciudadano en colaborador forzoso de la Agencia Tributaria o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en aras de los superiores bienes públicos de la recaudación, la seguridad vial o cualquier otro, que prima sobre las garantías que deben rodear al administrado y las que protegen los derechos fundamentales.

estricta sujeción al ordenamiento y en función con el objetivo fundamental de servicio a los intereses generales, pero parece posible plantearse alguna duda acerca de la influencia en el funcionamiento de los servicios públicos de las necesidades recaudatorias que tienen su origen en la crisis económica o en las consideraciones policiales de eficacia en la prevención o represión de determinadas conductas. Se habrá de coincidir en que no revisten las mismas garantías para el ciudadano el proceso penal, encomendado a un Juez o Tribunal imparcial, predeterminado por la Ley y con formación más que suficiente, que el procedimiento administrativo, sin separación entre instrucción y resolución, a cargo de un funcionario o cargo público, impelido acaso por consideraciones de otro orden.

- Como destacó en su informe el Consejo Fiscal, en el procedimiento sancionatorio administrativo las declaraciones de los agentes que formulan denuncia gozan de valor probatorio de los hechos denunciados (artículo 53 del Proyecto<sup>65</sup>), mientras que en el procedimiento penal tienen el valor de simples declaraciones testificales (artículo 717 Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>66</sup>). Bien es cierto que este camino ya fue recorrido por la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana<sup>67</sup> y avalado por la Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre de 1993, del Tribunal Constitucional<sup>68</sup>. Sin embargo, la aplicación de esta presunción de veracidad

---

<sup>65</sup> Proyecto de Ley Orgánica protección de la seguridad ciudadana.

*“Artículo 53. Valor probatorio de las declaraciones de los agentes de la autoridad.*

*En los procedimientos sancionadores que se instruyan en las materias objeto de esta ley, las denuncias, atestados o actas formulados por los agentes de la autoridad en ejercicio de sus funciones que hubiesen presenciado los hechos, darán fe, previa ratificación en el caso de haber sido negados por los inculcados, salvo prueba en contrario, de los hechos que en ellas consten y de la identidad de quienes los cometiesen, sin perjuicio del deber de aquéllos de aportar todos los elementos probatorios que sean posibles sobre el hecho denunciado”.*

<sup>66</sup> Ley de Enjuiciamiento Criminal.

*“Artículo 717.*

*Las declaraciones de las autoridades y funcionarios de policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificadas, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional”.*

<sup>67</sup> Barcelona Llop, Javier, *Infracciones y sanciones administrativas*, en *Seguridad ciudadana, Materiales de reflexión crítica contra la Ley Corcuera*, Trotta, Madrid, 1993, págs. 161 y ss.

<sup>68</sup> Así se expresa la Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre de 1993: *“Bien se ve, siendo esto así, que el precepto no es contrario a la norma constitucional que protege la presunción de inocencia en todo proceso o procedimiento sancionador. No estamos ante una disposición que otorgue valor en todo caso a la información de los agentes ni que dispense a la Administración de aportar cuantas pruebas haya obtenido ni, en fin, que predetermine el criterio de la autoridad que deba resolver el expediente sancionador. El expediente no queda —en contra de lo que los recurrentes*

por parte de los órganos administrativos sancionadores en muchos casos dista de acomodarse a los límites fijados en las normas<sup>69</sup> y en este caso concreto se ha de tener en cuenta que, de aplicarse el procedimiento abreviado, la denuncia será el único documento de cargo. Difícilmente se acomoda el resultado a los límites previstos por la jurisprudencia constitucional.

- El concepto penal de reincidencia se traslada también al derecho administrativo. El Proyecto de Ley Orgánica crea un Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana<sup>70</sup> a los solos efectos de apreciar la reincidencia, que servirá después como criterio para

---

*creen— compelido a probar su inocencia para evitar ser sancionado; bastará con que niegue los hechos para dar lugar a la ratificación de los agentes y ni siquiera en tal caso esas declaraciones policiales se impondrán necesariamente sobre la libre y racional valoración de la prueba —de toda la prueba practicada— que ha de llevar a cabo la autoridad administrativa. A falta de prueba en contrario, las informaciones de los agentes tampoco dan, por sí solas, base para “adoptar la resolución que proceda” (eventualmente sancionatoria), eficacia que sólo podrán llegar a alcanzar con el asentimiento tácito del expedientado al contenido fáctico del informe o, caso de negar éste los hechos, mediante la necesaria ratificación de los informantes en el expediente. Todas estas exigencias y garantías legales (que los agentes hayan presenciado los hechos; que se ratifiquen, caso de contradicción, en el contenido de su información; que se prevea la posibilidad de prueba en contrario y de la aportación de cualesquiera otras pruebas y, en fin, que la norma no condicione en ningún caso el contenido de la resolución a dictar) impiden apreciar, en suma, la tacha de inconstitucionalidad opuesta frente al precepto”.*

<sup>69</sup> Un buen ejemplo se refleja en el Dictamen 349/2013 de 16 de mayo de 2013, del Consejo de Estado. Se impuso a un ciudadano una sanción por infracción de los artículos 23.a) y 28.1 de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, en relación con el artículo 146 del Reglamento de Armas. El sancionado alegó que llevaba en el coche un pequeño cuchillo para cortar naranjas a sus nietos, cuchillo que fue calificado por los agentes como arma peligrosa. El procedimiento en vía de recurso tuvo su fundamento en la presunción de veracidad que ampara las declaraciones de los agentes. Los recursos presentados por el interesado fueron, finalmente, estimados.

<sup>70</sup> Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana  
 “Artículo 43. Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana.  
 1. A efectos exclusivamente de apreciar la reincidencia en la comisión de infracciones tipificadas en esta ley, se crea en el Ministerio del Interior un Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana.  
 2. Reglamentariamente se regulará la organización y funcionamiento del Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana, en el que únicamente se practicarán los siguientes asientos:  
 a) Datos personales del infractor.  
 b) Infracción cometida.  
 c) Sanción o sanciones firmes en vía administrativa impuestas, con indicación de su alcance temporal, cuando proceda.  
 d) Lugar y fecha de la comisión de la infracción.  
 e) Órgano que haya impuesto la sanción.”

la graduación de la sanción correspondiente a cada infracción. Las consideraciones emitidas durante la fase de tramitación por la Agencia Española de Protección de Datos fueron tenidas en cuenta en el texto final.<sup>71</sup>

- A lo largo de la tramitación del proyecto se puso de manifiesto que las multas penales tienen en cuenta la capacidad económica del infractor (artículo 53 del Código Penal) a diferencia de lo previsto por el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana. Este criterio consta ahora en el Proyecto, en el artículo 33. Sin embargo, es preciso tener en cuenta también el criterio de efectividad al que se refería el Consejo de Estado al señalar: *“Cuando la sanción es excesiva el resultado es que no se aplica y conduce a la impunidad del hecho sancionable. Si a ello se suma que muchos de los sancionados pueden resultar insolventes, la consecuencia es que la impunidad se da por supuesta desde el principio y ello tiene un grave eco en la conciencia ciudadana, extremo éste no abordado en el anteproyecto consultado y que debería dar lugar a una reflexión más general y con especial atención a los modelos de derecho comparado y a su aplicación”*.
- El carácter horizontal de la seguridad ciudadana puede plantear, por otra parte, divergencias en la aplicación de las normas en el territorio. En cuanto las infracciones se fijan en el Código Penal todos los españoles se someten a las mismas normas. Sin embargo, si los tipos se delimitan en relación con otras materias puede ocurrir, y de hecho

---

3. Las personas a las que se haya impuesto una sanción serán informadas de que se procederá a la práctica de los correspondientes asientos en el Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana. Podrán solicitar el acceso, cancelación o rectificación de sus datos de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo. En todo caso, las inscripciones contenidas en este Registro Central se cancelarán de oficio transcurridos dos años desde la comisión de la infracción.

4. Las autoridades y órganos de las distintas administraciones públicas con competencia sancionadora en materia de seguridad ciudadana, de acuerdo con esta ley, comunicarán al Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana las resoluciones sancionadoras dictadas, una vez firmes en vía administrativa. Asimismo, a estos efectos, dichas administraciones públicas tendrán acceso a los datos obrantes en ese Registro Central”.

<sup>71</sup> La Agencia Española de Protección de Datos emitió su informe el 28 de enero de 2014 y señaló que los límites a la privacidad de los datos deben basarse en motivos justificados y proporcionados sin que sea admisible una limitación invocando genéricos fines de seguridad ciudadana. Como ha expresado el Tribunal Constitucional no bastan los argumentos basados en la prevención de supuestos riesgos para la seguridad, ya que los límites a los derechos fundamentales, incluido éste, han de interpretarse de forma restrictiva.

ocurre, que conductas susceptibles de ser sancionadas en una Comunidades Autónomas no lo sean en otra. Las infracciones relacionadas con la tenencia de animales potencialmente peligrosos dependerán de cuáles sean calificados como tales<sup>72</sup> al igual que las asociadas al consumo de alcohol en público<sup>73</sup>.

- Otro aspecto que suscitó las observaciones de quienes participaron en la elaboración del texto es el relativo a la coordinación entre el procedimiento administrativo y el proceso penal. En cuanto la redacción inicial de la norma fue modificada siguiendo las recomendaciones del Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal no parece oportuno insistir en este asunto.
- A los efectos de facilitar a la ciudadanía el pago de las multas, que resultan ser las sanciones más habituales en la materia, el Proyecto de Ley Orgánica ha optado por crear un modelo de procedimiento abreviado<sup>74</sup>. La opción supone una rebaja sustancial en la cuantía de

---

<sup>72</sup> Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana.  
“Artículo 37. Infracciones leves.

*Son infracciones leves:*

17. Dejar sueltos o en condiciones de causar daños animales feroces o dañinos, así como maltratar cruelmente o abandonar animales domésticos en condiciones en que pueda peligrar su vida, o maltratar animales en espectáculos no autorizados legalmente, cuando estas conductas no sean constitutivas de delito”.

<sup>73</sup> Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana.

“Artículo 36. Infracciones graves.

*Son infracciones graves:*

18. El consumo de bebidas alcohólicas en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos cuando perturbe gravemente la tranquilidad ciudadana”.

<sup>74</sup> Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana.

“Artículo 55. Procedimiento abreviado.

1. Una vez notificado el acuerdo de incoación del procedimiento para la sanción de infracciones graves o leves, el interesado dispondrá de un plazo de quince días para realizar el pago voluntario con reducción de la sanción de multa, o para formular las alegaciones y proponer o aportar las pruebas que estime oportunas.

Si efectúa el pago de la multa en las condiciones indicadas en el párrafo anterior, se seguirá el procedimiento sancionador abreviado, y, en caso de no hacerlo, el procedimiento sancionador ordinario.

2. El procedimiento sancionador abreviado no será de aplicación a las infracciones muy graves.

3. Una vez realizado el pago voluntario de la multa dentro del plazo de quince días contados desde el día siguiente al de su notificación, se tendrá por concluido el procedimiento sancionador con las siguientes consecuencias:

a) La reducción del 50 por ciento del importe de la sanción de multa.

b) La renuncia a formular alegaciones. En el caso de que fuesen formuladas se tendrán por no presentadas.

la multa, un 50%, y tiene aparejada como consecuencia inevitable la renuncia a presentar alegaciones y recursos. El pago voluntario en quince días supone la terminación del procedimiento en vía administrativa y exime a la Administración de tener que dictar resolución expresa. La renuncia a la tutela efectiva en esta materia pudiera resultar poco compatible con la protección de los derechos fundamentales.

- Finalmente se ha de tener en cuenta que las sanciones impuestas en vía administrativa son, como no podía ser menos, susceptibles de revisión en vía jurisdiccional. Ahora bien, el acceso a la vía contencioso-administrativa está sujeto al pago de tasas, a diferencia de la vía penal. Probablemente el más significativo de los efectos prácticos de la despenalización de las faltas consista en trasladar la carga a la jurisdicción contencioso-administrativa. Sobre la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, sus finalidades y su impacto, se ha pronunciado en repetidas ocasiones el Consejo General de la Abogacía Española. Ha puesto de manifiesto que la finalidad de allegar recursos para la financiación del servicio público de la Administración de Justicia no se ha cumplido, ya que las cifras de recaudación no llegan a lo calculado, y los ingresos no se han afectado a la financiación de la asistencia jurídica gratuita, de acuerdo con la intención inicial del legislador. La segunda finalidad de la norma, aquella que pretendía disuadir a los ciudadanos que supuestamente abusan del sistema judicial, al que recurren no en búsqueda de la tutela de sus derechos sino en búsqueda “*ventajas indebidas e ilegítimas al abrigo de nuestra normativa procesal*”, parece estar corriendo mejor suerte<sup>75</sup>.

---

c) *La terminación del procedimiento, sin necesidad de dictar resolución expresa, el día en que se realice el pago, siendo recurrible la sanción únicamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.*

<sup>75</sup> En el Boletín de Información Estadística del Consejo General del Poder Judicial número 34 de julio de 2013 se ofrece una “Primera valoración del impacto de la modificación de las tasas en la entrada de los órganos judiciales en base a la Estadística Judicial”, de la que puede extraerse, entre otras, esta conclusión:

*“Resumen de la jurisdicción Contencioso Administrativa  
Con los datos disponibles, en la jurisdicción Contencioso Administrativa no podemos valorar el impacto de las nuevas tasas en los recursos, pues la estadística sólo facilita los elevados. Para los asuntos ingresados en los juzgados y en las Salas, de los que se han eliminado los de aquellas materias que presentan una gran volatilidad, se puede concluir que las nuevas tasas han tenido un efecto importante, observándose reducciones entre los valores previsibles antes de la implantación*

De lo expuesto puede desprenderse que la nueva configuración de la seguridad ciudadana que corre en paralelo con la despenalización de determinadas conductas antes calificadas como faltas puede tener consecuencias de todo tipo, muchas de ellas no previstas ni deseadas. Es, sin duda, una opción legislativa válida. Otra cosa es que hubiera sido preferible una mayor reflexión para alterar un sistema jurídico que, salvo en el aspecto de la alegada sobrecarga de los Tribunales, estaba funcionando correctamente.

---

*de las tasas y los observados para el conjunto de los trimestres cuarto de 2012 y primero de 2013 que oscilan entre el 6,4% para los asuntos en única instancia (sin contabilizar "Otras materias") en la Sala de la Audiencia Nacional, y el 36,3% para los asuntos de Actividad administrativa sancionadora en los Juzgados Centrales de lo Contencioso.*



# **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 2/2014)*

## **1. INTRODUCCIÓN. CONTEXTO**

En el presente dictamen abordaremos desde una perspectiva técnica, pero también sociopolítica las consecuencias de la aprobación de la Ley 19/2013 de 9 de diciembre de Transparencia, derecho de acceso a la información pública y buen Gobierno por el Congreso de los Diputados en su sesión de 28 de noviembre de 2013 y publicada en el BOE el día 10 de diciembre de 2013 para las Corporaciones de Derecho Público en general y para los Colegios Profesionales en particular.

Sin embargo, consideramos esencial realizar unas consideraciones generales sobre la Ley y el momento de su entrada en vigor antes de entrar a analizar las concretas obligaciones que se imponen a los Colegios Profesionales. Sin duda este ejercicio de reflexión previo es muy conveniente en relación con cualquier Ley, especialmente si pretende regular una materia relativamente nueva, como es la transparencia, aunque la novedad solo sea tal desde el punto de vista conceptual y normativo. Pero, además, en el caso de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, nos parece que el contexto político y social en el que se aprueba la Ley es esencial dado que estamos hablando de un pilar o pieza clave del Estado de Derecho y de las democracias representativas de corte liberal en el siglo XXI.

Y en este sentido lo primero que hay que señalar es que esta Ley se aprueba en un momento de profunda crisis política e institucional (tal y como reflejan las distintas oleadas de las encuestas del CIS) por lo que ha suscitado unas expectativas que convendría no defraudar. Efectivamente, la transparencia es un concepto que está íntimamente unido a la idea del control del Gobierno y de los Poderes Públicos por parte de los ciudadanos y por la sociedad civil, necesidad de control que se ha agudizado a principios del siglo XXI, especialmente después del estallido de la crisis financiera y económica que ha puesto de manifiesto la existencia en la mayoría

de los países afectados, entre ellos el nuestro, de importantes debilidades políticas e institucionales.

Así, la necesidad del control ciudadano del Gobierno y los Poderes públicos (entendidos en sentido amplio) se considera una necesidad esencial e inseparable de la existencia de una democracia representativa de calidad y de un Estado de Derecho digno de tal nombre. Como ya señalara John Stuart Mill en el siglo XIX, la idea de una democracia racional “no consiste en que gobierne el propio pueblo, sino en que éste tenga la seguridad de un buen gobierno. Seguridad que no puede tener de otro modo que reteniendo en sus manos el control último. Si renuncia a esto, se entrega a la tiranía”.

Conviene también recordar que la transparencia forma parte de un concepto político más amplio, el del Gobierno abierto, definido por la OCDE como “transparencia de las acciones de gobierno y las Administraciones Públicas, la accesibilidad de la información y los servicios públicos y la receptividad y capacidad de respuesta del gobierno a nuevas ideas, demandas y necesidades”. Efectivamente, tres son tradicionalmente los soportes de esta acción política en que consiste el Gobierno abierto: transparencia, participación y cooperación. La transparencia es, por tanto, un elemento fundamental del Gobierno abierto, pero no es el único.

Conectado íntimamente al concepto de transparencia encontramos el de rendición de cuentas. Si la transparencia es necesaria para controlar al Poder, para prevenir y evitar sus abusos y limitarlo a ciertas normas y reglas de conducta es porque permite que se exija la rendición de cuentas, tanto jurídica como política, en relación con aquellas conductas que se apartan de la buena gestión o que incurran en supuestos de despilfarro o/y corrupción. A estas premisas responden los modelos de democracias liberales representativas donde los mecanismos de “checks and balances” (contrapesos en español) son esenciales para su buen funcionamiento. Estos mecanismos en palabras de uno de los Founding Fathers americanos, James Madison, parten de la idea que “al organizar un Gobierno que ha de ser administrado por hombres y para hombres la gran dificultad estriba en esto: primero establecer un Gobierno capaz de controlar a los gobernados y después que se controle a sí mismo”.

En definitiva, y a los efectos que aquí nos interesa, lo que la transparencia permite es un fortalecimiento de las instituciones, a la par que una verdadera transformación de la vida pública basada en las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías asociadas a Internet, la movilidad, la Web 2.0 y las herramientas de búsqueda y compartición. Un objetivo sin

duda muy ambicioso y que requiere en primer lugar un cambio cultural profundo, reforzando el papel de la sociedad civil y de los ciudadanos y disminuyendo en paralelo el de los Poderes Públicos en la medida en que se les exige mayor responsabilidad y se aumentan los controles que pesan sobre los mismos.

El fortalecimiento institucional se asocia además en la doctrina predominante —es la tesis de autores como Douglas North o Acemoglu y Robinson— con las sociedades abiertas y el crecimiento económico. En definitiva, con la transparencia se persigue un cambio cultural nada fácil especialmente en las democracias más jóvenes, como es el caso de la española, con una sociedad civil todavía débil y una ciudadanía poco acostumbrada a exigir transparencia y rendición de cuentas y a participar en la vida pública.

En todo caso, la Exposición de Motivos de nuestra Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen Gobierno opta decididamente por las tesis anteriores cuando señala que: “La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar de una sociedad crítica, exigente y participativa. Los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social. En estos países, los ciudadanos pueden juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus responsables públicos y decidir en consecuencia. Permitiendo una mejor fiscalización de la actividad pública se contribuye a la necesaria regeneración democrática, se promueve la eficiencia y eficacia del Estado y se favorece el crecimiento económico. La presente Ley tiene un triple alcance: incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública —que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas—, reconoce y garantiza el acceso a la información —regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo— y establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento —lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública—”.

En relación con el asunto que aquí nos interesa, hay que destacar que siendo los Colegios Profesionales Corporaciones Públicas de base asocia-

tiva pueden ser consideradas también como instituciones cuyo buen funcionamiento es muy relevante no solo para sus colegiados sino para los ciudadanos en general. De ahí que en el presente informe propugnemos una interpretación de los preceptos de la Ley que les resulten aplicables que favorezcan la transparencia interna y en consecuencia, su fortalecimiento institucional frente a la sociedad en general y frente a los colegiados en particular.

Sentado lo anterior, podemos entrar ahora a analizar el ámbito subjetivo de la Ley y las obligaciones de transparencia que ésta establece con carácter general para los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación, antes de entrar a analizar las obligaciones concretas que se imponen a las Corporaciones Públicas en general y a los Colegios Profesionales en particular.

## **2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY. LOS SUJETOS OBLIGADOS DEL ART. 2**

El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley está recogido en su art. 2, aunque a consecuencia de la tramitación parlamentaria se han añadido en el art. 3 “otros sujetos obligados”, esencialmente partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales, así como entidades privadas que perciban financiación pública en cantidades significativas (considerando como tales las que establece el propio art. 3 en su párrafo 2º). Es interesante subrayar que todas las entidades recogidas en el art. 3 tienen base privada, con independencia de sus funciones públicas o su papel constitucional (muy especialmente en el caso de los partidos políticos) mientras que todas las entidades del art. 2 tienen carácter público.

Conviene también señalar que las Corporaciones Públicas han sido incluidas en el art. 2 de la Ley pese al debate doctrinal sobre su auténtica naturaleza, público o privada, pero también es interesante destacar que, en la medida en que perciban las cantidades a las que se refiere el art. 3.2 b) pueden quedar también sujetas a la Ley en base a dicho precepto. Efectivamente, según dicho artículo son también sujetos obligados “Las entidades privadas que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40 % del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros “. Según los datos disponibles tomados del Observatorio de la Justicia Gratuita todos los Colegios Profesionales de Abogados de España superarían esta cuantía, por lo que los Colegios de Abogados quedarían

doblemente sujetos a la Ley de Transparencia, en base a lo dispuesto en el art. 2 y en base a lo dispuesto en el art. 3.2, si bien daremos prioridad, desde el punto de vista de este informe, a la sujeción de los Colegios Profesionales a la Ley de Transparencia en base a lo dispuesto en el art. 2, dado que la sujeción en base a lo dispuesto en el art. 3.2 b) puede tener carácter circunstancial. En todo caso, esta doble sujeción refuerza sin duda las obligaciones de transparencia a que quedan sometidas estas Corporaciones.

En concreto, el art. 2, (que se encuadra en el Título I de la Ley dedicado a la “transparencia de la actividad pública”) establece respecto al ámbito subjetivo de aplicación lo siguiente:

*“1. Las disposiciones de este Título se aplicarán a:*

*a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local.*

*b) Las Entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social.*

*c) Los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.*

*d) Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades Públicas.*

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

*f) La Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho administrativo.*

*g) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100.*

*h) Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones.*

*i) Las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo. Se incluyen los órganos de cooperación previstos en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común en la medida en que, por su peculiar naturaleza y por carecer de una estructura administrativa propia, le resulten aplicables las disposiciones de este Título. En estos casos, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Ley serán llevadas a cabo por la Administración que ostente la Secretaría del órgano de cooperación.*

*2. A los efectos de lo previsto en los artículos 6.2, 7 y 8.3 de esta Ley, se entiende por Administraciones Públicas los organismos y entidades incluidos en las letras a) a d) del apartado anterior”.*

Pues bien, lo primero que hay que señalar por lo que aquí nos interesa en cuanto a este ámbito subjetivo de aplicación de la Ley es que existen importantes diferencias en cuanto a las obligaciones de transparencia que se imponen a unos y otros sujetos. La propia Ley distingue claramente entre los que se consideran “Administraciones Públicas” a efectos de su aplicación (son las entidades incluidas en las letras a) a d) del artículo 2.1) y el resto de las entidades públicas y organismos constitucionales junto a las Corporaciones Públicas. Las primeras son las que tienen un régimen más estricto en materia de transparencia y los segundos los que tienen un régimen de transparencia menos exigente. Además los mecanismos para hacer efectiva la transparencia activa y los de supervisión y control tampoco son los mismos, como veremos.

Las Corporaciones Públicas, en particular, no se consideran como “Administraciones Públicas” a efectos de su aplicación, lo que supone su sujeción a un régimen legal de transparencia menos intenso que el establecido para las entidades que se equiparan a las Administraciones Públicas. Lo analizaremos con más detenimiento a continuación.

### **3. LA APLICACIÓN DE LA LEY DE TRANSPARENCIA A LAS CORPORACIONES DE DERECHO PUBLICO EN GENERAL Y A LOS COLEGIOS DE ABOGADOS EN PARTICULAR**

#### **3.1. Consideraciones previas sobre la naturaleza jurídica de las Corporaciones públicas y los Colegios profesionales a efectos de la Ley de Transparencia**

Como hemos visto, quedan sujetas a la Ley de Transparencia según el art. 2 de la Ley las Corporaciones de Derecho Público, entre las que destacan Cámaras de Comercio, Colegios Profesionales y otras instituciones semejantes, pero solo en relación con sus actuaciones sujetas a Derecho Administrativo.

Su inclusión en este precepto es relevante, dado que a diferencia de lo que sucede con el resto de los sujetos del art. 2 (todos ellos de naturaleza pública) estamos en presencia de unas entidades cuya naturaleza pública o privada ha sido muy discutida en la doctrina. Efectivamente, originariamente los Colegios Profesionales son organizaciones representativas de los intereses de sus miembros que han contado con un importante peso político en España, donde se regulan por primera vez en la Ley 2/1974 de

13 de febrero modificada por leyes posteriores, entre ellas de forma muy relevante por la Ley 25/2009 de 22 de diciembre.

En ese sentido, el artículo 1.1 de la Ley de Colegios Profesionales dispone que: “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”.

En cuanto a los Colegios de Abogados, su regulación además de en la Ley de Colegios Profesionales se encuentra en art. 2.1 del RD 658/2001 de 22 de junio que establece que: “Los Colegios de Abogados son corporaciones de derecho público amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”. En cuanto a su regulación, el art. 3.2 señala que: “Los Colegios de Abogados se regirán por las disposiciones legales estatales o autonómicas que les afecten, por el presente Estatuto General, por sus Estatutos particulares, por sus Reglamentos de régimen interior y por los acuerdos aprobados por los diferentes órganos corporativos en el ámbito de sus respectivas competencia”.

Como hemos apuntado, la verdadera naturaleza jurídica de estos Colegios Profesionales ha sido siempre muy debatida dada la ambigüedad de los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto. Tradicionalmente la doctrina se ha dividido entre los autores que consideraban que se trata de personas jurídico-públicas que quedarían integradas dentro de la Administración Institucional del Estado (si bien solo en la medida en que ejercen funciones públicas sometidas a la tutela del Estado, de manera que su actividad no administrativa quedaría sujeta al régimen ordinario de Derecho privado) y aquellos autores que entienden que se trata de corporaciones sectoriales de base privada. En el punto intermedio estarían los autores que consideran que siendo personas jurídico-públicas no se encuadran en la Administración institucional del Estado aunque ejercen funciones de carácter público delegadas por la Administración.

Por su parte, la jurisprudencia ha venido reconocer este doble carácter, entendiendo que son entes de base asociativa privada que pueden llegar a ser considerados como corporaciones de derecho público. Este doble carácter, dice la STC 23/1984 de 20 de febrero, es fruto “de la caracterización constitucional del Estado como social de Derecho, lo que determina una interpenetración entre Estado y sociedad, traducida, no sólo en la participación de los ciudadanos en la organización del Estado, sino también en la ordenación por el Estado de entidades de carácter social en cuanto su actividad presenta un interés público relevante”. En todo caso la jurisprudencia

dencia siempre ha distinguido con claridad estas corporaciones de las asociaciones del art. 22 de la Constitución y nunca las ha llegado a considerar parte integrante de la Administración. Por tanto, la postura mayoritaria considera que los Colegios Públicos son Corporaciones Públicas que no se integran en la Administración institucional y esta también es la perspectiva de la Ley de Transparencia.

La STC de 18 de febrero de 1988 señala que: “Como ha declarado este Tribunal en anteriores ocasiones (STC 76/1983, de 5 de agosto, 23/1984, de 20 de febrero, y 123/1987, de 15 de julio), los Colegios profesionales son Corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero también atienden finalidades de interés público, en razón de las cuales se configuran legalmente 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 denominaciones obligatorias del propio legislador, el cual, por lo general, les atribuye asimismo el ejercicio de funciones propias de las Administraciones territoriales o permite a estas últimas recabar colaboración de aquéllas mediante delegaciones de competencias administrativas, lo que sitúa a tales Corporaciones bajo la dependencia o tutela de las citadas Administraciones territoriales titulares de las funciones o competencias ejercidas por aquéllas”.

En cuanto al TS, por todas, puede citarse la reciente la STS de 7 de marzo de 2011 que analiza extensamente la cuestión en sus fundamentos de Derecho. Así señala que “Para analizar la cuestión litigiosa estamos obligados a detenernos en la naturaleza jurídica de las cuotas colegiales, naturaleza que deriva de la especial singularidad de estos entes públicos que son los Colegios Profesionales. Al efecto recordemos que el art. 36 de la Constitución establece que “La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos”, dando así soporte al reconocimiento de la existencia de la autonomía profesional que se organiza en la Ley de Colegios Profesionales a través de una organización colegial caracterizada por las notas propias de las corporaciones públicas sectoriales de base privada. Esta organización corporativa de las profesiones permite a la Ley atribuir a los organismos colegiales potestades públicas y una amplia autonomía normativa sin suprimir la base privada de sus componentes y de sus actividades en defensa de los intereses profesionales. Son por tanto entes cuya naturaleza es mixta con componentes de claro perfil público pero con una

base de intereses privados. De ahí que la Administración Corporativa a la que pertenecen los Colegios Profesionales pueda calificarse de fronteriza entre los entes públicos y los entes privados.

Sigue señalando esta sentencia que “Esta especial naturaleza de la Administración Corporativa también conlleva un específico régimen jurídico mixto, con normas reguladoras de Derecho Público y otras que necesariamente han de ser calificadas de privadas (...) Sin perjuicio de ello, su función principal no es pública sino que tiene por fin esencial la gestión de aquellos intereses privativos de sus miembros que derivan del ejercicio de la profesión común (...)” 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”.

Esta doctrina jurisprudencial tiene interesantes consecuencias al determinar la correcta aplicación de la Ley de Transparencia a los Colegios Profesionales. En todo caso, la importancia que la Constitución española concede a los Colegios Profesionales al consagrar su existencia en el art. 36, exigiendo que su estructura interna y funcionamiento sean democráticos, e imponiendo que la regulación de los Colegios y las profesiones tituladas se haga mediante Ley es también muy relevante a estos efectos. Efectivamente, interesa destacar que la referencia a que la estructura interna y el funcionamiento sean democráticos es similar a la que se recoge para partidos políticos, sindicatos y corporaciones profesionales en art. 9 de la Constitución, exigencia que, como veremos, debe de tenerse muy en cuenta a la hora de interpretar las obligaciones que la Ley les impone en materia de transparencia, especialmente si compartimos la tesis recogida en la Exposición de Motivos de la Ley cuando señala que la transparencia es un mecanismo esencial para asegurar el fortalecimiento de las instituciones y la efectiva rendición de cuentas.

No obstante, parece que la razón fundamental de la inclusión de los Colegios Profesionales en el art. 2 de la Ley de Transparencia no es otra que la consideración de que estas Corporaciones de Derecho Público realizan importantes funciones públicas bajo la tutela de la Administración Pública, pese a tener una base privada.

Que esta ha sido la razón determinante viene avalado por el dato de que este tipo de Corporaciones no se financian mayoritariamente con fondos públicos sino que se sostienen básicamente con las cuotas (obligatorias) de los profesionales que los integran, por lo que en el caso concreto de las Corporaciones públicas o Colegios Profesionales la inclusión en la Ley de Transparencia no deriva de la regla “followthemoney” (sigue el dinero, en concreto el dinero público) como sucede con los entes privados contemplados como sujetos obligados en el art. 3.2.

De forma coherente con estos razonamientos doctrinales y jurisprudenciales, la Ley de Transparencia ha optado por no considerar a sus efectos estas entidades como Administración pública sino como Corporaciones de Derecho Público, y por someterlas a las obligaciones legales que impone la Ley solo **en relación con las actividades que realicen que estén sujetas a Derecho Administrativo.**

Es de destacar que en este caso la Ley ha optado por una sujeción menor de estas Corporaciones que la que exige a otras organizaciones de base privada como son las organizaciones empresariales y sindicales a las que se refiere el art. 3, quizá por su menor relevancia constitucional e institucional, o por su falta de dependencia de la financiación pública. Por otro lado, puede simplemente que la explicación de este diferente tratamiento jurídico haya que encontrarla en los numerosos casos de corrupción favorecidos o propiciados por la opacidad en la financiación y falta de democracia interna y rendición de cuentas de partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales.

No obstante, entendemos que aunque se haya optado por no imponer obligatoriamente una mayor transparencia en cuanto al funcionamiento y organización interna de las Corporaciones Públicas en general y de los Colegios Profesionales en particular (que recordemos deben de ser democráticos por imperativo constitucional) ni hayan impuesto tampoco obligaciones de transparencia con respecto a aquellas actuaciones no sujetas a Derecho Administrativo sería muy conveniente que, de forma voluntaria, los Colegios Profesionales se vayan adaptando a los requisitos establecidos en la Ley de Transparencia para otras entidades.

Efectivamente, en nuestra opinión la relevancia de su papel institucional, así como la perspectiva de la aprobación en breve de una nueva Ley de Servicios Profesionales, a los que hay que añadir la necesidad de tiempos de crisis de justificar su existencia y funcionamiento no ya solo en los servicios que prestan a los colegiados, sino en los que prestan a la ciudadanía en general hace muy conveniente que, de forma voluntaria, los Colegios

Profesionales realicen un ejercicio de transparencia que vaya más allá de las estrictas obligaciones legales.

La transparencia puede permitir un fortalecimiento de los Colegios Profesionales además de proporcionarles una mayor legitimidad si, como es deseable, se utiliza como mecanismo para promover la participación de colegiados y ciudadanos y de facilitar la rendición de cuentas a unos y a otros.

Sentado lo anterior, obligatoriamente los Colegios Profesionales solo deberán cumplir las obligaciones de publicidad activa y pasiva establecidas en la Ley para aquellos entes que no tienen la consideración de Administraciones Públicas en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo. Por tanto debemos precisar primero qué se entienden por actuaciones sujetas a Derecho Administrativo y después cuales son las obligaciones de transparencia activa concretas que se imponen en la Ley.

En el caso de los Colegios Profesionales entendemos que las actividades sujetas a Derecho Administrativo serán únicamente aquellas en las que ejerzan funciones o potestades propias de la Administración Pública, dado que en este caso sí estarán sujetas al Derecho Administrativo, mientras que para el resto de sus actividades estarán sujetas al Derecho Privado y a la regulación contenida en sus Estatutos. Estas actuaciones sometidas al Derecho Administrativo serán además susceptibles de ser revisadas por la Jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con la previsión contenida en el art. 2, c) de la Ley 29/1998 reguladora de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa según la cual corresponde a esta jurisdicción el conocimiento de los recursos relativos “los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas”.

Se pone aquí de manifiesto de nuevo el doble carácter público y privado de esas Corporaciones, de manera que queda fuera del ámbito obligatorio de la Ley de Transparencia todo el conjunto de sus actividades que no impliquen el ejercicio de funciones públicas o de potestades administrativas. Entre ellas todo lo que se refiere a su funcionamiento interno y organización (con las matizaciones que después haremos) gestión patrimonial, contratos, recursos humanos y servicios a los colegiados, es decir, la práctica totalidad de las actuaciones que realiza un Colegio profesional en cumplimiento de las leyes y de sus Estatutos quedan fuera de las obligaciones de publicidad activa y pasiva recogidas en la Ley de Transparencia.

**Actividades de los Colegios Profesionales en que se ejercitan funciones o potestades públicas**

En cuanto a aquellas actividades en que se ejercitan funciones o potestades públicas, la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto de manera que hay que entender por “ejercicio de funciones públicas” lo que es propio o característico de la Administración Pública y que se traduce en las correspondientes potestades administrativas.

Para una parte de la doctrina y la jurisprudencia sólo en la medida en que el ordenamiento jurídico encomienda a los Colegios Profesionales actuaciones propias de una Administración territorial que afecten o vengán determinados por la protección de los derechos de los usuarios de los servicios profesionales estaremos en presencia de actuaciones o funciones públicas y de su garantía institucional.

Desde ese punto de vista, como ya hemos adelantado, cabe concluir que una gran parte de las funciones y actividades que a los Colegios Profesionales atribuye el art. 5 de su Ley reguladora quedan “extramuros” de la Ley de Transparencia, puesto que están orientadas fundamentalmente a prestar servicios a sus colegiados. Lo mismo sucede con la mayoría de las funciones que atribuye a los Colegios de Abogados el art. 4 del RD 658/2001 de 22 de junio por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía.

Para los autores que defienden una concepción más pública de estas Corporaciones, asimilándolas prácticamente a Administraciones, quedarían también englobadas en estas actuaciones o ejercicio de funciones públicas actuaciones tales como, por ejemplo, las relativas a la aprobación de los presupuestos, gestión económica, etc. Incluso podría defenderse la inclusión de todas aquellas actuaciones relativas a los procesos electorales y la toma de decisiones, en la medida en que recogen o plasman las exigencias de una organización y funcionamiento democrático derivadas del art. 36 de la Constitución, ya que son relevantes no solo para los colegiados sino para los ciudadanos en general.

En este dictamen adoptaremos una visión más pragmática teniendo en cuenta fundamentalmente lo dispuesto en la propia Ley de Transparencia, sin perjuicio de propugnar una interpretación amplia de sus preceptos a la luz de la Exposición de Motivos. En último término no hay que perder de vista que la transparencia legal siempre se puede mejorar voluntariamente y que consideramos que el fortalecimiento institucional —que incluye de forma muy relevante la legitimación que le otorguen a los Colegios Profesionales los propios ciudadanos, además de los colegiados— pasa ineludiblemente por instituciones más transparentes y dispuestas a rendir cuentas.

Entre las actuaciones que, en nuestra opinión, quedarían claramente sujetas a la Ley de transparencia podríamos enumerar las siguientes a la vista de las consideraciones anteriores:

- a) Verificación de requisitos para acceder a la profesión de Abogado y en general las actuaciones relativas al régimen de la colegiación obligatoria.
- b) Régimen disciplinario de los colegiados.
- c) Todas las actuaciones relativas a la deontología profesional, redacción de normas o códigos deontológicos.
- d) Acuerdos emanados de los órganos de los Colegios y Consejos generales sujetos a Derecho Administrativo en virtud del art. 8 de la Ley de Colegios Profesionales, así como los actos del Consejo General, Consejo de los Colegios de las Comunidades Autónomas, de la Junta General y de la Junta de Gobierno de cada Colegio y las decisiones del Decano y demás miembros de la Junta de Gobierno como actos sujetos al Derecho Administrativo, según lo dispuesto en el art. 94 y ss. del Estatuto General de la Abogacía.
- e) Prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita.

Por el contrario, no tendrían este carácter otras actuaciones referentes a los servicios a los colegiados, tales como las funciones de asistencia mutua o social que se les prestan, ni tampoco la determinación y cobro de las cuotas colegiales sin perjuicio, por supuesto, de que sea muy recomendable promover la transparencia también respecto a estas actuaciones.

En particular, con respecto a las cuotas colegiales la STS de 7 de marzo de 2011 ya mencionada más arriba señala que “Desde esta perspectiva, en cuanto al problema de la naturaleza jurídica de las cuotas colegiales, es preciso subrayar *prima facie* que tales cuotas no constituyen exacciones públicas sometidas al principio de legalidad tributaria —art. 133 de la Constitución— afirmándolo así la jurisprudencia en diversas ocasiones (sentencias de 9 de diciembre de 1981 y 16 de mayo de 1983), sino que constituyen obligaciones personales de los colegiados con la Corporación de la que forman parte, a lo que se añade que el régimen económico-financiero de los Colegios Profesionales, al que las cuotas colegiales sirven, ni es objeto de tutela pública ni sirve para garantizar, como destino principal, los derechos de los usuarios de los servicios profesionales, que es la finalidad última justificadora de la publicación de una actividad profesional determinada y de su garantía institucional. Finalmente, el establecimiento o modificación de las cuotas colegiales no supone tampoco ejercicio de potestad pública alguna”.

### 3.2. Obligaciones de transparencia activa

Pues bien, en relación con estas funciones las obligaciones de transparencia activa (es decir, la de informar a través de las webs o, en su caso, de las sedes electrónicas) serían las establecidas en los arts. 5 y ss. de la Ley de Transparencia.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 5 de la Ley (encuadrado en el título I capítulo II de la misma, dedicada a la publicidad activa que recoge los denominados “principios generales” sobre la materia) los Colegios Profesionales —al igual que el resto de 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. Como puede verse, se deja a las Corporaciones un amplio margen de discrecionalidad para decidir qué información es relevante a estos efectos.

Por tanto, según lo dispuesto en el párrafo 4º de este precepto, los Colegios Profesionales deben de publicar en su web oficial (o, en su caso, en su sede electrónica) toda aquella información que hayan considerado relevante a estos efectos (funcionamiento y control) siempre, claro está, que se refiera a actuaciones sujetas a Derecho Administrativo.

En cuanto a la forma de proporcionar esta información, el art. 5 señala que “deberá proporcionarse de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables”. Consideramos que por “interesados” cabe entender tanto los propios colegiados como los ciudadanos usuarios de los servicios de los colegiados y, en último término, los ciudadanos en general, lo que exige un especial cuidado para que la información sea comprensible para personas no especializadas. En cuanto al formato la expresión “preferiblemente” excluye la obligatoriedad de que la información se ponga a disposición del público en formatos reutilizables, aunque el tenor de la Ley pretende que ésta sea precisamente la forma habitual de hacerlo, lo que es sin duda muy recomendable desde todos los puntos de vista.

Asimismo, el art. 5 dispone que “deberán establecerse los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada así como su identificación y localización. Se exige que la información sea comprensible, de acceso fácil y gratuito y que esté a disposición de las personas con discapacidad en una modalidad suministrada por medios o en formatos adecuados de manera que resulten accesibles y comprensibles, conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos”.

Nos interesa destacar el carácter gratuito y el acceso fácil y la referencia a que la información pueda resultar accesible para cualquier persona, incluidas las personas con discapacidad. Puede también destacarse que el art. 5 simplemente habla de establecer “mecanismos adecuados” para favorecer la accesibilidad, la interoperabilidad (entendemos que en nuestro caso al menos entre Colegios Profesionales de Abogados y con las Administraciones por cuenta de las cuales se prestan los servicios o funciones públicas) la calidad y la localización de la información, así como su reutilización, pero no se establece una obligatoriedad clara ni tampoco se establece previsión alguna para el caso de incumplimiento de estas reglas.

Por último, conviene señalar que de conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley las Corporaciones de Derecho Público para el cumplimiento de las obligaciones previstas en el Título I de la Ley podrán celebrar convenios de colaboración con la Administración Pública correspondiente o, en su caso, con el organismo que ejerza la representación en su ámbito concreto de actividad.

### **3.3. Contenido de las obligaciones de transparencia activa**

En cuanto al contenido concreto de la información a suministrar de forma activa por los sujetos obligados por la Ley hay que referirse a la información prevista con carácter general en los artículos 6, 7 y 8. Sin embargo, para los sujetos obligados que no tienen el carácter de Administraciones Públicas (como es el caso que nos ocupa) no resultan aplicables ni las obligaciones recogidas en el art 6.2 (referido a la publicación de los planes y programas anuales de actuación y a su evaluación de las Administraciones Públicas) ni en el artículo 7 (que se refiere a la información jurídica a proporcionar por las Administraciones Públicas) ni la mayor parte de las obligaciones contenidas en el art. 8 que por su propia naturaleza, como veremos, afectan básicamente a las Administraciones Públicas.

Además, en el caso de las Corporaciones Públicas hay que tener presente la limitación adicional de que la información obligatoria que hay que proporcionar es solo la referente a las actuaciones sujetas a Derecho Administrativo lo que, como veremos, plantea algunas dificultades interpretativas dado que parte de las obligaciones señaladas en los arts. 6.1 y en alguno de los apartados del artículo 8 tienen carácter general y parece difícil proporcionarla solo en relación con aquellas actuaciones sujetas a Derecho Administrativo.

No obstante, ya hemos adelantado nuestra opinión en el sentido de que de forma voluntaria los Colegios Profesionales pueden ir más allá de sus es-

trictas obligaciones legales y facilitar voluntariamente información adicional tomando como criterio precisamente las obligaciones que se imponen por la Ley a otros sujetos obligados.

En todo caso la cláusula del art. 5 que permite a los propios Colegios, en el ámbito de la publicidad activa, determinar qué información es la relevante a efectos de facilitar el control y el funcionamiento de sus actuaciones públicas permite también hacer una interpretación extensiva de las obligaciones legales de transparencia, en la línea de lo que se va a defender a continuación.

En particular, puede ser muy conveniente para reforzar la legitimidad de los Colegios Profesionales ampliar las obligaciones de transparencia activa de forma voluntaria a todas las fases de los procesos electorales así como a aquellas actuaciones de participación de los colegiados (no mencionados en absoluto en los arts. 6 a 8 de la Ley de Transparencia) así como reforzar las obligaciones de transparencia activa relativas al funcionamiento económico de los Colegios incluso más allá de lo establecido en la Ley en su artículo 8, al que enseguida haremos referencia, en la Ley de Colegios Profesionales o en los propios estatutos colegiales.

Por último, y conforme al principio general de la Ley de establecer la preferencia de cualquier otra normativa sectorial o específica más exigente en materia de transparencia, el art. 5.2 dispone que: “las obligaciones de transparencia contenidas en este Capítulo se entenderán sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad”.

En este sentido, cabe hacer referencia a la previsión contenida en el art. 5, u) de La Ley 2/1974 de 13 de febrero según la cual es función de los Colegios: “Atender las solicitudes de información sobre sus colegiados y sobre las sanciones firmes a ellos impuestas, así como las peticiones de inspección o investigación que les formule cualquier autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea en los términos previstos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en particular, en lo que se refiere a que las solicitudes de información y de realización de controles, inspecciones e investigaciones estén debidamente motivadas y que la información obtenida se emplee únicamente para la finalidad para la que se solicitó”.

De la misma forma, el art. 11 de la misma Ley establece con carácter general al regular la memoria anual que “1. Las organizaciones colegiales estarán sujetas al principio de transparencia en su gestión. Para ello, cada

una de ellas deberá elaborar una Memoria Anual que contenga al menos la información siguiente:

**a)** Informe anual de gestión económica, incluyendo los gastos de personal suficientemente desglosados y especificando las retribuciones de los miembros de la Junta de Gobierno en razón de su cargo.

**b)** Importe de las cuotas aplicables desglosadas por concepto y por el tipo de servicios prestados, así como las normas para su cálculo y aplicación.

**c)** Información agregada y estadística relativa a los procedimientos informativos y sancionadores en fase de instrucción o que hayan alcanzado firmeza, con indicación de la infracción a la que se refieren, de su tramitación y de la sanción impuesta en su caso, de acuerdo, en todo caso, con la legislación en materia de protección de datos de carácter personal.

**d)** Información agregada y estadística relativa a quejas y reclamaciones presentadas por los consumidores o usuarios o sus organizaciones representativas, así como sobre su tramitación y, en su caso, de los motivos de estimación o desestimación de la queja o reclamación, de acuerdo, en todo caso, con la legislación en materia de protección de datos de carácter personal.

**e)** Los cambios en el contenido de sus códigos deontológicos, en caso de disponer de ellos.

**f)** Las normas sobre incompatibilidades y las situaciones de conflicto de intereses en que se encuentren los miembros de las Juntas de Gobierno.

**g)** Información estadística sobre la actividad de visado.

Cuando proceda, los datos se presentarán desagregados territorialmente por corporaciones.

**2.** La Memoria Anual deberá hacerse pública a través de la página web en el primer semestre de cada año.

**3.** El Consejo General hará pública, junto a su Memoria, la información estadística a la que hace referencia el apartado uno de este artículo de forma agregada para el conjunto de la organización colegial.

**4.** A los efectos de cumplimentar la previsión del apartado anterior, los Consejos Autonómicos y los Colegios Territoriales facilitarán a sus Consejos Generales o Superiores la información necesaria para elaborar la Memoria Anual”.

En todo caso, conviene recordar que los Colegios Profesionales, en cuanto a su regulación, tienen una amplia capacidad de autorregulación,

de forma que pueden establecer obligaciones de transparencia adicionales a través de sus disposiciones estatutarias, de conformidad con lo previsto en el art. 13 de la Ley.

Volviendo a lo dispuesto a la Ley de Transparencia el art. 6.1 (ya hemos señalado que el párrafo 2º relativo a la información de planificación no se aplica a los entes que no son Administraciones Públicas) dispone que: “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. A estos efectos, incluirán un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional”.

Como vemos, esta información no coincide totalmente con la que debe de recogerse en la Memoria Anual según el art. 11 más arriba transcrito (que en algún punto va más allá de lo dispuesto en la Ley de Transparencia, como en el caso de las retribuciones, lo que no plantea problemas como hemos visto atendiendo a la causa de prevalencia del régimen normativo más amplio en materia de transparencia). Sin embargo parece razonable entender que los Colegios Profesionales deben de cumplir enteramente con las previsiones de este precepto, además, de por supuesto, con las obligaciones establecidas en la Ley de Colegios Profesionales.

A nuestro juicio carece de sentido realizar una interpretación estricta de esta norma de manera que se considere que estas obligaciones de información solo son aplicables en relación con las actuaciones sujetas a Derecho Administrativo (por ejemplo, identificando solo a los responsables de los órganos que van a realizar las funciones públicas y no al resto de responsables). El Colegio debe de facilitar esta información en relación con toda a su actividad y su estructura, no solo porque como hemos defendido la transparencia mejora y fortalece a la institución y facilita la rendición de cuentas, sino porque en último término es la mejor herramienta para permitir como dice el art. 5 garantizar el buen funcionamiento y el control de las actuaciones que realiza por delegación de la Administración Pública a la que se imponen estas obligaciones de transparencia.

Como ya hemos señalado, el art. 7 respecto a la información con relevancia jurídica solo se aplica a las Administraciones Públicas, lo que no debe de obstar, a nuestro juicio, para que los Colegios Profesionales faciliten información jurídica relevante relativa a su propio funcionamiento, empezando por los Estatutos y terminando por los dictámenes o informes jurídicos que se hayan emitido.

El artículo 8 se refiere a las obligaciones relativas a la información económica, presupuestaria y estadística, pero hay que tener en cuenta que en nuestro caso muchas de estas disposiciones no serán aplicables a los Colegios Profesionales al referirse específicamente a las Administraciones Públicas, como se desprende de su propio tenor literal, por lo que conviene realizar una interpretación acorde con la naturaleza y funciones de los Colegios Profesionales, aunque, de nuevo, somos partidarios de una interpretación extensiva de las obligaciones de transparencia.

En este sentido, propondremos un criterio interpretativo que sería el siguiente: en materia de transparencia, en caso de duda los Colegios Profesionales deben ajustarse a las mismas obligaciones que se imponen a las Administraciones territoriales por cuenta de las cuales ejercitan sus actuaciones sujetas a Derecho Administrativo. Por supuesto cuando existe una norma específica que establezca obligaciones más amplias en materia de transparencia en relación con estas actuaciones será esta la que resulte aplicable de acuerdo con lo ya expuesto más arriba.

El art. 8.1 de la Ley de Transparencia dispone que: “Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación:

a) Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.

Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público”.

Como puede apreciarse, este apartado a) se refiere a la contratación pública, que en principio no es de aplicación a los Colegios Profesionales ni siquiera en cuanto a sus actuaciones sujetas a Derecho Administrativo ya que no se les aplican las disposiciones de la normativa de contratos del sector público.

b) La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados

a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas (...).

En nuestra opinión la obligación relativa a los Convenios que se firmen será aplicable a los Colegios Profesionales en relación con aquellos Convenios que firmen en relación con sus actuaciones sujetas a Derecho Administrativo, aunque sería muy conveniente que se hiciera extensiva a cualesquiera otras actuaciones propias del Colegio.

En este sentido, conviene señalar que la Disposición Adicional 5ª de la Ley de Colegios en relación con la facultad de control documental de las AAPP señala que “Lo previsto en esta Ley no afecta a la capacidad que tienen las Administraciones Públicas, en ejercicio de su autonomía organizativa y en el ámbito de sus competencias, para decidir caso por caso para un mejor cumplimiento de sus funciones, establecer con los Colegios Profesionales u otras entidades los convenios o contratar los servicios de comprobación documental, técnica o sobre el cumplimiento de la normativa aplicable que consideren necesarios relativos a los trabajos profesionales”.

c) Las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios.

Lógicamente este precepto será de aplicación a los Colegios Profesionales cuando reciban cualquier tipo de subvención o ayuda pública.

d) Los presupuestos, con descripción de las principales partidas presupuestarias e información actualizada y comprensible sobre su estado de ejecución y sobre el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.

De nuevo estamos ante una obligación aplicable a las Administraciones Públicas, no solo por la referencia al régimen de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, sino porque los Colegios Profesionales gozan de autonomía financiera en los términos previstos en el artículo 6.3. f) de la Ley 2/1974, con arreglo al cual “Los estatutos generales regularán las siguientes materias: f) Régimen económico y financiero y fijación de cuotas y otras percepciones y forma de control de los gastos e inversiones para asegurar el cumplimiento de los fines colegiales” y se financian básicamente con cargo a las cuotas de los colegiados.

El art. 11 de la Ley de Colegios Profesionales solo señala que las memorias incluirán un informe de gestión económica en la Memoria anual, no obstante lo cual entendemos que sería muy conveniente que se procediese a la publicación de los presupuestos en particular porque puede resultar determinante para posibilitar el control y buen funcionamiento de la insti-

tución en general y de lo que se refiere a sus actuaciones sujetas al Derecho Administrativo en particular.

En todo caso, recordemos que según el art. 62 del Estatuto General de la Abogacía “**1.** El ejercicio económico de los Colegios y Consejos de Colegios de Abogados coincidirá con el año natural, salvo que sus Estatutos particulares establezcan otra cosa. **2.** El funcionamiento económico de los Colegios de Abogados se ajustará al régimen de presupuesto anual y será objeto de una ordenada contabilidad. **3.** Todos los colegiados podrán examinar las cuentas del Colegio durante los quince días hábiles anteriores a la fecha de celebración de la Junta General o Asamblea Colegial que haya de aprobarlas”.

Por lo que existiendo esta obligación, no debería de haber problema para hacer efectiva la obligación de transparencia en cuanto a la publicación también de los presupuestos del Colegio al menos una vez aprobados.

e) Las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan.

Podemos hacer la misma observación que con respecto al apartado anterior.

f) Las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este Título. Igualmente, se harán públicas las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del abandono del cargo.

Como hemos visto, el art. 11 de la Ley de Colegios exige que se incluyan en la Memoria Anual estos extremos (aunque no hace referencia expresa a las indemnizaciones por razón del cese entendemos que debe de realizarse también aquí una interpretación extensiva en favor de la transparencia).

g) Las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad que afecten a los empleados públicos así como las que autoricen el ejercicio de actividad privada al cese de los altos cargos de la Administración General del Estado o asimilados según la normativa autonómica o local.

Si bien este precepto no resulta directamente aplicable a las Corporaciones Públicas, el art. 11 dispone que deben de publicarse en la Memoria anual las “ normas sobre incompatibilidades y las situaciones de conflicto de intereses en que se encuentren los miembros de las Juntas de Gobierno”, por lo que consideramos, siempre en atención a este principio favorable a la transparencia, que deben de ser conocidas también posibles

situaciones de incompatibilidad o de conflicto de intereses que afecten al menos a los miembros de las Juntas de Gobierno.

i) La información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia, en los términos que defina cada Administración competente.

Este precepto resulta plenamente aplicable si bien hay que tener en cuenta que será la Administración competente la que defina los parámetros necesarios para su cumplimiento. En ese sentido, es también de destacar las obligaciones de información que refleja el art. 11 de la Ley de Colegios en cuanto a información estadística en particular en relación con las quejas de los usuarios.

### **3.4. La transparencia “pasiva”: el derecho de acceso a la información pública**

La transparencia pasiva se refiere a las solicitudes que pueden presentar los ciudadanos ante los entes obligados por la Ley de Transparencia para ejercitar su derecho de acceso a la información pública.

En cuanto a la posibilidad de que los ciudadanos presenten solicitudes de acceso a la información pública en poder de Corporaciones Públicas o Colegios Profesionales la literalidad del art. 17 de la Ley, que regula la solicitud de acceso a la información señala que la regla general es que la solicitud se dirija “al titular del órgano administrativo o entidad que posea la información” salvo que “Cuando se trate de información en posesión de personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, la solicitud se dirigirá a la Administración, Organismo o Entidad de las previstas en el artículo 2.1 a las que se encuentren vinculadas”.

La mención a las entidades previstas en el art. 2.1 permite entender, en nuestra opinión, que en el caso de las Corporaciones Públicas los ciudadanos pueden ejercitar el derecho de acceso a la información pública directamente frente a ellas siempre, claro está, en cuanto a sus actuaciones sujetas a Derecho Administrativo, y que la referencia de las entidades físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas hay que entenderla en relación con las entidades previstas en el art. 4 de la norma según la cual “Las personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información

necesaria para el cumplimiento por aquéllos de las obligaciones previstas en este título. Esta obligación se extenderá a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato”.

Esta interpretación resulta congruente con el tratamiento que ha elegido darles la Ley y con la jurisprudencia más arriba citada.

La regulación de las solicitudes de acceso a la información pública por parte de los ciudadanos está regulada en los arts. 14 y ss. de la Ley, que habrán de entenderse aplicables a los Colegios Profesionales en la medida en que se refieran a actuaciones sujetas a Derecho Administrativo.

Es importante destacar que el art. 14.3 de la Ley impone que “Las resoluciones que de conformidad con lo previsto en la sección 2.<sup>a</sup> se dicten en aplicación de este artículo serán objeto de publicidad previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 20, una vez hayan sido notificadas a los interesados”. Se refiere a las resoluciones que resuelvan las solicitudes de derecho de acceso a la información pública planteadas por los interesados. El art. 20.3 de la Ley señala que las solicitudes de acceso a la información pública serán desestimadas “Cuando la mera indicación de la existencia o no de la información supusiera la vulneración de alguno de los límites al acceso” lo que se indicará al desestimarse la solicitud.

### **3.5. Límites a las obligaciones de transparencia**

En cuanto a los límites que establece la Ley a las obligaciones de transparencia, tanto activa como pasiva, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3º del art. 5 resultan de aplicación los límites previstos en la Ley en cuanto al derecho de acceso a la información pública recogidos en el artículo 14 de la Ley y, especialmente, el límite derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15. Lógicamente cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos.

Sin embargo, lo cierto es que la mayoría de los límites enumerados en el art. 14.1 que transcribimos a continuación parecen de difícil aplicación en el caso de los Colegios Profesionales.

Dicho precepto dispone lo siguiente:

*Artículo 14. Límites al derecho de acceso.*

*1. El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para:*

*a) La seguridad nacional.*

- b) La defensa.*
- c) Las relaciones exteriores.*
- d) La seguridad pública.*
- e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios.*
- f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva.*
- g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control.*
- h) Los intereses económicos y comerciales.*
- i) La política económica y monetaria.*
- j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.*
- k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.*
- l) La protección del medio ambiente.*

Efectivamente, parece difícil que puedan suscitarse la aplicación de estos límites en relación con la transparencia activa o pasiva, con la excepción de los referidos en el párrafo e) referido a “la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinario”, “g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control” “j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial” y k) “la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión” en relación con la confidencialidad.

En todo caso, hay que recordar que según el art. 14.2 de la Ley “La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso”.

Si bien esta disposición se refiere por igual a la publicidad activa y la pasiva, lo cierto es que acoge lo que la doctrina denomina “cláusula de daño”, según la cual el órgano que recibe la solicitud de acceso a la información debe de realizar una ponderación entre la concurrencia de un posible límite y el objeto y finalidad del acceso, dado que puede estar justificado facilitar la información cuando concurra “un interés público o privado superior”.

Cabe también la posibilidad de un acceso parcial, en los términos del art. 16 de la Ley que dispone que “En los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 14 no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información”.

En cuanto a los límites derivados del derecho a la protección de datos, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 15 de la Ley que regu-

la con detenimiento la cuestión. Para mayor comodidad transcribimos su contenido.

*Artículo 15. Protección de datos personales.*

*“1. Si la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso.*

*Si la información incluyese datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevasen la amonestación pública al infractor, el acceso sólo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquél estuviera amparado por una norma con rango de Ley.*

*2. Con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.*

*3. Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.*

Para la realización de la citada ponderación, dicho órgano tomará particularmente en consideración los siguientes criterios:

a) El menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.

c) El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos.

d) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad.

No será aplicable lo establecido en los apartados anteriores si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas”.

Por lo que aquí nos interesa, conviene destacar lo dispuesto en el párrafo 2° del apartado primero en relación con los expedientes disciplinarios, así como la disposición del apartado 4°.

### **3.6. Supervisión y control**

Para concluir este informe hay que destacar lo relativo al control de las obligaciones impuestas a los Colegios Profesionales y el régimen sancionador en caso de incumplimiento.

Pues bien, en cuanto a las obligaciones de transparencia activa, de conformidad con el tenor literal del artículo 9 de la Ley, las Corporaciones Públicas no están comprendidas dentro del ámbito de las competencias de control que se atribuyen al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Efectivamente, señala dicho precepto que “1. El cumplimiento por la Administración General del Estado de las obligaciones contenidas en este Capítulo será objeto de control por parte del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. 2. En ejercicio de la competencia prevista en el apartado anterior, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, de acuerdo con el procedimiento que se prevea reglamentariamente, podrá dictar resoluciones en las que se establezcan las medidas que sea necesario adoptar para el cese del incumplimiento y el inicio de las actuaciones disciplinarias que procedan”.

No obstante lo anterior, el art. 9.3 dispone que: “El incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa reguladas en este capítulo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora”.

Cabría entender entonces que el incumplimiento reiterado de estas obligaciones constituiría una infracción grave de las contempladas en el art. 85 del Estatuto General de la Abogacía. Lógicamente, para poder exigir esta responsabilidad habrá que delimitar en los Colegios de Abogados las personas o unidades responsables de dar cumplimiento a las obligaciones de transparencia.

En cuanto a la publicidad pasiva, es decir, el procedimiento para recurrir en caso de desestimación expresa o presunta por el Colegio Profesional de la solicitud del derecho de acceso a la información pública de un

ciudadano las obligaciones y la tramitación de la solicitud es equiparable al que se establece con carácter general para el resto de las entidades obligadas, de forma que los ciudadanos tienen derecho a interponer según el art. 24 de la Ley una reclamación potestativa ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno con carácter previo a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

#### **4. CONCLUSIONES**

Como conclusiones del informe podemos señalar las siguientes:

- a) Los Colegios Profesionales están sujetos al ámbito de aplicación de la Ley 19/2013 de 9 de diciembre de Transparencia, derecho de acceso a la información pública y Buen Gobierno en tanto que Corporaciones de Derecho Público y en relación con su actividad sujeta al Derecho Administrativo.
- b) Se les imponen tanto obligaciones de transparencia activa (arts. 5 a 8 de la Ley) como obligaciones de transparencia pasiva (arts. 17 y ss. de la Ley) si bien solo en relación con dichas actuaciones y en los términos concretos que se especifican en el presente informe para cada uno de los supuestos.
- c) No obstante lo anterior, consideramos que la interpretación de las obligaciones legales de transparencia debe de ser extensiva, no solo porque favorece el fortalecimiento institucional de los Colegios en los términos de la propia Exposición de Motivos sino porque la cláusula contenida en el art. 5 relativa a que la transparencia activa que se proporcione debe de permitir garantizar el buen funcionamiento de las actuaciones sujetas al Derecho Administrativo y su control avala este criterio.
- d) En este sentido, se considera que el CGAE puede desempeñar un papel relevante para coordinar e impulsar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia en los distintos Colegios, particularmente en los de menor tamaño. Para cumplir esta función puede ser recomendable establecer Unidades específicas para favorecer la aplicación de la Ley inspiradas en las Unidades especializadas de información previstas en su artículo 21 (aunque este precepto que solo resulta de aplicación a la Administración General del Estado).
- e) No existe un régimen sancionador en la Ley en relación con el incumplimiento de las obligaciones de transparencia activa, aunque

se considera como infracción su incumplimiento reiterado, y los Colegios Profesionales no se encuentran en el ámbito de supervisión y control del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

- f) Conviene tener en cuenta los Colegios Profesionales pueden dotarse voluntariamente de un régimen de transparencia superior al establecido legalmente, lo que consideramos muy recomendable en un momento como el actual donde se está discutiendo una nueva regulación de los servicios profesionales y resulta muy conveniente reforzar la legitimidad y la confianza en las instituciones colegiales.

# El acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal

(Informe 6/2014)

## 1. INTRODUCCIÓN: LOS OBJETIVOS DEL LEGISLADOR

1. Una de las novedades más significativas de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (“Ley de Emprendedores”), es la introducción en la legislación concursal del acuerdo extrajudicial de pagos y de la figura del llamado mediador concursal.<sup>1</sup> Para una mejor comprensión y análisis de estas nuevas instituciones comenzaremos examinando los objetivos que el legislador persigue con ellas, según se indica en el Preámbulo de la Ley.

El objetivo más amplio y general de la Ley de Emprendedores se identifica como el de *“fortalecer el tejido empresarial de forma duradera”, “emprend[iendo] reformas favorables al crecimiento y la reactivación económica”*. Dentro de lo que, según el Preámbulo, se pretende mejorar se encuentra la *“facilidad de hacer negocios”*, el acceso a la financiación, el *“esfuerzo en investigación y desarrollo del sector privado”* y el *“número de profesionales y directivos que tiene España con las capacidades necesarias para gestionar la internacionalización empresarial”*. Además, se destaca la *“alta tasa de desempleo juvenil”* que, según el Preámbulo, radica en el *“modelo de relaciones laborales”* y en una deficiente *“iniciativa emprendedora entre los más jóvenes”*, situación, esta última, que se atajaría con un *“cambio de mentalidad en el que la sociedad valore más la actividad emprendedora y la asunción de riesgos”*.

Es a este último dato sobre la asunción de riesgos al que apunta el Capítulo V de la Ley de Emprendedores, titulado *“Acuerdo extrajudicial de pagos”*. El Preámbulo de la ley explica que *“[e]n la situación económica actual, son necesarios tanto cambios en la cultura empresarial como normativos, al objeto de garantizar que el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar”*. Puede entenderse que, para el legislador, esta idea no es de aplicación sólo al fracaso efectivamente sufrido sino también a la

---

<sup>1</sup> Se modifican ciertos artículos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (“Ley Concursal”), y se añaden un nuevo *“Título X. El acuerdo extrajudicial de pagos”* (nuevos artículos 231 a 242) así como nuevas disposiciones adicionales.

percepción del riesgo de fracaso, que puede tener un efecto igualmente inhibitor del espíritu emprendedor.

El Capítulo V de la Ley de Emprendedores pretende reducir el efecto de desincentivador del emprendimiento que asocia a la percepción del riesgo de fracaso mediante la previsión de “*un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios*”. Según sigue explicando el Preámbulo, “*la Ley es generosa en el reconocimiento de las posibilidades de negociación de deudas, de modo que pueden pactarse quitas de hasta el veinticinco por ciento de los créditos y esperas de hasta tres años*”.

El objetivo del legislador es, pues, en este punto, introducir algunos ajustes en materia concursal para introducir un procedimiento extrajudicial denominado de mediación que permita evitar la declaración de concurso de ciertas personas físicas o jurídicas por medio de un acuerdo tutelado entre el deudor y sus acreedores.

**2.** El procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos puede definirse como una alternativa extrajudicial y paraconcursal a la fase de convenio concursal. Como veremos con mayor detalle, el acuerdo extrajudicial de pagos está sometido a mayores restricciones que el convenio concursal, en especial en lo que respecta a las posibilidades de quita y espera. En caso de éxito del acuerdo extrajudicial de pagos, éste tiene efectos comparables a los del convenio concursal. Si el acuerdo fracasa, le sigue un llamado concurso consecutivo, que reviste ciertas particularidades respecto del concurso normal. La mayor diferencia consiste en que el concurso comienza directamente en la fase de liquidación. La lógica de ello radica en entender el procedimiento extrajudicial de pagos como una alternativa extrajudicial y paraconcursal a la fase de convenio concursal.

En esta línea, el Preámbulo señala que “[I]a reforma incluye una regulación suficiente de la exoneración de deudas residuales en los casos de liquidación del patrimonio del deudor que, declarado en concurso, directo o consecutivo, no hubiere sido declarado culpable de la insolvencia, y siempre que quede un umbral mínimo del pasivo satisfecho”. Como veremos, la reforma persigue incentivar al deudor para que acuda al procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos, en tanto ello facilita la referida exoneración de las deudas residuales.

**3.** Se trata, en definitiva, de habilitar un mecanismo que permita a algunos deudores ordenar su patrimonio obteniendo, en algunos casos, una condonación de parte de sus deudas, cuando no se les pudiera imputar mala fe o responsabilidad por la insolvencia.

A continuación, examinaremos los presupuestos y el alcance del acuerdo extrajudicial de pagos (epígrafe II). Luego, analizaremos el procedi-

miento extrajudicial de pagos (epígrafe III). Finalmente, estudiaremos la regulación del concurso consecutivo (epígrafe IV).

## 2. PRESUPUESTOS Y ALCANCE DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

### 2.1. Presupuestos subjetivos

El nuevo artículo 231.1 de la Ley Concursal abre la vía del acuerdo extrajudicial de pagos a los “*empresarios personas naturales*”, a los que define como “*no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos*”. Si bien la norma no especifica expresamente en qué momento el deudor deberá reunir esa condición, parece claro que habrá de considerarse como relevante el momento en que se inste el procedimiento. Hay, no obstante, quien ha contemplado la posibilidad de que hubiera de estarse al momento del nacimiento de las deudas<sup>2</sup>. Pero no existe ninguna razón que fuerce a esta interpretación restrictiva, que conduciría que la mera existencia de alguna deuda antigua, por insignificante que fuera, pudiera impedir el inicio del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos. Al contrario, el procedimiento no se configura como un rasgo del régimen de las deudas sino como una posibilidad abierta a los empresarios. No se está, pues, ante la inclusión de un procedimiento que se inserte en la configuración del régimen de las deudas sino ante una posibilidad que se inserta en el estatuto subjetivo del empresario, como revela la incardinación sistemática del precepto que se analiza y la existencia, en otro lugar, de una referencia a las deudas excluidas del alcance del acuerdo (*vid. infra*, epígrafe I.4).

Asimismo pueden instar el acuerdo extrajudicial de pagos, según el artículo 231.2 de la Ley Concursal, cualesquiera personas jurídicas. Sin embargo, conforme al artículo 231.5 no podrán acudir a este procedimiento aseguradoras ni reaseguradoras.

---

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, José María: “Legislar a Contra Coeur. La incidencia de la Ley de apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2013, pág. 179.

## 2.2. Presupuestos objetivos

Los empresarios personas naturales podrán iniciar el procedimiento si se encontraran en situación de insolvencia actual o inminente, según se define de manera general en el artículo 2 de la Ley Concursal, esto es, en la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles, o en previsión de tal imposibilidad, respectivamente (artículo 231.1 de la Ley Concursal).

Para las personas jurídicas, el artículo 231.2 de la Ley Concursal añade al requisito de que se encuentren en estado insolvencia<sup>3</sup> los siguientes: que el eventual concurso no hubiere de revestir especial complejidad, en los términos previstos en el artículo 190.1 para el concurso abreviado<sup>4</sup>; que el deudor disponga de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo; y que su patrimonio y sus ingresos previsibles permitan lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pago en los términos que se recogen en el artículo 236.1<sup>5</sup>.

## 2.3. Presupuestos negativos

Los apartados 3, 4 y 5 del artículo 231 de la Ley Concursal establecen una serie de supuestos —aplicables tanto a empresarios personas naturales

---

<sup>3</sup> Se ha sugerido que para las personas jurídicas sólo estaría abierta la vía del acuerdo extrajudicial de pagos en caso de insolvencia actual (FERNÁNDEZ SEIJO, José María: “Legislar a Contra Coeur. La incidencia de la Ley de apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2013, pág. 179). Pero también parece razonable entender que el “estado de insolvencia” abarca tanto la insolvencia actual como la inminente, según se establece en el artículo 2.3 de la Ley Concursal. Está por verse qué interpretación realizan los tribunales.

<sup>4</sup> Esto es: menos de cincuenta acreedores, estimación inicial del pasivo no mayor que cinco millones de euros, valoración de los bienes y derechos menor que cinco millones de euros. Sobre la cuestión de cómo ha de controlarse por los jueces la aplicación del ámbito subjetivo del acuerdo realizada por el notario/registrador, los magistrados de lo mercantil de Madrid se han pronunciado así:

*“Bastará para entender que el expediente para el acuerdo ha sido bien aplicado por el notario o registrador cuando al menos esté presente en el supuesto uno de los tres criterios recogidos en el art. 190.1 LC, pero necesariamente ha de concurrir al menos uno de ellos (menos de 50 acreedores, pasivo no supere los 5 millones de euros, o activo no alcance los 5 millones de euros). Es decir, no puede admitirse la apreciación por el notario o registrador sin que concurra alguno de esos tres supuestos legales”.*

(“Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a Emprendedores, sobre cuestiones concursales”, 11 de octubre de 2013 [en línea], < <http://www.tma-europe.org/uploads/TMA%20Spain%20article.pdf>>, pág. 2).

<sup>5</sup> *Vid. infra*, epígrafe III.5.

como a personas jurídicas— para los que queda excluido el acuerdo extrajudicial de pagos, a saber:

- los antecedentes penales del deudor por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o los derechos de los trabajadores;
- los sujetos a su inscripción obligatoria en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos con antelación;
- incumplimiento, en los tres ejercicios anteriores, de obligaciones legales de llevanza de contabilidad o de depósito de cuentas anuales;
- que en los tres años anteriores el deudor hubiera alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores, obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o declarado en concurso;
- que el deudor se encuentre negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación (parece razonable una interpretación restrictiva de este presupuesto, en el sentido de que sólo se excluye el inicio de un procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos a partir del momento en que se presente ante el registrador mercantil competente una instancia de nombramiento de experto independiente conforme al artículo 71bis.2 de la Ley Concursal<sup>6</sup>).
- que hubiera sido admitida a trámite la solicitud de concurso del deudor; o
- que cualquiera de los acreedores del deudor, que necesariamente debieran verse vinculados por el acuerdo, hubiera sido declarado en concurso. Se ha sostenido que “[1] a razón de ser de esta prohibición es evitar que el acuerdo conlleve una minoración de la masa activa del concurso del acreedor”<sup>7</sup> pero no llegan a atisbarse las razones que llevan al legislador a excluir, en este caso, el acuerdo extrajudicial de pagos<sup>8</sup>, en

---

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, José María: “Legislar a Contra Coeur. La incidencia de la Ley de apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2013, pág. 180.

<sup>7</sup> SENÉS MONTILLA, Carmen y CONDE FUENTES, Jesús: “Implicaciones procesales de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. (Ley 14/2013, de 27 de septiembre)”, *Revista General de Derecho Procesal*, 32 (2014), pág. 9.

<sup>8</sup> Esta exclusión ha sido criticada (CARAZO GONZÁLEZ, Inocencio y DOMÍNGUEZ RUIZ, Gonzalo: “Modificaciones en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, introducidas por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, *REVISTA CEFLEGAL. CEF*, núm. 155 (diciembre 2013), pág. 51). En cualquier caso, a la vista de que el concurso de cualquiera de los acreedores del deudor, que necesariamente debieran verse vinculados por el acuerdo, obsta al inicio

lugar de excluir los créditos del acreedor concursado del alcance del acuerdo extrajudicial, como dispone para otro tipo de créditos.

#### **4. CRÉDITOS EXCLUIDOS**

El artículo 231.5 de la Ley Concursal excluye del ámbito objetivo del acuerdo extrajudicial de pagos los créditos con garantía real, salvo que el acreedor opte por participar en al acuerdo mediante la comunicación prevista en el artículo 234.4 de la Ley Concursal. Asimismo se excluyen, sin excepción, los créditos de derecho público que, conforme a la nueva Disposición Adicional 7ª de la Ley Concursal, son aquellos para cuya gestión recaudatoria resulte de aplicación la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o el texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio.

### **3. EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS**

#### **3.1. La instancia del procedimiento**

De acuerdo con el artículo 232 de la Ley Concursal, el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos se inicia mediante solicitud de nombramiento de mediador concursal, ante el registrador mercantil, en los casos en que el deudor tuviera obligación de inscripción o, si no, ante notario. El criterio de competencia territorial no es el del centro de intereses principales del artículo 10.1 de la Ley Concursal sino el formal del domicilio del deudor.

En la solicitud deberá hacer constar el efectivo y los activos líquidos del deudor, sus bienes y derechos, sus ingresos regulares previstos, una lista de acreedores (incluyendo a aquellos de créditos con garantía real o de derecho público), una relación de los contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos. Los empresarios personas naturales que estuvieran casados (salvo aquellos con régimen de separación de bienes) deberán informar de los datos referidos a su estado civil y los deudores obligados a

---

del acuerdo extrajudicial, parece razonable entender que el concurso sobrevenido de alguno estos acreedores no impide la continuación de un procedimiento ya iniciado.

la llevanza de contabilidad deberán acompañar las cuentas anuales de los últimos tres ejercicios.

### 3.2. El nombramiento de mediador concursal

Admitida a trámite la solicitud de nombramiento, el registrador mercantil o el notario habrá de nombrar mediador concursal a la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial que será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia y publicada en el BOE. Este registro, así como la lista de mediadores concursales, es objeto de desarrollo por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, cuyos artículos 18 y 19 regulan la inscripción de los mediadores concursales en el Registro.

Los mediadores concursales deben reunir la condición de mediador de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (“Ley de Mediación”)<sup>9</sup>, así como alguna de las condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales según el artículo 27.1 de la Ley Concursal<sup>10</sup>. En concreto, el artículo 233.1 de la

---

<sup>9</sup> “Artículo 11 Condiciones para ejercer de mediador

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

Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley.

2. El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

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

<sup>10</sup> “Artículo 27 Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales

1. La administración concursal estará integrada por un único miembro, que deberá reunir alguna de las siguientes condiciones:

1.º Ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal.

2.º Ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal. También podrá designarse a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal”.

Ley Concursal dispone literalmente que “*el mediador concursal deberá reunir, además de esta condición de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, alguna de las que se indican en el apartado 1 del artículo 27*”. El artículo 27.1 de la Ley Concursal, por su parte, establece las condiciones subjetivas para ser administrador concursal. El último párrafo del artículo 233.1 de la Ley Concursal dispone que “[e]n todo lo no previsto en esta Ley en cuanto al mediador concursal, se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes”, esto es, en los artículos 338 y subsiguientes del Reglamento del Registro Mercantil (aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio).

El artículo 233.1 de la Ley Concursal, por tanto, se limita a indicar que el mediador concursal deberá reunir las condiciones para ser administrador concursal. Pero nada dice sobre si, además, es necesario que el mediador concursal tenga además la condición formal de administrador concursal y figure inscrito como tal en las listas de administradores concursales a que se refiere el artículo 27.3 de la Ley Concursal. Una lectura puramente literal del artículo 233.1 de la Ley Concursal podría dar a entender que no es necesario que el mediador concursal figure inscrito como administrador concursal; que basta con reunir las condiciones enunciadas en el artículo 27.1 de la Ley Concursal. Pero la previsión legal ha de interpretarse de forma coordinada con otra que es relevante en este ámbito. Según el artículo 242.2.1ª de la Ley Concursal, en el concurso consecutivo, “*salvo justa causa, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal*”. El legislador ha establecido, así, como regla que el mediador concursal sea también el administrador concursal en el eventual concurso consecutivo. Pero esa regla no podría cumplirse si el mediador concursal no estuviese formalmente inscrito como administrador concursal en los términos del artículo 27.3 de la Ley Concursal. Sería preciso nombrar administrador a otra persona que figurase inscrita en las listas correspondientes. No parece que sea ése el propósito perseguido por el legislador. Tampoco parece que el supuesto contemplado (mediador concursal no inscrito como administrador concursal) fuese uno de los que se podrían encuadrar en la excepción a la regla general, que exige la existencia de “justa causa”.

En definitiva, parece razonable exigir que los mediadores concursales figuren, además, inscritos como administradores concursales en la forma establecida en el artículo 27.3 de la Ley Concursal. Por lo demás, el mediador concursal no desempeña una función estricta de mediación y el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos no constituye una mediación en el sentido de la Ley de Mediación. En otras palabras: la Ley de Mediación no rige ni informa, de manera general, el procedimiento de acuerdo

extrajudicial de pagos ni la actividad del mediador concursal<sup>11</sup>. Con acierto explican SENÉS MONTILLA y CONDE FUENTES:<sup>12</sup>

*“Como quiera que la denominación de ‘mediador concursal’ evoque el régimen jurídico de la mediación [...], nos aprestamos a manifestar nuestra opinión sobre esta novedosa figura y su diferenciación con la institución que regula la Ley 5/2012. Y es que la ‘mediación concursal’ no es genuina mediación aplicada al procedimiento para alcanzar el acuerdo extrajudicial; es simple y llanamente, intervención de un profesional especializado en materia concursal al que la ley atribuye unas funciones concretas —la más sobresaliente, elaborar un plan de pagos—, y cuyas actuaciones deben ser desarrolladas, en la forma, en los tiempos, y con los límites y condicionamientos que marca la ley.*

*[...] Algunas referencias legales son significativas al respecto: la Ley de Mediación no es supletoria del procedimiento extrajudicial de pagos; y no lo es, ni en bloque, ni tan siquiera el estatuto orgánico del mediador. En cambio, sí integra el estatuto del ‘mediador concursal’ lo dispuesto para el nombramiento de expertos independientes (arts. 233.1; 71 bis.4 LC).”*

---

<sup>11</sup> Bien se ha señalado que “*el procedimiento de gestión del acuerdo de pagos no tiene nada de mediación. Violentando los sagrados principios de la mediación, el mediador paraconcursal ya remite a los acreedores el plan de pagos antes de que todas las partes hayan tenido que verse las caras en la reunión constitutiva del art. 234.1 LC. Para que la cosa parezca lo que no es, se añade que el mediador comunicará a los acreedores una «propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos» (art. 236.1 III LC), que no pueden ser otras que la quita y espera de rigor. Y se les invita a aceptar la mediación bajo una severa amenaza (art. 237.1 LC). En esta nueva mediación, la inasistencia de un acreedor no acaba con el procedimiento (como prescribe el art. 17 de la Ley 5/2012), sino que dispara la imposición de un contundente castigo (art. 237.1 LC). Además, sería herético pretender que una negociación mediada pueda estar sujeta al principio de voto mayoritario (arts. 236.4 y 238 LC), y que a un acreedor (cfr. art. 239 LC) se le puede imponer un acuerdo del que disiente. No puede concebirse que sea función de un mediador la de supervisar el cumplimiento del acuerdo (cfr. art. 241 LC).” (CARRASCO PERERA, Ángel: “Los nuevos Mediadores Concursales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 872/2013, pág. 3); véase también el detallado ejercicio de contrastación entre los rasgos generales de la mediación y el trámite de acuerdo extrajudicial de pagos que realiza AGÜERO ORTIZ, Alicia: “El mediador concursal como administrador extraconcursal”, *LA LEY 94/2014*, no obstante lo anterior, se ha afirmado que “*la figura del mediador concursal [...] no es sino el desarrollo parcial de la mediación mercantil recogida en la Ley [de Mediación]*” (CARAZO GONZÁLEZ, Inocencio y DOMÍNGUEZ RUIZ, Gonzalo: “Modificaciones en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, introducidas por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, *REVISTA CEFLEGAL. CEF*, núm 155 (diciembre 2013), pág. 42).*

<sup>12</sup> SENÉS MONTILLA, Carmen y CONDE FUENTES, Jesús: “Implicaciones procesales de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. (Ley 14/2013, de 27 de septiembre)”, *Revista General de Derecho Procesal*, 32 (2014), págs. 12 y 13.

En este contexto cabe referirse a los posibles problemas<sup>13</sup> derivados de la “*doble función*” del mediador concursal, como mediador y como administrador concursal en el concurso consecutivo. En particular se ha identificado el potencial conflicto entre las —supuestas— obligaciones de confidencialidad del mediador concursal como mediador y su eventual desempeño posterior como administrador concursal en el concurso consecutivo. Así, por ejemplo, los magistrados de lo mercantil de Madrid han entendido que “*el artículo 233.1 LC se referencia en la Ley [de Mediación]*” y que “*el acceso al conocimiento de datos y hechos especialmente sensibles en lo tocante a la actividad económica del deudor [...] quedarían comprendidos en el deber de confidencialidad del art. 9.1 Ley de Mediación*”<sup>14</sup>. Las diferencias funcionales entre el mediador concursal y el auténtico mediador no amparan, sin embargo, la proyección del estatuto del mediador a la figura que se examina<sup>15</sup>. Es

---

<sup>13</sup> Señala, por ejemplo, Leopoldo PONS ALBENTOSA que “*no parece que puedan conjugarse las funciones del mediador que, como recuerda la propia Ley 5/2012 y remarca en Dictamen del Consejo de Estado cuando se ocupa del desarrollo reglamentario de la misma, están sometidas al Código de conducta europeo para mediadores, de difícil armonización con las funciones y actuaciones en el caso de que se tengan que trasladar a la figura del administrador concursal, donde deja de ser una cuestión de simple buena fe entre las partes y de habilidades entre técnicas y emocionales, para convertirse en una parte beligerante del proceso concursal, como es el caso de la necesaria apertura de la sección de calificación, ya que el concurso consecutivo se inicia con la liquidación del concursado*”. (PONS ALBENTOSA, Leopoldo: “El mediador concursal. Una figura introducida con la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización” [en línea], <[http://www.elderecho.com/mercantil/mediador\\_concursal-ley\\_14-2013-apoyo\\_a\\_los\\_emprendedores-internacionalizacion\\_emprendedores\\_11\\_609055002.html](http://www.elderecho.com/mercantil/mediador_concursal-ley_14-2013-apoyo_a_los_emprendedores-internacionalizacion_emprendedores_11_609055002.html)>).

<sup>14</sup> Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a Emprendedores, sobre cuestiones concursales, 11 de octubre de 2013 [en línea], <<http://www.tma-europe.org/uploads/TMA%20Spain%20article.pdf>>, pág. 5; ver también SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique: “La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia”, *Diario La Ley*, N° 8230, pág. 4.

<sup>15</sup> Al respecto se ha señalado que “*en el mediador concursal solo hay de mediador el nombre*” (AGÜERO ORTIZ, Alicia: “El mediador concursal como administrador extraconcursal”, *LA LEY* 94/2014, pág. 19) y que la “*denominación de mediador concursal es confusa puesto que las funciones que se recogen para el mediador concursal no se corresponden con los principios que debe requerir un mediador en los términos de la Ley de Mediación. Principalmente en el procedimiento de mediación el mediador no propone ningún acuerdo sino que promueve que las partes alcancen su propio acuerdo. En este acuerdo extrajudicial de pagos, el mediador es el que después de analizar la situación de la empresa propone a los acreedores un plan pagos y los convoca a una junta de acreedores*”. (ORTIZ HERNÁNDEZ, Arturo: “Concurso de acreedores de persona física, freshstart y mediación concursal. La rehabilitación del deudor”, *Diario La Ley*, N° 8172, pág. 13).

precisamente la singularidad de su función la que no parece justificar su sometimiento al deber de confidencialidad como mediador<sup>16</sup>.

Una vez el mediador concursal hubiera aceptado el cargo, el registrador mercantil o notario habrá de comunicar el nombramiento a los registros públicos correspondientes, a la Agencia Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social.

### 3.3. Convocatoria a los acreedores

De acuerdo con el artículo 234 de la Ley Concursal, el mediador concursal, en un plazo de 10 días tras su nombramiento, habrá de comprobar la existencia y cuantía de los créditos y convocar al deudor y a los acreedores que puedan resultar afectados por el acuerdo (los acreedores de derecho público quedan expresamente excluidos) a una reunión que habrá de celebrarse en la localidad domicilio del deudor en un plazo de dos meses desde la aceptación del cargo por el mediador concursal. Naturalmente, la comprobación de los créditos sólo podrá hacerse sobre la base de la información proporcionada por el deudor en su solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos (*vid. supra*, epígrafe III.1), aunque también podría exigirse que el mediador concursal constatará la exactitud de datos fiscales o registrales de fácil acceso<sup>17</sup>.

El artículo 234.2 de la Ley Concursal dispone lo siguiente en cuanto a la forma de la convocatoria:

---

<sup>16</sup> Coinciden con esta postura SENÉS MONTILLA y CONDE FUENTES, quienes señalan “*qué desmesurada nos parece la extrapolación al acuerdo extrajudicial de la confidencialidad propia del ‘mediador’ cuando lo único que la Ley Concursal toma de la Ley de Mediación es la formación en técnicas de negociación que se exige al ‘mediador concursal’*” (SENÉS MONTILLA, Carmen y CONDE FUENTES, Jesús: “Implicaciones procesales de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. (Ley 14/2013, de 27 de septiembre)”, *Revista General de Derecho Procesal*, 32 (2014), pág. 12); coincide también AGÜERO ORTIZ, Alicia: “[A]l mediador concursal no le resultan de aplicación los deberes y obligaciones del mediador ordinario, tampoco tiene asignadas funciones asimilables a las del mediador, ni es remunerado en cuanto que tal. Ello no puede tener más explicación que la divergencia entre el nombre que se atribuye a este profesional «mediador concursal» y el contenido semántico y esencial del concepto de «mediador»”. (AGÜERO ORTIZ, Alicia: “El mediador concursal como administrador extraconcursal”, *LA LEY* 94/2014, pág. 22).

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ ACHÚTEGUL, Edmundo, “Limitación de responsabilidad, remisión de deudas y acuerdo extrajudicial de pagos en el Proyecto de Ley de Apoyo a los Emprendedores”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013, pág. 18.

*“La convocatoria se realizará por conducto notarial, por cualquier medio de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción. [...]”<sup>18</sup>*

Esta previsión ha dado lugar a dos interpretaciones. Para la primera<sup>19</sup>, la convocatoria ha de realizarse *exclusivamente* por conducto notarial, entendiéndose las calificaciones del medio de comunicación (“*individual y escrita, que asegure la recepción*”) como relativas a la modalidad del conducto notarial. Pero también se ha sostenido, como una segunda lectura, que la notificación “*deberá llevarse a cabo por conducto notarial o medio que asegure la recepción*”<sup>20</sup>, entendiéndose “*cualquier medio de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción*” como *alternativa* al conducto notarial<sup>21</sup>, lo que encierra la corrección de un percibido error de redacción del legislador. Si bien esta última interpretación parece razonable, mientras no se hayan pronunciado los tribunales, resulta aconsejable, por cautela, ceñirse al conducto notarial.

### 3.4. Efectos de la iniciación del expediente

Conforme al artículo 235.1 de la Ley Concursal, a diferencia de la situación en el concurso, durante el procedimiento extrajudicial el deudor no queda intervenido en sus facultades, pero sí queda sujeto a limitaciones de no escasa entidad: no puede solicitar nuevos préstamos o créditos, deberá

---

<sup>18</sup> Además: “*Si constara la dirección electrónica de los acreedores por haberla facilitado éstos al mediador concursal en los términos que se indican en el apartado 4 del artículo 235, la comunicación deberá realizarse a la citada dirección electrónica*”.

<sup>19</sup> PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: “El acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal en la Ley de Emprendedores” [en línea], <<http://www.abogacia.es/2013/11/13/el-acuerdo-extrajudicial-de-pagos-y-la-mediacion-concursal-en-la-ley-de-emprendedores>>; Lorenzo PRATS ALBENTOSA: “Ley de emprendedores: del emprendedor de responsabilidad limitada a los apoderamientos electrónicos”, *Diario La Ley*, N° 8161, pág. 6.

<sup>20</sup> “Aspectos concursales en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización” [en línea], <<http://www.fabregat-perulles-sales.com/blog/?p=498>>; ver también FERNÁNDEZ SEIJO, José María: “Legislar a Contra Coeur. La incidencia de la Ley de apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2013, pág. 183.

<sup>21</sup> Ver también RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo, “Limitación de responsabilidad, remisión de deudas y acuerdo extrajudicial de pagos en el Proyecto de Ley de Apoyo a los Emprendedores”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013, pág. 118; CARAZO GONZÁLEZ, Inocencio y DOMÍNGUEZ RUIZ, Gonzalo: “Modificaciones en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, introducidas por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, *REVISTA CEFLEGAL. CEF*, núm. 155 (diciembre 2013), pág. 54.

devolver tarjetas de crédito y no podrá realizar pagos por medios electrónicos.

De manera similar al efecto suspensivo del concurso que prevé el artículo 55 de la Ley Concursal, el artículo 235.2 dispone la paralización de las acciones individuales de ejecución desde la publicación de la apertura del expediente y mientras se negocia el acuerdo extrajudicial, hasta un plazo máximo de tres meses. Esto se aplica sólo a los acreedores que pudieran verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos. Los acreedores con garantía real podrán optar entre iniciar o continuar la ejecución individual o participar en el acuerdo extrajudicial.

Esta previsión se ha visto afectada por las modificaciones introducidas en el artículo 5 bis de la Ley Concursal por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. En materia de acuerdo extrajudicial de plazos, el artículo 5 bis de la Ley Concursal se refiere también a las ejecuciones individuales contra el patrimonio del deudor. Se dispone igualmente que, desde la comunicación hasta la finalización de los plazos máximos, no podrán iniciarse y, en su caso, quedarán suspendidas, las ejecuciones sobre ese patrimonio.

Sin embargo, el artículo 5 bis de la Ley Concursal limita esta regla a los bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, mientras que el artículo 235 de la Ley Concursal no establece esa limitación. Por otro lado, mientras que el artículo 235 de la Ley Concursal excepciona de la regla de suspensión a los acreedores de créditos con garantía real, el artículo 5 bis de la Ley Concursal dispone respecto de éstas que podrá iniciarse la acción real, sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos. Hay, pues, una cierta contradicción entre el artículo 5 bis y el artículo 235 de la Ley Concursal, que también se extiende a la delimitación de los períodos temporales de la paralización. Si se atendiese al criterio de temporalidad (*lex posterior*), esa contradicción habría de salvarse a favor de la nueva redacción del artículo 5 bis de la Ley Concursal; mientras que la aplicación del principio de especialidad (*lex specialis*), conduciría a hacer prevalecer las reglas del artículo 235 de la Ley Concursal. En nuestra opinión, a ésta última solución conduce también una interpretación integradora y atenta a la naturaleza y alcance del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos. En suma: parece razonable defender que en caso de acudir al acuerdo extrajudicial de pagos resulta de aplicación el artículo 235 de la Ley Concursal al objeto de establecer los efectos que la iniciación de ese expediente tiene en las ejecuciones so-

bre el patrimonio del deudor<sup>22</sup>. El privilegio de los acreedores dotados de garantías reales, que se ve reflejado también en otras disposiciones, como el artículo 237.1 de la Ley Concursal que exceptúa a éstos de la penalización de los acreedores díscolos (*vid. infra*, epígrafe III.6), sigue el mismo criterio que la exclusión de los acreedores dotados de garantía real de la extensión de los efectos de la espera pactada en los acuerdos de refinanciación a las restantes entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes (apartado primero de la disposición adicional cuarta LC). El legislador ha tenido en cuenta el ideal concursal de la *par conditio creditorum* pero, tratándose de una situación no concursal, ha respetado la naturaleza de las garantías reales. Este criterio de equilibrio no ha quedado exento de crítica por sus previsibles efectos desincentivadores<sup>23</sup>.

Según el artículo 235.3 de la Ley Concursal, los acreedores deberán abstenerse de realizar actos dirigidos a la mejora de su situación “*respecto del deudor común*”. Esta redacción parece dejar abierta la posibilidad de procurar garantías personales de terceros, lo cual es coherente con el permiso explícito del artículo 235.5 de la Ley Concursal de ejercitar tales garantías.

El artículo 235.6 de la Ley Concursal dispone que mientras se esté negociando un acuerdo extrajudicial de pagos el deudor no podrá ser declarado en concurso, en tanto no concurran las circunstancias previstas en el artículo 5bis.

### 3.5. Plan de pagos

Según dispone el artículo 236.1 de la Ley Concursal, a más tardar veinte días antes de la reunión de acreedores, el mediador concursal deberá elaborar y remitir a los acreedores, previo consentimiento del deudor, un borrador de plan de pagos.

La propuesta podrá consistir en una quita de hasta un 25 por ciento, una espera de hasta tres años y la cesión en pago, lo que supone un limitación considerable respecto de la quita y espera que permite el artículo 100 de la Ley Concursal para el convenio concursal, esto es, hasta un 50 por ciento y hasta cinco años, respectivamente.

---

<sup>22</sup> Esta posición ha sido sostenida recientemente por CABANAS TREJO, Ricardo: “La garantía real en el precurso de acreedores”, *La Ley*, núm. 8317/2014, 23 de mayo de 2014, págs. 7 y 8.

<sup>23</sup> PULGAR EZQUERRA, Juana: “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad”, *La Ley*, núm. 4940/2013, págs. 5.

La propuesta deberá acompañarse de un plan de viabilidad y un calendario de pagos. Se deberá incluir también el pago de los alimentos del deudor y su familia; y un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial. Además se habrá de incluir una propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos, así como la referencia al aplazamiento de pago de créditos de derecho público.

Los acreedores disponen de diez días naturales para hacer observaciones o presentar alternativas. Trascurrido ese plazo, y previa aceptación por el deudor, el mediador concursal remitirá a los acreedores al plan de pagos final (artículo 236.3). Los acreedores también podrán comunicar su decisión de no continuar con las negociaciones. Si éstos últimos son mayoría, el mediador deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso (artículo 236.4).

### **3.6. Reunión de acreedores y acuerdo extrajudicial de pagos**

El artículo 237.1 de la Ley Concursal dispone que los acreedores convocados deberán, o bien asistir a la reunión, o bien manifestar su aprobación u oposición al plan de pagos y de viabilidad dentro de los diez días naturales anteriores a la reunión. Los acreedores sin garantías reales que no hicieren ni una ni otra cosa se verán penalizados en tanto sus créditos se calificarán como subordinados en el caso de que, fracasada la negociación, se declarara el concurso.

El plan de pagos podrá modificarse en la reunión, siempre que no se alteren las condiciones de pago de los acreedores ausentes que hubieren aprobado el plan de pagos (Artículo 237.2).

Según establece el artículo 238.1 de la Ley concursal, para la aceptación del plan de pagos se requiere el voto a favor del 60% del pasivo afectado. Si el plan estipulara la cesión en pago, se requiere una mayoría de 75% y, si sobre el bien cedido gravara una garantía real, el apoyo del acreedor titular de la garantía.

Si el acuerdo es aceptado se elevará inmediatamente a escritura pública, cerrándose el expediente del notario o registrador mercantil, que deberá comunicarlo al juzgado mercantil y a los registros correspondientes y publicar la existencia del acuerdo en el BOE y en Registro Público Concursal<sup>24</sup> (artículo 238.2).

---

<sup>24</sup> Regulado por el Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal.

En caso contrario, y salvo que se hubiera superado el estado de insolventia, el mediador deberá instar inmediatamente el concurso y el juez deberá acordarla, también inmediatamente (artículo 238.3). En su caso, informará al juez de la insuficiencia de masa a los efectos de la conclusión del concurso según el artículo 176bis de la Ley Concursal.

### 3.7. Impugnación del acuerdo

De acuerdo con el artículo 239.1 de la Ley Concursal, en un plazo de diez días desde la publicación del acuerdo, éste podrá ser impugnado ante el juzgado mercantil competente para el concurso por el acreedor que no hubiera sido convocado a la reunión, que se hubiera opuesto dentro de los diez días antes de la reunión o que no hubiera votado a favor en la reunión.

Los tasados motivos de impugnación son los siguientes: falta de concurrencia de las mayorías exigidas (teniendo en cuenta a los acreedores no convocados), superación de los límites establecidos por el artículo 236.1 de la Ley Concursal, o desproporción de la quita o moratoria. Respecto de este último presupuesto los magistrados de lo mercantil de Madrid opinan:

*“– Para invocar dicha causa se debe ser, obviamente, uno de los acreedores que hubiera sufrido el efecto extensivo de las quitas y esperas del acuerdo extrajudicial, con su oposición o ausencia, proteste formalmente o no.*

*– Deberá examinarse la desproporción que pudiera implicar el sufrimiento de dichas novaciones en ese concreto acreedor, según la naturaleza, origen y otras circunstancias de su propio crédito, particularmente si existe un trato diferencial en dichas quitas y esperas entre diversos grupos de acreedores, o es más, en acreedores individualizados.*

*– Pese a ello, nada se opone a que la desproporción del sacrificio de quitas y esperas pueda ser valorada en atención a que las impuestas son superiores a lo que efectivamente se requerirían como suficientes para la viabilidad de su actividad económica según el plan de viabilidad que debe acompañar al de pagos (art. 236.1 pf. 2º LC).<sup>25</sup>*

La demanda, de incidente concursal, no tiene efectos suspensivos (artículo 239.2).

La sentencia que decide sobre la impugnación es susceptible de apelación (artículo 239.5).

---

<sup>25</sup> Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a Emprendedores, sobre cuestiones concursales, 11 de octubre de 2013 [en línea], <<http://www.tma-europe.org/uploads/TMA%20Spain%20article.pdf>>, pág. 7.

Anulado el acuerdo —en cuyo caso la sentencia se publicará en el BOE y en el Registro Público Concursal— no se prevé la subsanación de los defectos del acuerdo sino que necesariamente se ha de proceder a la sustanciación del concurso consecutivo (artículo 239.6).

### 3.8. Efectos del acuerdo

Los artículos 240 y 241 de la Ley Concursal disponen para el acuerdo extrajudicial de pagos efectos equiparables a los del convenio concursal, esto es, eficacia novatoria de los créditos afectados siempre que se cumpla lo convenido (artículos 136 y 140 de la Ley Concursal). Los acreedores en todo caso conservan sus derechos frente a terceros, esto es, obligados solidarios y garantes personales.

El mediador concursal deberá supervisar el cumplimiento del acuerdo y, si éste fuera incumplido, deberá instar el concurso, considerándose que le deudor se encuentra en estado de insolvencia. Si, en cambio, el acuerdo fuera cumplido íntegramente, así lo hará constar en acta notarial que se publicará en el BOE y en el Registro Público Concursal.

## 4. CONCURSO CONSECUTIVO

El concurso consecutivo se prevé en caso de fracaso del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos, o de incumplimiento o anulación del acuerdo alcanzado. Están legitimados para solicitarlo el mediador concursal del deudor y los acreedores.

Se ha señalado que “[n]o regula la reforma si se habilita al deudor para poder solicitar el concurso voluntario no consecutivo durante la tramitación del acuerdo extrajudicial con el fin de acogerse a las fórmulas generales de la Ley concursal, que pueden ser menos severas de lo que resulta el concurso consecutivo”<sup>26</sup>. Al respecto, los magistrados de lo mercantil de Madrid se han pronunciado en el sentido de que el artículo 235.6 de la Ley Concursal (*vid. supra*, epígrafe III.4) es disponible para el deudor, quien por tanto puede “desistir del expediente de acuerdo extrajudicial en todo momento para acudir al concurso de acreedores”. Añaden, sin embargo: “Extremo distinto es que ello no evitará que el concurso tenga

---

<sup>26</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, José María: “Legislar a Contra Coeur. La incidencia de la Ley de apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2013, pág. 187.

*ya la consideración de consecutivo respecto del expediente notarial o registral, incluso para vedar la posibilidad de una propuesta de convenio, con los efectos del art. 242.2 LC, si el notario o registrador hubiera ya admitido la solicitud de expediente”.*<sup>27</sup>

Como hemos adelantado, necesaria y simultáneamente con la declaración del concurso consecutivo se inicia la fase de liquidación, salvo el supuesto de insuficiencia de masa activa en los términos del artículo 176 bis de la Ley Concursal. Para el concurso consecutivo, el artículo 242 de la Ley concursal dispone las siguientes especialidades:

- Se designará administrador concursal a la persona que hubiera sido mediador concursal, salvo justa causa<sup>28</sup>.
- La retribución del administrador concursal no podrá ser mayor que la que le hubiera sido fijada en el expediente de arreglo extrajudicial, salvo circunstancias excepcionales.
- Tendrán la consideración de créditos contra la masa los gastos del expediente extrajudicial y los demás créditos que, conforme al artículo 84 de esta Ley, tengan la consideración de créditos contra la masa, que se hubiesen generado durante la tramitación del expediente extrajudicial.
- El dies a quo del plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles se adelanta a la fecha de solicitud de nombramiento de mediador concursal.
- No necesitarán solicitar reconocimiento los titulares de créditos que hubieran firmado el acuerdo extrajudicial.
- Si el concurso de deudor empresario persona natural se calificara como fortuito, el juez declarará la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación siempre que sean satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, con excepción de las de Derecho público (tanto la parte privilegiada como la ordinaria o subordinada). Así se pretende privilegiar al deudor empresario persona natural que acude al procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos, en tanto que para la

---

<sup>27</sup> Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a Emprendedores, sobre cuestiones concursales, 11 de octubre de 2013 [en línea], <<http://www.tma-europe.org/uploads/TMA%20Spain%20article.pdf>>, pág. 6.

<sup>28</sup> No parece dudoso que las incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones que establece el artículo 28 de la Ley Concursal son de aplicación a la designación de un mediador concursal como administrador concursal de un concurso consecutivo.

remisión de deudas no se exige, como lo hace el nuevo artículo 178.2 de la Ley Concursal, la satisfacción del 25 % del crédito concursal.

## **5. CONCLUSIONES**

- La creación del llamado procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos merece una valoración positiva, en cuanto constituye la incorporación a nuestro ordenamiento de un nuevo instrumento destinado a hacer posible la viabilidad de empresas en situaciones de dificultad, facilitando que éstas alcancen un acuerdo con sus acreedores sin necesidad de acudir al procedimiento concursal.
- La eficacia de este instrumento en orden a la consecución del fin perseguido está directamente relacionada con su regulación positiva. Esa regulación nace con dos limitaciones principales, que pueden afectar a su eficacia. La primera es la restricción de la posibilidad de utilización de esta figura a los casos en que un eventual concurso posterior no hubiere de revestir especial complejidad en los términos del artículo 190.1 de la Ley Concursal (menos de 50 acreedores, pasivo no superior a 5 millones de euros o activo no superior a 5 millones de euros). La segunda es que con la declaración del eventual concurso consecutivo se abre directa y necesariamente la fase de liquidación, lo que puede operar como un relevante factor desincentivador de la utilización de este nuevo mecanismo. Sería, por tanto, deseable una reforma que eliminase estos dos inconvenientes.
- Los mediadores concursales deben figurar, además, inscritos como administradores concursales en la forma establecida en el artículo 27.3 de la Ley Concursal.



# Los Colegios de Abogados ante el concurso de acreedores de los despachos de abogados

*(Informe 1/2014)*

## 1. OBJETO DEL INFORME

La grave situación económica por la que atraviesa el país se ha reflejado, entre otros muchos prestadores de servicios, en los despachos de abogados, algunos de los cuales habrían solicitado el concurso voluntario de acreedores en los últimos tiempos o podrían llegar a estar en condiciones de solicitarlo.

Concerniendo por igual al deber de atención a los colegiados que trabajan en los despachos afectados cómo a la obligada vigilancia de los derechos de los ciudadanos que acuden a que los colegiados les asistan en el ejercicio de sus derechos, se plantean importantes dudas sobre la función que corresponde desarrollar a los Colegios de Abogados en relación a este novedoso e inexplorado problema.

Se trata aquí de orientar las diversas cuestiones a tener en cuenta, excitar el celo de las Corporaciones de Derecho Público respecto a las nuevas misiones que les cabe asumir y definir, siquiera orientativamente, los grandes trazos de lo que debe ser la respuesta de la abogacía colegiada frente a una nueva amenaza que —por igual— acecha a los profesionales de la abogacía y a quienes contratan sus servicios, siendo ambas caras de la moneda los factores a tener en cuenta para ofrecer esta respuesta.

Lo que sigue es el resultado de nuestro trabajo.

## 2. LA OBLIGADA ATENCIÓN DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS HACIA LOS CONCURSOS DE ACREEDORES DE LOS DESPACHOS DE ABOGADOS

De conformidad con la todavía vigente Ley 2/1974, de 13 de febrero 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 (artículo 1.1).

Entre tales fines esenciales de estas Corporaciones se encuentran no solo la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados sino, y ello resulta de especial interés en el caso presente, la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados.

Y se cuida de recordarlo —expresamente y de nuevo— el 5.a de la misma Ley:

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

*a) Cuantas funciones redunden en beneficio de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados.*

*...”*

Tampoco puede olvidarse que (también por efecto inmediato de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que adicionó el artículo 12 a la Ley 2/1974) los Colegios Profesionales dispondrán de un servicio de atención a los consumidores o usuarios, que necesariamente tramitará y resolverá cuantas quejas y reclamaciones referidas a la actividad colegial o profesional de los colegiados se presenten por cualquier consumidor o usuario que contrate los servicios profesionales, así como por asociaciones y organizaciones de consumidores y usuarios en su representación o en defensa de sus intereses. Parece fácil comprender que en la acción de estos cualificados actores puede hallarse la conveniencia de atender con más diligencia a fenómenos como el que estamos describiendo.

Obligatoriamente guiados los Colegios por una orientación última hacia el servicio a los ciudadanos, no puede desconocerse que en supuestos como el que nos ocupa, los Colegios de Abogados han de tender, de modo ineludible, a la satisfacción de los intereses de los particulares que son los que motivan su propia existencia.

Habida cuenta de que la modificación en el artículo 2.6 de la Ley 2/1974 (operada 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) permite el ejercicio profesional en forma societaria (detallando al respecto que “*se regirá por lo previsto en las leyes*”) precisó la Ley de Colegios Profesionales que en ningún caso tales colegios ni sus organizaciones colegiales podrán, por sí mismos o través de sus estatutos o el resto de la normativa colegial, establecer restricciones al ejercicio profesional en forma societaria.

Interesa destacar lo anterior en la medida en que, sin perjuicio de que las situaciones concursales no son exclusivamente predicables de las figuras societarias, parece mucho más práctico (por ser lo más usual) situar sobre ellas el foco de nuestra atención.

El análisis de la situación de concurso de acreedores predicable de un despacho de abogados obliga a reflexionar, en primer lugar y más allá de las consecuencias patrimoniales respecto de los afectados, sobre sus efectos en el orden de prestación de asistencia a clientes y la eventual implicación de la Corporación de Derecho Público representativa de la abogacía.

Especialmente en cuanto que las finalidades de un Colegio de Abogados (determinación específica para esta profesión de las más generales que antes se indicaran para todos los colegios profesionales) son, además de ordenar la profesión de abogado y representar a la abogacía con carácter excluyente, defender los derechos e intereses de los colegiados y velar por la satisfacción de los intereses generales en relación a la profesión de abogado; promover la mejora de la calidad de los colegiados y controlar deontológicamente su actividad, aplicando el régimen disciplinario prefijado; colaborar con las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias en los términos prefijados por las leyes y, muy especialmente, colaborar en el funcionamiento, promoción y mejora de la Administración de Justicia haciendo realidad la salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

A la vista de todo ello y como primera conclusión entendemos que resultaría muy difícil alejar la intervención de los Colegios de Abogados de las situaciones de crisis profesional (además de económica) que suponen los concursos de acreedores cuando afectan a sociedades de abogados.

### **3. ESPECIALIDADES RELATIVAS A LOS DESPACHOS EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL Y EN LA DE SOCIEDADES PROFESIONALES**

Por la parte de la legislación concursal no existen apenas referencias válidas para la cuestión que nos ocupa. Ni la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 contuvo nunca especialidad alguna (muy probablemente porque nunca conoció caso alguno) ni resulta tampoco hallable en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal ninguna línea de apoyo hacia nuestra indagación.

También es cierto que no hay que buscar, quizás, apoyo en este texto sectorial más que para confirmar (fenómeno reciente, pero parece que expansivo) que la situación que da pie al concurso (el presupuesto objetivo de la insolvencia, que se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones) puede adjetivarse perfectamente de un despacho de abogados, especialmente si funciona como sociedad mercantil. Las soluciones del concurso (convenio o liquidación) son perfectamente aplicables a un despacho de abogados como empresa de servicios jurídicos (con los condicionantes que luego se verán respecto al tratamiento de los procedimientos en marcha y sus consecuencias deontológicas así como de la eventual responsabilidad en la llevanza de los mismos).

No figura, pues, dentro de la legislación concursal ninguna especialidad según el tipo de empresa que es un despacho, como sí existen, por ejemplo, para los concursos de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, así como para entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores, donde la Disposición Adicional Segunda de la Ley 22/2003 prevé que se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales se hallen establecidas en su legislación específica, salvo las relativas a composición, nombramiento y funcionamiento de la administración concursal. Tampoco se estimó oportuno añadir nada a la redacción de 2003 cuando, con ocasión de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal se añadió la Disposición Adicional Segunda Bis relativa a la situación de insolvencia de las sociedades deportivas.

Por su parte la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales ha venido a reconocer que la evolución de las actividades profesionales ha dado lugar a que la actuación aislada del profesional —en nuestro caso, del abogado— se vea sustituida por una labor de equipo que tiene su origen en la creciente complejidad de estas actividades y en las ventajas que derivan de la especialización y división del trabajo. Pero no ha dado el paso siguiente y ha reconocido la posibilidad expresa —y la obligación colegial aneja— de atender al problema de los concursos de sociedades profesionales.

Reconoce efectivamente que las organizaciones colectivas que operan en el ámbito de los servicios profesionales han ido adquiriendo una creciente difusión, escala y complejidad, con acusada tendencia en tiempos recientes a organizar el ejercicio de las profesiones colegiadas por medio de sociedades. Pero, aunque propicia la aparición de un nuevo tipo de profesional, no ahonda en el problema que nos interesa, aunque comple-

menta nuestra preocupación con nuevas adiciones legales: y reconoce la incidencia que ello encierra en el derecho de los clientes de las sociedades profesionales. Y encontramos en ello otro elemento de creciente relevancia interna (sobre el que se volverá luego en la esfera anglosajona del problema): la Ley 2/2007 responde, entre otros extremos, a la búsqueda de una garantía de seguridad jurídica para las sociedades profesionales, a las que se facilita un régimen peculiar hasta entonces inexistente. Pero sobre todo como garantía para los clientes o usuarios de los servicios profesionales prestados de forma colectiva, que ven ampliada la esfera de sujetos responsables.

La sociedad profesional objeto de esta Ley es aquélla que se constituye en centro subjetivo de imputación del negocio jurídico que se establece con el cliente o usuario, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo junto a los actos propios de la actividad profesional de que se trate y que son ejecutados o desarrollados directamente bajo la razón o denominación social. Pero aquí viene la relevante cuestión que luego suscitaremos en extenso: más allá de las obligaciones de la sociedad para con sus clientes, el abogado responsable del proceso judicial continúa con el desempeño de sus asuntos mientras responda de ellos por su personación en el Juzgado.

Un avance en la situación anterior a la 2/2007: el régimen que se establece tiende a asegurar la flexibilidad organizativa societaria y —frente a la alternativa consistente en la creación de una nueva figura societaria— opta por permitir que las sociedades profesionales se acojan a cualquiera de los tipos sociales existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Lo que igualmente viene a acercarlos a un régimen general de su responsabilidad, incluida la concursal.

Así, en garantía de terceros, toda sociedad profesional se ve compelida a cumplir los requisitos establecidos en la nueva Ley; en caso contrario, no hubiera sido posible su constitución y su incumplimiento sobrevenido supondrá causa de disolución. Existirán peculiaridades que se imponen por razón de la especialidad y que tienden a asegurar, de una parte, que el control de la sociedad corresponde a los socios profesionales, exigiendo mayorías cualificadas en los elementos patrimoniales y personales de la sociedad, incluidos sus órganos de administración (*“de modo que las singularidades que de antiguo han caracterizado el ejercicio profesional con acusados componentes deontológicos, no se vean desnaturalizadas cuando se instrumenta a través de una figura societaria”* dice la Exposición de Motivos de la norma legal).

Por esta razón se subraya, en el artículo 4.4, la prohibición que pesa sobre las personas en las que concurra causa de incompatibilidad, prohibición o inhabilitación para el ejercicio de la actividad profesional que constituya el objeto social de la sociedad profesional ya constituida o que se pretenda constituir, de incorporarse como socios profesionales a tal sociedad durante la subsistencia de aquellas causas. La relevancia de los socios profesionales se traduce asimismo, entre otros aspectos, en la necesidad permanente de su identificación y en el carácter en principio intransmisible de las titularidades de éstos. Pero cada vez estamos más en el ámbito de las sociedades. Y sus problemas concursales, cada vez más expuestos a los ojos de terceros especialmente después del Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal.

#### 4. LA EXPERIENCIA ANGLOSAJONA

La situación es nueva para la abogacía española, no para la europea; y sobre todo no es nada nuevo para la abogacía británica y anglosajona en general.

En el Reino Unido, pionero en el campo de los despachos colectivos y su organización y consecuencias respecto a las organizaciones corporativas en que se encuadran (los equivalentes británicos a los colegios) existe una relevante tradición relativa al modo en que han de manejarse tales asuntos. La Solicitors Regulation Authority (creada en 2007 a consecuencia de la Legal Services Act como organismo regulador independiente de la Law Society para los abogados en Inglaterra y Gales) y mantiene entre sus “*Rules*” (reglas o normas) una serie de ellas destinadas a informar sobre aquéllos casos en que surgen “*problemas con un abogado*” (siempre teniendo en cuenta que se corresponde tal definición con la de *solicitor*, dentro de la tradicional diferenciación británica de varias categorías de abogados, ajena al derecho español, aunque perfectamente referenciable).

Para iniciar y muy enfáticamente, los problemas con el abogado son tratados como un subapartado de la información sobre consumidores, mostrando muy a las claras donde se ubica esta subcategoría informativa general. Tras examinar los casos en que se pueden formular quejas sobre un abogado, una firma o los problemas cuando cierra un despacho o un abogado debe dinero a un cliente suyo, la información ofrecida se detiene en todo lo relativo a “*Firmas de abogados con problemas financieros*”.

Después de reconocer —con esa abrumadora y pragmática claridad con que los anglosajones abordan los temas más complejos— que las firmas de abogados pueden tener problemas financieros como cualquier otra empresa, anima a los consumidores a que si eso está ocurriendo en el caso que les afecta personalmente, lo primero que tienen que hacer es dirigirse a ellos y que les expliquen qué está pasando. Como posibles soluciones para la firma en dificultades ofrece varias posibilidades: fusionarse con otra, ser vendida a una tercera o entrar en administración concursal. Cualquiera que sea la solución a adoptar, la firma deberá comunicárselo por escrito al cliente.

Lo anterior supone la intervención de la Solicitors Regulation Authority (en adelante SRA) —según otras informaciones relativas a los mismos extremos— en el concurso de los despachos de abogados, en la medida en que sus reglas abarcan supuestos en que los clientes mantienen fondos en despachos que pueden tener dificultades financieras o se ven afectados por sus cierres o problemas de gestión. También se da cuenta de la existencia de analistas financieros a disposición de los despachos para aconsejarles sobre la viabilidad o no del bufete a los efectos del desenlace del proceso de quiebra.

La SRA sostiene que existe una directa relación entre las firmas que demuestran conductas correctas en cuanto a su organización y finanzas y aquéllas que mantienen un avance financiero saneado, a pesar de las dificultades del mercado. La propia SRA cuenta con un fondo de compensación para atender los gastos de intervención cuando llega a actuar sobre una firma (lo que ya ha ocurrido en un creciente número de ocasiones desde su puesta en marcha en 2007). Destaca la SRA la importancia de que las firmas tengan en todo caso planes de contingencia, identificando indicadores de riesgo, debiendo evitar siempre tener que llegar a un grave final.

En definitiva, el regulador británico que supervisa la deontología de los colegiados británicos está en posesión de facultades relevantes para resultar parte activa en las situaciones de concurso de sus despachos de abogados, como empresas en dificultades que pueden ser. Pero todo ello bajo la doble perspectiva del derecho de los consumidores a ser informados de las contingencias de los despachos encargados de sus asuntos (de las incidencias de sus proveedores de servicios legales, en una palabra) y del derecho de la autoridad competente (de base privada, como es la SRA) a intervenir en la correcta actuación de sus afiliados, todo ello en garantía del buen nombre de la profesión y la actividad.

Tampoco resulta desdeñable de la experiencia británica la implantación de códigos de buenas prácticas que pueden ser indicativos de situaciones de riesgo y orientadores de casos y supuestos en los que no debe incurrirse, como mecanismo de buen gobierno de las firmas de abogados. Volveremos sobre ello en el caso español y veremos su posible aplicación.

## **5. SINGULARIDADES DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO EN ORDEN AL EVENTUAL CONCURSO DE LA SOCIEDAD EN QUE SE INSERTA**

Frente a una serie de extremos comunes que asimilan el funcionamiento de una sociedad profesional de abogados al desenvolvimiento ordinario de cualquier otra entidad mercantil (alquileres, suministros, personal, proveedores....) existe una actividad central que debe entenderse sometida a una muy peculiar y separada regulación: el ejercicio de la profesión de abogado. Las reglas y condicionantes de dicho desempeño son exclusivas y especiales, razón por la que merecen un apartado separado que atienda a cómo puede casarse un problema concursal con el ordinario ejercicio de la abogacía.

Ya tuvimos ocasión de ver en un informe anterior de 2011 de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía (*“Propiedad, posesión, uso y abuso de los expedientes de clientes en los despachos de abogados”*) como el artículo 28 del Estatuto General de la Abogacía (aprobado mediante Real Decreto 658/2001, de 22 de junio) permite a los abogados ejercer la abogacía colectivamente, mediante su agrupación bajo cualquiera de las formas lícitas en derecho, incluidas las sociedades mercantiles, teniendo como condicionante previo el de que 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.

La forma de agrupación (28.3) exige que la forma de agrupación deberá permitir en todo momento la identificación de sus integrantes, debiendo de constituirse por escrito e inscribirse en el Registro Especial correspondiente al Colegio donde tuviese su domicilio (registro en el que igualmente se inscribirán su composición y las altas y bajas que se produzcan), precisando luego que los abogados agrupados en un despacho colectivo no podrán tener despacho independiente del colectivo y que en las intervenciones profesionales que realicen y en las minutas que emitan deberán dejar constancia de su condición de miembros del referido colectivo.

También la Ley de Sociedades Profesionales (en su artículo 5.2) establece que los derechos y obligaciones de la actividad profesional desarrollada se imputarán a la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los profesionales. Similares apreciaciones se desprenden de los artículos 9, 13 o 14 de dicha norma legal, siempre a favor de la tesis de imputación de la responsabilidad a la sociedad por las actuaciones de sus partícipes en cuanto al ejercicio de la actividad y la responsabilidad disciplinaria, la separación o la exclusión de socios profesionales.

Aquí encontramos en su momento —y reiteramos ahora— que existe una presunción clara a favor de la firma colectiva o de despacho: debe poderse saber que tal letrado o letrada pertenece a tal despacho, que no puede trabajar de modo independiente a él y que factura a través del mismo, porque así se reafirma que toda su actividad está vinculada al mismo. Como única excepción a lo anterior, las actuaciones correspondientes a la asistencia jurídica gratuita tendrán carácter personal, aunque podrá solicitarse del Colegio su facturación a nombre del despacho colectivo. Y todo ello tiene mucho que ver con el hecho de que ese centro de imputaciones social pueda hallarse en problemas financieros. Pero veremos cómo la solución respecto al ejercicio individual avanza por otros derroteros.

Interesa de lo expuesto recordar que los abogados miembros de un despacho colectivo tendrán plena libertad para aceptar o rechazar cualquier cliente o asunto del despacho, así como plena independencia para dirigir la defensa de los intereses que tengan encomendados. Las sustituciones que se produzcan se atenderán a las normas de funcionamiento del respectivo despacho, sin precisar la solicitud de venia interna (porque se entiende lógicamente que el cliente —y su expediente, que es su anejo documental— son del despacho, no del abogado). Tampoco puede olvidarse un hecho relevante: el artículo 10.6 del Código Deontológico prevé la obligación de comunicar al Colegio las circunstancias personales que afecten al ejercicio profesional tales como cambios de domicilio, ausencias superiores a un mes o supuestos de enfermedad o invalidez por igual tiempo, sin proveer al cuidado de sus asuntos. Sin duda esa enumeración no exhaustiva parece alcanzar al presente supuesto.

Deducimos del referido artículo 5.2 de la Ley de Sociedades Profesionales otra regla a favor de la consideración preeminente de la marca o nombre comercial del despacho respecto al abogado en relación al asunto: lo prioritario es qué despacho colectivo se ocupa de un asunto, lo secundario es qué persona en concreto lo hace dentro del mismo. Porque las reglas de autoorganización —muy de acuerdo siempre con las preferencias del cliente, por supuesto— marcarán la asignación efectiva de un encargo a un

abogado. Con absoluta independencia —y aquí está la gran singularidad del caso que nos ocupa— de cuál sea la suerte económica de la sociedad.

Lo anterior se corresponde en todo caso con el derecho del cliente a saber en cada momento qué abogado es el responsable de su asunto, qué asuntos se le llevan por la sociedad (imagínese una empresa que ha entregado todos sus litigios a un despacho), quien se encarga personalmente de su asesoramiento y como se verifica éste. Y por supuesto el cliente siempre tiene derecho a abandonar ese despacho cuando no se encuentre personalmente asistido en la forma que desea. Sea porque no le gusta el servicio que recibe o sea porque tiene dudas (reales o potenciales) de que esa sociedad se encuentra en un problema financiero que puede perturbar al correcto desenvolvimiento de su asunto. Pues el cliente siempre manda sobre su asunto.

Corroborando la interpretación de que los clientes son del despacho (salvo que haya otro pacto de atribución, lo que exigiría su constancia expresa) los honorarios corresponderán al colectivo sin perjuicio del régimen interno de distribución que establezcan las referidas normas. Y ello tiene una muy relevante incidencia en el régimen financiero de la sociedad y en las relaciones de esta para con sus integrantes abogados. Igualmente se extenderá a todos los miembros del despacho colectivo el deber de secreto profesional, las incompatibilidades que afecten a cualquiera de sus integrantes y las situaciones de prohibición de actuar en defensa de intereses contrapuestos con los patrocinados por cualquiera de ellos.

En todo caso la actuación profesional de los integrantes del despacho colectivo estará sometida a la disciplina colegial del Colegio en cuyo ámbito se efectúa, respondiendo personalmente el abogado que la haya efectuado. Y en esta responsabilidad personal esta una de las claves de la cuestión que aquí se nos plantea.

Como ya dijimos en el informe de 2011, el cliente (y su asunto) son del despacho (y no del abogado): el artículo 28.7 del Estatuto señala que la responsabilidad civil que pudiese tener el despacho colectivo será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada, señalando además, que todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado. La regla adicional también abunda en la presunción citada: concluye el precepto señalando que para la mejor salvaguarda del secreto profesional y de las relaciones de compañerismo, las normas reguladoras del despacho colectivo podrán someter a arbitraje co-

legal las discrepancias que pudieran surgir entre sus miembros a causa del funcionamiento, separación o liquidación de dicho despacho.

Distinto, y más complejo, ha de ser el supuesto del ejercicio multiprofesional. El artículo 29 completa la gama de posibilidades de actuación de los abogados, refiriéndose a aquéllos que se asocien en régimen de colaboración multiprofesional con otros profesionales liberales no incompatibles (para lo que no hay limitación de número y sin que ello afecte a su plena capacidad para el ejercicio de la profesión ante cualquier jurisdicción y Tribunal), utilizando cualquier forma lícita en derecho, incluidas las sociedades mercantiles, siempre que (1) la agrupación tenga por objeto la prestación de servicios conjuntos determinados, incluyendo servicios jurídicos específicos que se complementen con los de las otras profesiones; (2) la actividad a desempeñar no afecte al correcto ejercicio de la abogacía por los miembros abogados; (3) se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 28 en lo que afecte al ejercicio de la abogacía, salvo lo expresado bajo el apartado 2 del mismo, que no resultará aplicable, o en el apartado 4 del que solamente será aplicable la obligación de dejar constancia de la condición de miembro del colectivo multiprofesional en las actuaciones que se realicen y minutas que se emitan en su ámbito.

Todo ello debe hacerse constar, en los Colegios de Abogados, en el Registro Especial donde se inscribirán las agrupaciones en régimen de colaboración multiprofesional. Tampoco se olvide en todo caso que los miembros abogados deberán separarse cuando cualquiera de sus integrantes incumpla las normas sobre prohibiciones, incompatibilidades o deontología propias de la abogacía.

Si más difícil es en este ámbito de multiplicidad profesional (conviven abogados con no abogados) saber a quién corresponde cada asunto cuando en este estén mezcladas varias intervenciones (piénsese en un cliente al que, además de asesorarle en temas fiscales un economista, se le asesora jurídicamente en materia litigioso-tributaria), igualmente más complejo será reconducir situaciones de concurso con soluciones que deben pensarse (no es otro el fin del Consejo General de la Abogacía) para abogados y no otras profesiones.

En resumen, podemos concluir de nuestro análisis que la singularidad de la profesión jurídica motiva que, con independencia de cuál sea el resultado económico de la empresa en que se inserta el abogado (es decir, haya o no haya concurso de la empresa de servicios jurídicos), su obligación como colegiado es responder personal y directamente del buen hacer en

su asunto, estando garantizada la intervención del Colegio de Abogados en caso de que no desempeñe deontológicamente su cometido.

## 6. ALGUNAS PROPUESTAS PARA SU ESTUDIO

Solo en un panorama de necesaria *“lege ferenda”* pueden inscribirse nuestras apreciaciones y sugerencias pues ninguna previsión existe con anterioridad, más allá de las residuales atribuciones que hemos ido examinando.

Pero si puede apreciarse un perfecto marco normativo para su encaje en la medida en que los Estatutos Generales de la Abogacía pueden regular, como cláusula residual última contenida en el artículo 6.3.1:

*“1) Las demás materias necesarias para el mejor cumplimiento de las funciones de los Colegios.”*

Mucho más cuando aún están por desarrollar atribuciones y cometidos derivados de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. No se olvide que la finalidad de dicha norma legal radica en establecer las disposiciones y principios necesarios para garantizar el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio realizadas en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, simplificando los procedimientos y fomentando al mismo tiempo un nivel elevado de calidad en los servicios, promoviendo un marco regulatorio transparente, predecible y favorable para la actividad económica, impulsando la modernización de las Administraciones Públicas para responder a las necesidades de empresas y consumidores y garantizando una mejor protección de los derechos de los consumidores y usuarios de servicios. Siempre los consumidores y usuarios como fin último.

No creemos que pueda haber mejor cobijo legal en consonancia con las atribuciones derivadas de los demás cuerpos regulatorios invocados. La combinación de la Ley 17/2009 tomando por base sus Capítulos V (*“Política de calidad de los servicios”*) y VI (*“Cooperación administrativa para el control efectivo de los prestadores”*) ofrece suficiente encaje como para construir lo que aquí se dice.

El artículo 20 (descriptivamente intitulado *“Fomento de la calidad de los servicios”*) establece lo siguiente:

*“Las Administraciones Públicas y demás autoridades competentes fomentarán un elevado nivel de la calidad de los servicios. En particular:*

*...*

*c) Promoverán la participación de colegios profesionales y, en su caso, los consejos generales y autonómicos de colegios, organizaciones profesionales y de las cámaras de comercio en la elaboración a escala comunitaria de códigos de conducta destinados a facilitar la libre prestación de servicios o el establecimiento de un prestador de otro Estado miembro, respetando en cualquier caso las normas de defensa de la competencia.*

*...”*

Tampoco, a continuación y por último, resulta especialmente difícil encajar algunas de nuestras propuestas en el marco referencial de la Abogacía a través de su Consejo General, visto que se aprecia una razonable garantía de futuro en orden a incorporar nuevas regulaciones conectadas —y esta lo está sin duda— con el objeto esencial de la atención a los colegiados y a los ciudadanos.

Bajo tal cobijo existe fundamento suficiente para proponer que sería interesante atribuir al Consejo General de la Abogacía —de acuerdo y colaboración directa con todos los Colegios de Abogados de España, que deberían implicarse específicamente al respecto— el cometido de promover un código de conducta en la materia, al que podemos denominar referencialmente Código de Buenas Prácticas Financieras para sociedades profesionales de abogados (siendo susceptible de cualquier otro nombre igualmente descriptivo).

La finalidad de la reflexión sería analizar más en extenso la cuestión aquí tratada (debiendo suponer este documento una primera aproximación a la existencia de un problema y el atisbo de un camino para su solución, mediata o inmediata), ampliando información sobre los supuestos en que se tiene constancia de que ello ha ocurrido (al menos se tiene noticia de varios de ellos por la prensa especializada, sin descartar que existan otros a los que no se ha prestado atención por la misma o aún no se han manifestado) y extrayendo de ellos un conjunto de informaciones útiles que permitan no sólo ofrecer una respuesta a un problema que afecta a los consumidores y usuarios de servicios jurídicos sino una solución adicional a las que ordinariamente ofrece a la abogacía en general (apoyándose en la experiencia de profesionales especializados que aporten sus conocimientos en la materia).

Del análisis de los supuestos deben extraerse un conjunto de enseñanzas que pueden convertirse en un documento de reflexión que puede dar lugar a un Código de Buenas Prácticas Financieras (o denominación

similar), mediante el que se recomiende (siempre con carácter voluntario, o al menos siendo así en una primera fase de atención al problema, sin descartar otras actuaciones posteriores que pasarían por un obligado complemento normativo ahora insuficiente o residual) cuál ha de ser la actitud o desempeño ordinario de una sociedad profesional de abogados bajo la perspectiva de sus responsabilidades financieras (qué indicadores conviene tener presentes —saldos, contabilidad, impuestos, obligaciones para con terceros, etc.— para tomar qué decisiones —alerta temprana de situaciones de riesgo, comunicación a clientes, comunicación a Colegio, etc.— y con qué consecuencias en la gestión) siempre con la finalidad última de permitir atender a las obligaciones colegiales del modo más eficiente y óptimo para el cliente destinatario de sus servicios.

Tal Código de Buenas Prácticas Financieras puede ser impulsado por el Consejo General de la Abogacía con carácter referencial para que o bien sea seguido directamente por los Colegios de Abogados que estimen oportuna su aplicación o bien sea complementado por otros con recomendaciones específicas que salvaguarden situaciones propias de su ámbito territorial.

Sin perjuicio de su seguimiento por más o menos Colegios, lo cierto es que su vocación pedagógica (más que su carácter obligatorio, más allá de recordar supuestos en que sí es obligatorio el cumplimiento de obligaciones por los abogados, particularmente el desempeño personal de sus expedientes sea cual sea la situación de la sociedad en que presta sus servicios) ha de alcanzar mucho más allá de su aplicación real, por cuanto que puede constituir un eficaz instrumento de trabajo para facilitar la mejor gestión de los despachos de abogados y, en último lugar, reforzar la garantía de la más eficaz prestación del servicio de la abogacía a los ciudadanos, cometido último del Consejo General y de la institución de la abogacía en su conjunto.

## 7. CONCLUSIONES

Las conclusiones de nuestro estudio anudadas a las reflexiones anteriores serían las siguientes:

- 1) El progresivo crecimiento del número de sociedades profesionales de abogados aconseja ahondar sobre la mejor forma de atender, desde los Colegios y en obligada coordinación por el Consejo General de la Abogacía, los problemas que pueden derivarse las situaciones de crisis económica que suponen los concursos de acreedores de dichas sociedades.

- 2) La principal legitimación para respaldar tal intervención se encuentra en la obligada atención a los intereses de los consumidores y usuarios de servicios jurídicos que derivan de la última redacción de la Ley 2/1974, de 13 de febrero de Colegios Profesionales y de la Ley 2/2007, de 15 de marzo de Sociedades Profesionales, al no existir previsión alguna específica en la Ley 22/2003, de 9 de julio Concursal.
- 3) El derecho comparado ofrece la referencia de la Solicitors Regulation Authority británica, la cual atiende al problema desde la doble perspectiva del derecho de los consumidores a ser informados de las contingencias de los despachos encargados de sus asuntos y del derecho de la citada autoridad competente a intervenir en la correcta actuación de sus afiliados, todo ello en garantía del buen nombre de la profesión y la actividad.
- 4) Con independencia de la situación económica de la sociedad profesional en que se inserta el abogado, su obligación como colegiado es responder personalmente del buen hacer en los asuntos que tiene encomendados y que garantiza directamente con su firma, estando prevista legalmente la intervención del Colegio de Abogados en caso de que no desempeñe deontológicamente su cometido.
- 5) De conformidad con todo lo anterior, resulta aconsejable atribuir al Consejo General de la Abogacía —de acuerdo y colaboración directa con todos los Colegios de Abogados de España, que deberían implicarse específicamente al respecto— el cometido de promover un Código de Buenas Prácticas Financieras para sociedades profesionales de abogados (o denominación similar), al que seguirían determinadas recomendaciones de seguimiento y atención para los Colegios de Abogados respecto a las situaciones de crisis financiera de sus colegiados.
- 6) El referido Código de Buenas Prácticas Financieras, cuya aplicación sería de carácter voluntario, promovería —entre otros extremos— la comprobación de ciertos indicadores de gestión de sociedades profesionales de abogados de forma que puedan ser perceptibles y solubles ciertos momentos de dificultad en la gestión, promoviendo la política a seguir respecto de clientes y de clientes para con ellos, reforzando la intervención de los Colegios de Abogados como valedores últimos de la más eficaz prestación de los servicios profesionales de sus colegiados.



# **Los Colegios de Abogados ante el fallecimiento sin sustitución de uno de sus colegiados**

*(Informe 8/2014)*

## **1. OBJETO DEL INFORME**

Por el Colegio de Las Palmas se ha hecho llegar al Consejo General de la Abogacía Española una consulta relativa a la actividad que debe asumir la Corporación Pública colegial ante el fallecimiento sin sustitución de uno de sus colegiados, en orden a la mejor protección de los diversos intereses que confluyen en el caso.

Según se nos ha informado, esta cuestión ya había sido objeto de preocupación previa del CGAE en informes anteriores hechos llegar a su Comisión Permanente donde se planteaban colateralmente extremos alusivos a las repercusiones que había de tener tal problema desde la óptica de la protección de datos personales o las medidas que había de adoptar al respecto un Colegio de Abogados, por no estar ello previsto expresamente en ninguna norma concreta.

Bajo las circunstancias anteriores, se pretende aquí ubicar con exactitud el supuesto e incardinarlo en las funciones que corresponden a los Colegios de Abogados tanto respecto de sus colegiados en orden a la mejor protección de los intereses de la profesión como en atención a los consumidores y usuarios de los servicios que presta la abogacía a la sociedad.

Lo que sigue es el resultado de nuestro trabajo.

## **2. LA RELACIÓN PROFESIONAL ABOGADO-CLIENTE Y SU EXTINCIÓN ANTE EL COLEGIO DE ABOGADOS**

La relación abogado-cliente reviste generalmente la naturaleza de contrato de arrendamiento de servicios que se inicia por la aceptación del encargo de un particular por parte de un profesional fundada en la confianza que éste ofrece a aquél.

Superada doctrinal y jurisprudencialmente la minoritaria noción del encargo como mandato (caso en el que se gestionarían negocios ajenos para el mandante, en el seno de una relación triangular), resulta claro a

nuestros efectos la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios en el que las prestaciones se realizan directamente a favor del principal (que gestiona sus propios asuntos aunque para ello se auxilie de otros) en el seno de una relación bilateral.

La relación contractual del abogado con su cliente (estrictamente bilateral, como queda dicho) no es otra cosa que un contrato “*intuitu personae*”, basado primordialmente en la confianza que el particular deposita en el letrado y que puede serles retirada en cualquier momento sin que las normas colegiales impongan otro requisito para ello más que el abono de los servicios prestados.

Pero tal contrato puede extinguirse cuando una de las partes desaparece por fallecimiento y no queda nadie en su lugar autorizado para su sustitución. Ciertamente es que, a tenor del artículo 1257 del Código Civil, los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Pero, con independencia de lo que ocurra respecto a tales relaciones civiles (destino de las cosas gestionadas, derechos de crédito de los familiares del abogado frente al cliente por minutas pendientes, etc.) lo cierto es que la relación del contrato de arrendamiento de servicios queda extinguida por desaparición del profesional que desempeñaba las funciones objeto del mismo.

Una estricta visión civilista de la situación debería concluir en este punto. El contrato se ha extinguido sobrevenidamente por la desaparición de uno de los contratantes, debiendo operar las reglas propias del Código Civil en relación a la finalización de los contratos en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes y sus causahabientes.

Es en este momento y ante esta patología (al igual que hemos apuntado en otros casos en supuestos de crisis en la situación patrimonial de un despacho de abogados que presta servicios a terceros) donde, más allá de las consecuencias patrimoniales respecto de las partes afectadas, resulta imprescindible hacer una consideración sobre los efectos del hecho objetivo del fallecimiento en el orden de prestación de asistencia a clientes y la necesaria implicación del Colegio de Abogados como Corporación de Derecho Público representativa de la abogacía.

Debe ser así por cuanto las finalidades de un Colegio de Abogados (determinación específica para esta profesión de las más generales que antes se indicaran para todos los colegios profesionales) son mucho más amplias que ordenar la profesión de abogado. Recordémoslas para centrarnos lue-

go en nuestro caso: por los Colegios se representa a la abogacía con carácter excluyente; se defienden los derechos e intereses de los colegiados y se vela por la satisfacción de los intereses generales en relación a la profesión de abogado; se promueve la mejora de la calidad de los colegiados y se controla deontológicamente su actividad, aplicando el régimen disciplinario prefijado; se colabora con las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias en los términos prefijados por las leyes y, muy especialmente, se colabora en el funcionamiento, promoción y mejora de la Administración de Justicia haciendo realidad la salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

No resulta difícil hallar un vínculo muy estrecho entre la actividad del abogado y el beneficio para su cliente. Sentado lo expuesto, naturalmente se deduce —como primera y genérica conclusión— que resultaría muy difícil alejar la intervención de los Colegios de Abogados de las situaciones de crisis profesional que supone el fallecimiento de un abogado respecto a las relaciones con sus clientes.

Pero debe identificarse un título jurídico legitimador de la intervención del Colegio que habilite para las actuaciones que luego se dirán. Y a ello se dedica el apartado siguiente.

### **3. LA LEGITIMACIÓN DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS RESPECTO AL MEJOR CUIDADO DE LOS INTERESES DE ABOGADOS Y CONSUMIDORES Y USUARIOS**

Hemos reiterado en informes anteriores de la Comisión Jurídica como la auténtica misión última de los Colegios la constituye el servicio a los ciudadanos. De conformidad con la vigente Ley 2/1974, de 13 de febrero 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 (artículo 1.1).

No se olvide que entre tales fines esenciales de estas Corporaciones se encuentran no solo la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados sino, y ello resulta de especial interés en el caso presente, la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados.

Se cuida de recordarlo —expresamente y de nuevo— el 5.a de la misma Ley:

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

*a) Cuantas funciones redunden en beneficio de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados.*

*...”*

Sentada, pues, la legitimación genérica de todo colegio profesional en cuanto que Corporación de Derecho Público sometido a la citada Ley 2/1974, de 13 de febrero, en el caso de la Abogacía hallamos un apoyo adicional en el vigente Estatuto General, aprobado mediante el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

El Preámbulo de dicha norma llamaba específicamente la atención sobre cómo, para alcanzar una Justicia más ágil y eficaz resulta fundamental modernizar la regulación de la profesión de abogado como colaborador necesario de la función jurisdiccional.

Este papel que desempeña el letrado en el ejercicio de su profesión y en defensa de su cliente contribuye muy activamente a mejorar e incrementar la calidad de la Justicia, dando pie a que el Estatuto defina la función y características de la abogacía en su primer artículo como una profesión libre e independiente que *«presta un servicio a la sociedad en interés público»*.

Lo expuesto enlaza a continuación con el hecho de que la Constitución consagra en su artículo 24.2 el derecho de los ciudadanos a la defensa y asistencia letrada, la cual —atribuida en exclusiva a la abogacía— se inspira en los principios de la buena fe (que preside en todo caso las relaciones entre el cliente y el abogado, garantizando la adecuada defensa de los intereses del justiciable ante los Tribunales) y en el de la libertad e independencia de los profesionales de la abogacía (puestos siempre al servicio del defendido y que permiten la más idónea defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos).

Tampoco debe olvidarse otro extremo (que supera y desborda en mucho la limitada y burocrática consideración de la legislación de protección de datos, a la que luego nos referiremos) los deberes deontológicos y éticos de los abogados conducen a la exigencia del cumplimiento de la función de defensa con el *«máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional»* prevista en el artículo 42.1 y que constituye un claro ejemplo de rigor en la defensa de los derechos de los ciudadanos. Secreto profesional que también recuerda expresamente el artículo 542 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Guiado por la obligada atención a los principios descritos y sustentado jurídicamente sobre los fundamentos legales anteriores, no resulta difícil residenciar en el Colegio al que esté adscrito cada colegiado (no se olvide el extremo de que los Colegios son depositarios de las funciones de control deontológico y supervisión legal sobre sus colegiados) una clara legitimación para prolongar sus controles y misiones incluso circunstancialmente más allá de la propia vida del colegiado, cuidando de que se perpetúe el obligado cumplimiento de los principios atrás descritos incluso por encima de su propia existencia, precisamente por asegurar el exacto cumplimiento de los fines indicados.

Cierto es que la condición de colegiado se pierde por el fallecimiento del abogado (artículo 19.1.a del Estatuto General de la Abogacía) pero el extremo temporal de la extinción de su pertenencia administrativa al Colegio de adscripción no impide, antes bien lo refuerza, la obligada atención de la institución colegial a un supuesto en el que se pueden poner de manifiesto gran parte de los principios centrales de la profesión de abogado, apreciándose una compleja tensión entre el secreto profesional, la asistencia al colegiado (por más que haya fallecido) y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios del servicio público de la abogacía.

Mal se compadecería la obligada supervisión de una profesión —actividad que corresponde en exclusiva a los Colegios— con una actitud estrictamente contractual que contemplara la desaparición física de un colegiado como una situación estrictamente estadística ajena a la Corporación. En los casos en que concurra el supuesto de estudio (que examinaremos a continuación) los Colegios de Abogados deben adoptar una actitud diligente y activa, especialmente porque la mejor atención a sus cometidos tiene mucho que ver con la celeridad y eficacia en la atención al problema, actualmente desconocido para el ordenamiento jurídico.

Y todo ello deriva de que la legislación vigente no contiene apenas referencias válidas para la cuestión que nos ocupa cuando afecta a un abogado que ejerce en solitario.

Por el contrario, las soluciones se aprecian con facilidad cuando es un despacho colectivo de abogados como empresa de servicios jurídicos (con los condicionantes respecto al tratamiento de los procedimientos en marcha y sus consecuencias deontológicas así como de la eventual responsabilidad en su llevanza) quien asume la representación del cliente. Ninguna singularidad debería revestir tal supuesto en la medida en que la sociedad —que no se olvide es la persona jurídica con la que ha contratado el cliente y a la que este debe exigir toda la disponibilidad y esfuerzo necesarios para

sobrellevar la situación producida por la muerte del profesional que se encarga de sus asuntos— debe proveer la solución al problema, habilitando que otros compañeros se responsabilicen de los asuntos en marcha y cuiden que en ningún caso el cliente pueda verse afectado, más allá de que si no está conforme con la actividad del nuevo abogado asignado puede irse voluntariamente cuando desee.

La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales ha venido a reconocer que la evolución de las actividades profesionales ha dado lugar a que la actuación aislada del profesional —en nuestro caso, del abogado— se vea sustituida por una labor de equipo entre cuyas ventajas —que tienen que ver con la especialización y división del trabajo— se encuentra que este tipo de supuestos no debe ofrecer problema en solventarse.

Centrando así el asunto, el problema en su dimensión más grave se presenta en el caso del abogado individual pues, más allá de los supuestos de actividades jurídicas particulares que podrán ser reenviados o cerrados por atribución a otros profesionales, el abogado responsable de procesos judiciales continúa formalmente con el desempeño de sus asuntos mientras responda de ellos por su personación en el Juzgado y mientras no haya sido sustituido.

Junto a ello se apuntan otras cuestiones complementarias relativas al tratamiento de los datos manejados por el abogado que fallece o los derechos pendientes de realizar frente a terceros derivados de la actividad profesional que no deben ser desconocidas o preteridas. Una vez legitimada la intervención del Colegio en la materia, examinemos las fórmulas concretas que se proponen.

#### **4. ACTIVIDAD A DESARROLLAR POR LOS COLEGIOS DE ABOGADOS EN RELACIÓN A LA INCIDENCIA DEL FALLECIMIENTO SIN SUSTITUCIÓN DE UNO DE SUS COLEGIADOS**

Según se tenga noticia en el Colegio de Abogados del fallecimiento de un colegiado sin sustitución conocida y de lo que pueden derivarse repercusiones jurídicas para clientes que lo fueron del fallecido, procedería evaluar las diversas eventualidades dentro de las cuales puede verse necesaria la intervención colegial.

Lo que se contiene a continuación es una serie ordenada de actuaciones que podrían acometerse en función de las circunstancias. Ni consti-

tuyen un elenco cerrado ni son de obligada atención, respondiendo a la única pretensión de ordenar lógicamente la sucesión de situaciones que pueden requerir la asistencia colegial. No se olvide que en otras jurisdicciones como Francia o Inglaterra hay una auténtica intervención sobre el despacho en casos como el que consideramos. Sin embargo, sí llamamos especialmente la atención sobre la primera de las sugerencias formuladas, por entender que en ella se subsumen muchas de las potenciales funciones que se busca activar para reafirmar la capacidad y necesidad de los Colegios de Abogados.

#### **4.1. El Colegio y el título legitimador de la intervención**

Como primera disposición a adoptar tras la noticia del suceso y una vez verificado que no existe sustitución del fallecido por otro colegial (a cuyo efecto muy probablemente se plantee el problema ante el Colegio a través de un cliente o tercero afectado por la situación) debería extenderse un documento por parte de la Junta de Gobierno del Colegio comprensivo de los hechos relativos al fallecimiento del colegial, la inexistencia de sustitución conocida respecto a sus asuntos y el reconocimiento de la obligada atención al asunto por parte del Colegio, al amparo de su misión de salvaguarda y tutela de los intereses de los colegiados y los usuarios de los servicios de los colegiados, debiendo servirle de fundamento legal la motivada invocación de los preceptos que más arriba se han expresado.

El Decano del Colegio, máxima autoridad de la corporación de derecho público, debe adoptar una actitud proactiva y anticipatoria de las circunstancias que pueden producirse a continuación, siempre y cuando tengan transcendencia en el orden de intereses públicos que compete al Colegio.

La finalidad del documento o certificación no es asumir responsabilidad alguna en el desenvolvimiento de los hechos que puedan subvenir a la situación que se plantea sino, muy por el contrario, manifestar de forma fehaciente ante la persona y organismo que convenga (de los que luego se relacionarán más adelante, sin ánimo exhaustivo) la constatación del hecho acaecido y la misión y obligaciones que competen al Colegio para velar por los diferentes intereses que concurren en la situación, debiendo entenderse con él en lo sucesivo cualesquiera asuntos que tengan relación con el fallecimiento del colegiado en lo que respecta a las tareas que competen a la corporación.

Resulta especialmente importante que el Colegio se convierta en un centro de conexión y referencia de quienes (sean personas físicas o jurídicas, privadas o públicas) deriven asuntos, obligaciones o responsabilidades

vinculadas al fallecimiento del colegiado. Solo de este modo podrá entenderse cubierta la función que le compete en la más adecuada ordenación de la profesión.

Tampoco resultaría ocioso pensar que, más allá del título legitimador derivado que supone el hilván de estos fundamentos jurídicos más arriba desgranados, sería muy positivo que en una futura redacción del Estatuto General de la Abogacía se tuviera en cuenta esta concreta situación para perfilar algún precepto que reflejara estas obligaciones de modo expreso.

#### **4.2. Actuación ante los órganos jurisdiccionales y colegiales**

Teniendo presente que el abogado tiene la obligación de darse de alta en el Colegio donde desarrolle su actividad principal y que los Colegios extienden su influencia sólo a los ámbitos territoriales predefinidos en sus Estatutos, resulta lógico inferir que la actividad antes los órganos jurisdiccionales en los que pueda comparecer será mayoritariamente efectiva en relación a los pertenecientes a los partidos judiciales sobre los que extienda el Colegio su representatividad.

En consecuencia, a los decanos de los partidos judiciales (de conformidad con la cláusula residual de competencias que les atribuye el artículo 168 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) debe dársele traslado del documento expedido por el Colegio de Abogados, para que se identifiquen los procesos en los que el fallecido interviene como abogado a los efectos de comunicarse el hecho, con las lógicas consecuencias procesales que de ello se derivan, especialmente la apertura de un plazo a la parte afectada para que designe un nuevo profesional que le represente, suspendiéndose hasta ese momento el curso de las actuaciones.

Cierto es que el documento o certificación no constituye un elemento que pueda convertir a la Corporación en parte o defensora del interés de nadie, pero también lo es que los otros abogados que defienden a las demás partes han de tomar nota de la existencia de una incidencia (nada menos que comunicada por el Decano de su Colegio) que debe ser resuelta solicitando la presencia de un nuevo técnico que desenvuelva la asistencia a aquél que se ha visto privado de ella.

En idéntica forma debe procederse respecto del Decano del Colegio de Procuradores territorialmente concernido, al efecto de que tenga constancia de la situación para que sus colegiados puedan identificar aquéllos supuestos en los que el profesional fallecido prestaba sus servicios en asuntos que eran de su competencia. No se olvide que el artículo 26 de la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge las obligaciones del procurador para con el

abogado derivadas de la aceptación del poder (transmitir la información y documentación relativa a los asuntos en marcha así como traslado de notificaciones y actos de comunicación y cooperación) de las que no resulta difícil inferir a sensu contrario que debe quedar informado de que ha fallecido el profesional que lo designó.

En todo caso, los procuradores que desempeñaban funciones para el abogado fallecido han de comunicar al Juzgado o Tribunal ante el que actúan el extremo de que se ha producido la muerte del letrado, por tratarse de una circunstancias procesalmente relevante puesto que el artículo 31 de la LEC exige que “*no podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de abogado*” por lo que resulta clara la inmediata designación de un profesional habilitado.

De conformidad con lo indicado y en analogía —por la gravedad de los hechos y lo excepcional de su acontecimiento— debería dársele traslado del documento expedido por el Decano del Colegio tanto al Consejo General de la Abogacía como al Consejo de Colegios de la Comunidad Autónoma correspondiente, en su caso.

Cabe esperar que una amplia y detallada actividad de notificación e información a los cualificados destinatarios más atrás indicados debería poder prevenir males mayores tanto para el funcionamiento de los juzgados y tribunales (por inasistencia o abandono de sus responsabilidades por parte del fallecido que no tuvo quien lo sustituyera) como por parte de los demás profesionales afectados (muy especialmente los procuradores) que pueden contribuir decididamente a minimizar los negativos efectos que se derivan de la situación considerada.

### **4.3. Actuación en relación a procedimientos administrativos**

Siendo conocido el fallecimiento de un abogado, resulta sencillamente imposible llegar a tener noticia de los procedimientos administrativos en que pudiera ser parte (piénsese en los diferentes órdenes Local, autonómico, estatal o institucional en que puede estar personado en representación de clientes o en su mismo provecho). Sin embargo, sí existen algunos cualificados órdenes en los que conviene repasar la situación y su posible solución.

Se ha recordado más arriba el problema respecto a los procedimientos referidos a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal.

El hecho de que el artículo 10 de la LOPD establezca que el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo no nos parece que añada muchas más obligaciones que las que, de forma más relevante por estar vinculadas nada menos que con la asistencia jurídica a los ciudadanos garantizada por el artículo 24.2 de la Constitución, supone el propio secreto profesional del abogado.

En todo caso y no siendo objeto de afectación los datos por el fallecimiento del abogado, el nuevo profesional que —siempre con el consentimiento del interesado que le designa— pase a ocuparse del asunto será quien continuará las tareas que la Ley asigna al titular del fichero.

Tampoco cabe olvidar que la propia Ley parece contemplar un supuesto aplicable al caso que nos ocupa (intervención del Colegio por razones de urgencia y para asistir a los interesados en ausencia del abogado fallecido, responsable del tratamiento) cuando establece en su artículo 12.1:

*“1. No se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.”*

Entendemos que el acceso del Colegio a los datos indispensables para llevar a cabo una actuación como las que aquí estamos considerando no solo constituye una actuación en favor del responsable del tratamiento (el abogado anterior) sino, sobre todo y como reiteramos sin duda, a favor del cliente y con la idea de que de ninguna forma le pueda deparar un perjuicio por la situación de transitoriedad que se abre con el fallecimiento del abogado.

#### **4.4. Actuación frente a los causahabientes del fallecido**

Interesa mucho que, siempre en la medida en que concurran las circunstancias de que aquí se consideran, el Colegio identifique y abra una relación inmediata con los eventuales causahabientes del fallecido, los más directamente afectados por las consecuencias profesionales y económicas del fallecimiento del abogado.

De una parte interesa que sea la corporación colegial quien asuma un papel activo de relación con los afectados, orientando y asesorando sobre

muchas de las situaciones que se examinan en este informe, siempre de modo ajustado a la casuística y situación de que se trate.

Particularmente importante es dar cuenta de la más rápida preparación y envío —en su caso por parte de profesionales designados por el Colegio o por otros designados por los interesados— de las minutas pendientes por los pleitos en que fuera parte el fallecido, especialmente en aquéllos supuestos en que puedan derivar de ellos controversias respecto a honorarios que deben ser objeto de exigencia en vía jurisdiccional.

Interesa mucho informar del plazo máximo para cobrar las cantidades que le puedan ser debidas al profesional de acuerdo con el plazo de prescripción de tres años del artículo 1967 del Código Civil (información de las cuales puede proceder del escrutinio informativo previamente desarrollado con los procuradores, quienes pueden informar de procedimientos en los que sea parte el fallecido) y de los procedimientos para su eventual exacción. Así en el caso de minutas de abogados del artículo 242 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o igualmente 242 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, especialmente si hubiera que acudir a los procedimientos de cobro privilegiados del artículo 35 de la LEC.

#### **4.5. Actuación frente a los clientes del fallecido**

Aunque tampoco compete al Colegio la función de realizar una indagación más allá de lo razonable y prudente acerca del alcance de las actividades del abogado y respecto a las personas físicas y jurídicas a las que prestaba asesoramiento y defensa el fallecido, interesa mucho que la Corporación pueda poner en conocimiento de los afectados que puedan dirigirse a él el modo en que pueden designar a otro profesional, la obligación de abonar las cantidades debidas a los causahabientes del fallecido y cuantas otras cuestiones puedan surgir para dilucidar los lógicos problemas que plantea una situación como la referida.

Más allá de las recomendaciones que pueda formular el Colegio sobre nuevos profesionales que atiendan las urgencias más inmediatas que deriven de la situación, no puede olvidarse que el artículo 33 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que, fuera de los casos de designación de oficio previstos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, corresponde a las partes contratar los servicios del procurador y del abogado que les hayan de representar y defender en juicio.

Gobernar con los clientes del desaparecido la transitoriedad que conlleva el hecho del fallecimiento, siempre del modo que se estime más efectivo y correcto, constituye una nueva muestra de la importancia de que,

por encima de la concreta relación profesional con el letrado, su Colegio está atento y es diligente en proveer las perentoriedades y urgencias que puedan demandar la más pronta y acertada asistencia al particular que contrató sus servicios.

#### **4.6. Otras actuaciones que pueden requerirse**

Resulta imposible alcanzar a describir el casuismo de situaciones conectadas a la grave patología que supone la desaparición de un profesional que desempeñaba la abogacía particular y aisladamente y que —gobernando un cúmulo de relaciones, contactos y procedimientos a lo largo del tiempo— desaparece dejando suspendidas sus tareas de asesoramiento y defensa respecto de terceros.

El punto final ha de ser necesariamente el inicial: una prudente pero decidida actuación del Colegio de Abogados informando a clientes afectados, asesorando a familiares preocupados y desorientados, notificando a juzgados y Tribunales, recordando deberes legales y reglamentarios y, en suma, gobernando ordenadamente una patología no por inusual excepcional, ha de confirmar una vez más que las relevantes funciones de la abogacía hallan su principal apoyo y su más sólido soporte en una organización colegial ágil, eficaz y atenta que permite, incluso más allá de la propia vida de los abogados, dar cumplimiento a las elevadas responsabilidades que motivan su existencia.

### **5. CONCLUSIONES**

Las conclusiones de nuestro estudio, anudadas a las reflexiones anteriores, serían las siguientes:

- 1) El fallecimiento de un colegiado sin sustitución constituye una circunstancia de hecho que legitima a los Colegios de Abogados para intervenir de conformidad con la obligada atención a los intereses tanto del que fuera su colegiado como, sobre todo, de los consumidores y usuarios de servicios jurídicos prevista en la Ley 2/1974, de 13 de febrero de Colegios Profesionales, hallando su fundamento último en el artículo 24.2 de la Constitución.
- 2) Para acometer las diversas actuaciones que procedan se recomienda que la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de adscripción del Colegiado extienda un documento comprensivo de los hechos relativos al fallecimiento del colegial, la inexistencia de sustitución

conocida respecto a sus asuntos y el reconocimiento de la obligada atención al caso por parte del Colegio, al amparo de su misión de salvaguarda y tutela de los intereses de los colegiados y los usuarios de los servicios de los colegiados, debiendo servirle de fundamento legal una motivada invocación de los preceptos que más arriba se han expresado.

- 3) Para que se identifiquen los procesos en los que el fallecido interviene como abogado debe dársele traslado del referido documento expedido por el Colegio de Abogados a los responsables de los partidos judiciales del Colegio de adscripción así como al decano del Colegio de Procuradores.
- 4) De conformidad con lo indicado y en analogía —por la gravedad de los hechos y lo excepcional de su acontecimiento— debería dársele traslado tanto al Consejo de Colegios de la Comunidad Autónoma correspondiente, como al Consejo General de la Abogacía.
- 5) Puede entenderse que la Ley Orgánica de Protección de Datos contempla la intervención del Colegio por razones de urgencia y para asistir a los interesados en ausencia del abogado fallecido, analógicamente a otros supuestos prevenidos en su artículo 12.1, resultando que en tales casos no se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a estos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.
- 6) El Colegio de Abogados debe actuar informando a clientes afectados, asesorando a familiares, notificando a juzgados y Tribunales, recordando deberes legales y reglamentarios y, en suma, gobernando ordenadamente una patología no por inusual excepcional, siempre para dar cumplimiento a las elevadas responsabilidades que supone la abogacía y en estricta ejecución de las funciones que le competen, contenidas en el Estatuto General de la Abogacía y en el que no resultaría ocioso que fuera recogido expresamente este extremo en una futura modificación.



# Propuesta de anteproyecto de Ley de Eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en lo referente a la resolución de los recursos administrativos ordinarios

(Informe 11/2014)

## 1. INTRODUCCIÓN

La palabra “eficiencia” está de moda. La crisis económica (también llamada “Gran Recesión”), iniciada en 2007 con la crisis hipotecaria norteamericana, seguida de la crisis bursátil y financiera mundial de 2008 y de la crisis de deuda pública iniciada en 2011, ha puesto encima de la mesa, entre otras muchísimas cuestiones que no es del caso hablar aquí, la necesidad de buscar una mayor *eficiencia* en nuestros quehaceres diarios.

Pero ¿qué significa exactamente la *eficiencia*? El Diccionario de la Real Academia Española, nos dice que la *eficiencia* es la “capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado”, lo que no resulta demasiado ilustrativo a los efectos que animan este trabajo. De hecho, no parece haber demasiadas diferencias con la idea de *eficacia*, que para la Real Academia consiste en la “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”.

El mundo económico nos da más pistas y así, la palabra “*eficiente*” hace referencia a la ausencia de recursos productivos inútiles u ociosos, es decir, cuando en el proceso productivo algunos recursos disponibles no se están utilizando o se están utilizando pero no a su máxima potencia, se dice que se está haciendo un uso *ineficiente* de los mismos.

Por tanto, uniendo ambas perspectivas, podríamos afirmar que la *eficiencia* es “la capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado” pero “con el mínimo de recursos posibles, aunque viables”.

En cualquier caso, es lo cierto que la *eficiencia* no es un concepto ajeno al mundo jurídico, ni mucho menos. Como explican los Profesores

GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO<sup>1</sup>, en esencia, lo que con la idea de eficiencia se quiere expresar es que “entre varias alternativas que producen el mismo gasto, debe seleccionarse siempre la que lleva al mejor cumplimiento de la administración y entre varias alternativas que conducen al mismo cumplimiento, debe seleccionarse la que implica menor gasto” o, en palabras de GUILLERMO DE OCKHAM, “es vano hacer con más lo que puede hacerse con menos”.

Decíamos que la *eficiencia* no es algo ajeno al mundo jurídico, ni tampoco al Derecho Administrativo. Así, nuestra Constitución (“CE”), en su artículo 31.2, dispone que:

*“El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”.*

Y el artículo 3.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (“LRJPAC”), modificado en parte por la Ley 4/1999, de 13 de enero, establece que:

*“Las Administraciones públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación y colaboración y, en su actuación, por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos”.*

Como ha dicho el Tribunal Supremo (STS de 17 de junio de 2008):

*“Este principio, que impone que la Administración adopte la solución más económica posible, sólo puede ser rectamente entendido dentro del respeto al principio de legalidad: ciertamente, si hay varias soluciones legalmente posibles, la Administración deberá optar por la menos costosa; pero lo que no podrá hacer es tratar de evitar el procedimiento legalmente establecido so pretexto de que es innecesariamente gravoso.” (El subrayado es nuestro).*

Así pues, de todo ello es fácil deducir que, en su actividad cotidiana, las distintas Administraciones tienen que funcionar con arreglo al criterio de eficiencia y servicio a los ciudadanos, es decir, buscando siempre aquellas alternativas que conduzcan a un mejor cumplimiento de los intereses generales y eligiendo siempre, de entre ellas, la que implique un menor gasto.

---

<sup>1</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, “Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común” (Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Tercera edición actualizada y renovada. Editorial Thomson-Civitas. Tomo I. Páginas 325 a 330.

Ahora bien, la idea de *eficiencia* no debe sólo circunscribirse al ámbito de la actividad administrativa, sino que debe ir más allá y alcanzar también a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este sentido, la Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia (Proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, por unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios, el 16 de abril de 2002), señala en su Preámbulo, que la sociedad española demanda una Justicia más abierta que sea capaz de dar servicio a los ciudadanos con mayor agilidad, calidad y eficacia. Por tanto, también la Justicia contencioso-administrativa española debe intentar ser más eficiente y ofrecer a sus usuarios una respuesta rápida y de calidad.

Pues bien, justamente para la *búsqueda de eficiencia* en el funcionamiento de la Jurisdicción contencioso-administrativa, mediante Orden Ministerial de 11 de junio de 2012 se creó, en el seno de la Comisión General de Codificación, una Sección Especial que se constituyó formalmente en el Ministerio de Justicia el 27 de septiembre de 2012. El objetivo final de la Sección era que esa búsqueda de la *eficiencia* se plasmara en una reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (“LJCA”).

Durante el transcurso de sus trabajos, la Sección Especial (compuesta por Catedráticos de Derecho Administrativo, Abogados del Estado, un miembro del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado y cinco Magistrados) ha analizado pormenorizadamente el estado de la jurisdicción contencioso-administrativa española y ha llegado a la conclusión de que el grado de litigiosidad que presenta este orden jurisdiccional es excesivamente alto, sobre todo, si se compara con otros países de nuestro entorno.

## **2. LAS EXPERIENCIAS DE OTROS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO. ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS**

El pasado 13 de mayo de 2014, el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Carlos Lesmes, compareció en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados para presentar el informe “*La Justicia dato a dato*”, correspondiente al pasado año 2013 y responder a las preguntas de los distintos portavoces y grupos parlamentarios.

El mencionado informe, en lo que al orden jurisdiccional contencioso-administrativo se refiere, revela que el número de asuntos ingresados en el

año 2013 fue de 191.088, lo que supone una disminución en relación con el año 2012, de un 15'2 %.

Para los amantes de las estadísticas, diremos que los mencionados 191.088 asuntos, se desglosan de la siguiente forma:

- a) Los 229 Juzgados de lo Contencioso-Administrativo ingresaron 116.400 nuevos asuntos (prácticamente, el 60% del total).
- b) Los 12 Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo ingresaron 9.251 nuevos asuntos.
- c) Las 21 Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia ingresaron 53.582 asuntos.
- d) Las ocho Secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ingresaron 6.705 asuntos y
- e) La Sala Tercera del Tribunal Supremo, de lo Contencioso-Administrativo, ingresó 5.150 asuntos.

Nótese que en el año 2012, ingresaron 226.025 asuntos, lo que a su vez representó una disminución, en relación al anterior año 2011, del 22'2% (en el año 2011 ingresaron 289.902 nuevos asuntos). Ello indica, claramente, la existencia de una tendencia a la baja en el ingreso de nuevos asuntos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues del 2011 al 2013, la reducción acumulada ha sido aproximadamente del 34%.

Pero aun observándose esta tendencia a la reducción, resulta igualmente claro que el número de asuntos que llegan en nuestro país a los Tribunales contencioso-administrativos es desproporcionadamente alto, sobre todo si lo comparamos con otros países de nuestro entorno como, por ejemplo, Francia, Alemania o el Reino Unido.

En Alemania, según datos manejados por la Sección Especial (facilitados por el Ministerio de Justicia)<sup>2</sup>, con una población de 81.305.856 habitantes (datos de 2011), el número de nuevos asuntos ingresados en el orden contencioso-administrativo fue de 138.248. Es cierto que estos datos han de tomarse con mucha prudencia por cuanto que el orden contencioso-administrativo alemán no es homologable al español en la medida en que la mayoría de los litigios tributarios se tramitan y resuelven en un

---

<sup>2</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA, “Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de Ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, página web del Ministerio de Justicia, Secciones Especiales de la Comisión General de Codificación; Propuestas de Comisiones y Grupos de Expertos; Actividad legislativa; Normativa.

orden jurisdiccional específico (*Finanzgerichtsbarkeit*). Aun así, los datos son contundentes: con casi el doble de población, en Alemania se tramitan muchos menos asuntos que en España.

El caso de Francia es también muy significativo. Con una población de 65.630.692 habitantes, los distintos órganos que componen el orden contencioso-administrativo francés en 2011 tramitaron un total de 220.541 nuevos asuntos. También aquí es necesario insistir en la asimetría que presentan los sistemas judiciales francés y español, que hace muy difícilmente comparables las cifras y estadísticas de ambos países pero, en cualquier caso, es lo cierto que ni siquiera el sistema judicial más próximo al español, como es el contencioso francés, arroja las cifras de litigiosidad españolas pues, aunque son más próximas, es lo cierto que Francia cuenta con casi 20 millones de habitantes más que España.

El caso del Reino Unido es todavía mucho más llamativo. Los datos sobre los que trabajó la Sección Especial corresponden a Inglaterra y Gales, con una población de 57.930.262 habitantes. En dichos países, no existe algo que sea homologable a un orden jurisdiccional contencioso-administrativo como el nuestro. Lo que hay son órganos judiciales ordinarios (sistema del *rule of law*) que se ocupan de litigios contencioso-administrativos o en los que está incurra una Administración Pública. Aun así, pueden conocerse algunos datos muy interesantes para este estudio. La *Administrative Court (High Court)*, igual a la primera instancia española, tramitó en el año 2011 del orden de 18.811 nuevos asuntos y las *Courts of Appeal*, análogas a la segunda instancia, tramitaron 1.269 recursos de apelación, mientras que la *Supreme Court*, equivalente a nuestro Tribunal Supremo, tramitó únicamente 249 asuntos.

Aun existiendo, como se ha dicho, profundísimas diferencias entre los sistemas judiciales británico y español, llama poderosamente la atención que la Justicia administrativa de Inglaterra y Gales tramite casi diez veces menos asuntos que la Justicia española y, particularmente, sorprende que la *Supreme Court* inglesa sólo tramite 249 asuntos, cuando la Sala Tercera del Tribunal Supremo, su homólogo español, ha tramitado 5.150 nuevos recursos el pasado año 2013, sobre todo si tenemos en cuenta que el número de habitantes, como hemos ya señalado, es ostensiblemente mayor.

Sin embargo, esos datos tan llamativos han de ser completados y matizados con las estadísticas que proceden de los llamados *Tribunals*, que son unos órganos cuasijudiciales (con estatuto de independencia), sectorialmente especializados y que se insertan formalmente en la Administración pública británica. Pues bien, esos *Tribunals* tramitaron y resolvieron en el

año 2011, a través de procedimientos especialmente ágiles y flexibles, nada menos que 739.600 reclamaciones y 4.100 apelaciones administrativas, equivalentes a nuestro recurso de alzada, lo que conduce a la conclusión de que el control de legalidad de la actuación de la Administración inglesa y galesa, se lleva a cabo principalmente mediante órganos administrativos especiales (los *Tribunals*) y no por los órganos judiciales (*Courts*).

Por tanto, aun teniendo en cuenta las dificultades e imprecisiones que resultan de la comparación de datos, hay que llegar a la conclusión, como lo hace la Sección Especial, de que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo español tramita (y resuelve) un número de litigios desproporcionadamente alto.

Además de los datos estadísticos relativos al “número de asuntos ingresados”, también es muy importante manejar los datos relativos a la *estimación* de recursos e impugnaciones.

Desde ese punto de vista, por ejemplo, en el año 2011 y según datos ofrecidos por el Ministerio de Justicia a la Sección Especial, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo españoles estimaron el 46’8 % de los recursos interpuestos, mientras que los recursos de apelación tuvieron un porcentaje de estimación del 24,6% y el Tribunal Supremo estimó el 26’6% de los recursos de casación que se presentaron.

En el año 2013, según datos ofrecidos por el mencionado informe “La Justicia dato a dato”, en el apartado relativo “la calidad de la Justicia”, esos *ratios* han aumentado algo. Por ejemplo, los recursos de apelación interpuestos contra resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo fueron estimados (en parte, totalmente o anuladas) en un 27% y las apelaciones contra las sentencias y autos de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo fueron estimadas en un 28,3%.

Por su parte, los recursos de casación interpuestos contra las sentencias y autos dictados por las distintas Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia fueron estimados (en parte, totalmente o anuladas) en un 24’9 %, mientras que las resoluciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional recurridas en casación, fueron revocadas en un 19’5 %.

Trasladando estos parámetros a los países de los que hemos hablado antes, tenemos que, por ejemplo, en Alemania, en el año 2011, la primera instancia estimó el 23% de los recursos interpuestos (en España el 46’8 %), mientras que en la segunda instancia y revisión/casación estatal, el porcentaje de estimación de recursos se situó en el 24,3%.

En Francia, con datos de 2010, los Tribunales Administrativos estimaron en primera instancia aproximadamente un 20% de los recursos presentados de forma total y un 6,5 % de forma parcial, es decir, un total del 26,5 % y, ya con datos del año 2011, las *Cours Administratives d'Appel*, estimaron el 18% de los recursos de apelación, mientras que el *Conseil d'État* estimó el 20,2% de los recursos presentados contra las sentencias dictadas por las *Cours Administratives d'appel*.

En base a todo ello, la Sección Especial llega a dos conclusiones tendenciales:

1ª) En la primera instancia contencioso-administrativa se produce un índice de estimaciones comparativamente muy alto (cerca del doble de las estimaciones que se producen en Alemania y Francia), lo que, a su vez, conduce a una segunda conclusión derivada y es que *se observa una clara disfunción en los controles de legalidad internos de la Administración*.

2ª) La segunda conclusión es que en la segunda instancia o en la casación, los datos de estimación de recursos son muy similares a los de Alemania o Francia y, de todo ello, puede alcanzarse una conclusión final:

*“se observa un mayor grado de infracción del Derecho Administrativo en las resoluciones administrativas que en las resoluciones judiciales”.*

Así pues y a modo de resumen, podemos decir que en España, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, existe un grado de litigiosidad ostensiblemente mayor que el observado en otros países de nuestro entorno más cercano y que, en relación con este alto grado de litigiosidad, el control de legalidad interno de las resoluciones administrativas, es decir, efectuado por la propia Administración es *ineficiente*, como lo demuestra el alto porcentaje de estimaciones de recursos judiciales interpuestos contra dichas resoluciones administrativas.

### **3. LAS RAZONES QUE EXPLICAN EL ALTO GRADO DE LITIGIOSIDAD CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA**

Muchas y variadas pueden ser las razones que explican este alto grado de litigiosidad contencioso-administrativa en España. Entre ellas, la Sección Especial ha detectado las siguientes:

- a) la percepción positiva que los ciudadanos tienen de esta jurisdicción y de su real capacidad para garantizar el mantenimiento de la legalidad en la actuación administrativa.

- b) la inexistencia de instrumentos jurídicos sólidos y viables para la evitación de litigios.
- c) la falta de una jurisprudencia temprana y uniforme que disuada a los distintos operadores jurídicos de ejercer acciones procesales avocadas directamente al fracaso.

A estas razones, podrían añadirse otras como, por ejemplo, el alto número de Abogados colegiados ejercientes que hay en España, en comparación con otros países. Por ejemplo, España cuenta con 130.000 Abogados ejercientes y este número no ha hecho más que aumentar en los últimos años. Solamente desde el año 2001, este aumento se sitúa en el 30%. De esta forma, España se ubica como el cuarto país en número de Abogados en la Unión Europea, únicamente por detrás de Italia, Reino Unido y Alemania. Sólo que España, con datos de 2013, tiene 46.761.264 habitantes, mientras que Alemania cuenta con 80.425.823 habitantes, el Reino Unido con 63.612.729 habitantes e Italia con 59.539.717 habitantes. Francia, el otro gran país de la Unión Europea, con 65.696.689 habitantes, cuenta con 54.000 Abogados, es decir, menos de la mitad, si bien hay que tener en cuenta que en Francia los Abogados de empresa no se colegian.

España cuenta con 276 Abogados por cada 100.000 habitantes, es decir, un 86% por encima de la media europea y es el segundo país con mayor proporción entre los diez países con mayor número de Abogados.

Por otra parte, siguiendo con las razones que podrían explicar este alto grado de conflictividad judicial contencioso-administrativa, la Sección Especial observa una relación muy directa entre la inexistencia de instrumentos jurídicos sólidos para la evitación de litigios y el alto número de recursos contencioso-administrativos. Por ejemplo, más atrás hemos visto cómo el control de legalidad que ejercen los *Tribunals* ingleses y galeses, supone un filtro muy importante para la resolución de conflictos administrativos y un impedimento muy efectivo a la judicialización de las disputas.

Sin embargo, en España se observa una evidente insuficiencia en el sistema de evitación de litigios en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y esa insuficiencia, entre otras razones, obedece a tres realidades fundamentales:

- a) La ineficacia relativa de los recursos administrativos ordinarios (alzada y reposición).
- b) La falta de instrumentos procedimentales adecuados para evitar que una Administración dicte resoluciones idénticas a otras ya impugnadas y que se encuentran pendientes de resolución judicial y

c) La baja implantación de la mediación administrativa.

Por lo que se refiere a la “ineficacia relativa” de los recursos administrativos ordinarios (alzada y reposición) para la posterior evitación de litigios, existen tres razones que permiten explicar esta conclusión:

1ª) Una parte importante de los recursos administrativos ordinarios se resuelven por “silencio administrativo” y el porcentaje de recursos contencioso-administrativos que los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo estimaron contra resoluciones presuntas de la Administración llegó al 61'9% (según datos ofrecidos por el Ministerio de Justicia correspondientes al año 2011 facilitados a la Sección Especial), de lo que es fácil deducir que el silencio administrativo es una causa directísima de la abultada litigiosidad contencioso-administrativa existente.

2ª) La segunda razón hay que buscarla en la escasa operatividad estructural que presenta el recurso de alzada, que atribuye su resolución al superior jerárquico del órgano que dicta la resolución impugnada, convirtiendo así a la propia Administración en juez y parte. Además, en la tradición administrativa española, se produce una alta concentración de las funciones resolutorias en los niveles altos de las distintas Administraciones Públicas, lo que provoca dos efectos directos: muchas de esas resoluciones no son recurribles en alzada y el número de estimaciones es muy bajo.

3ª) Por último, la propia configuración del recurso de reposición, en el que resuelve el mismo órgano que ha dictado la resolución impugnada lo que, sin duda alguna, augura un bajo nivel de estimación y la prolongación del conflicto al ámbito judicial.

#### **4. PROPUESTAS DE REFORMA. LA PROPUESTA DE CREACIÓN DE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS INDEPENDIENTES PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS ORDINARIOS. EXPERIENCIAS PREVIAS EN NUESTRO SISTEMA ADMINISTRATIVO DE RECURSOS**

A la vista del panorama expuesto hasta aquí y con el objetivo de buscar esa *eficiencia* perdida en la jurisdicción contencioso-administrativa, la Sección Especial propone toda una batería de reformas legislativas orientadas en cuatro direcciones distintas, pero complementarias entre sí:

1ª) El refuerzo de los controles internos o administrativos de legalidad.

2ª) La posibilidad de que la Administración suspenda la tramitación de procedimientos administrativos masivos, cuando está pendiente un recurso contencioso-administrativo sobre el mismo asunto.

3ª) Una mejora en la resolución de los llamados pleitos testigo y del mecanismo de la extensión de efectos de la sentencia y

4ª) Una modificación a fondo del recurso de casación.

En relación con los *controles internos de legalidad*, que es el objeto de estudio de este trabajo, la Sección Especial entiende que una de las posibles soluciones para evitar el alto grado de litigiosidad en el orden contencioso-administrativo, consistiría en la *creación de algunos órganos colegiados independientes, de carácter administrativo, no judicial, para la resolución de los recursos administrativos ordinarios*.

En este sentido, hay que decir que existen ya en España experiencias de tales órganos administrativos independientes que, además, están dando un resultado positivo y satisfactorio.

Así, en esta línea, hay que mencionar en primer lugar a los Órganos Económico-Administrativos. En el ámbito estatal tenemos al Tribunal Económico-Administrativo Central, que extiende su actividad a todo el territorio español. En el ámbito de las Comunidades Autónomas, están los Tribunales Económico-Administrativos Regionales y en los territorios de Ceuta y Melilla, tenemos a los Tribunales Económico-Administrativos Locales. También existe, como es sabido, la Sala Especial para la Unificación de Doctrina, igualmente de ámbito nacional, para resolver los recursos extraordinarios interpuestos, con esta finalidad, contra las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central.

Se trata de órganos insertos en la Administración, con independencia funcional, y el Presidente y los Vocales integrantes de los mismos son nombrados entre funcionarios del Estado, de las Comunidades Autónomas y de la Administración Local, con los requisitos que reglamentariamente se determinen, actuando como Secretario un Abogado del Estado. Es cierto que no cuentan con especiales garantías de reforzamiento de la independencia de sus miembros integrantes, pero actúan con una contrastada objetividad y representan un importante filtro de legalidad.

Por ejemplo, según datos estadísticos correspondientes a 2010, el porcentaje de reclamaciones económico-administrativas estimadas fue de un 36,2%.

Otra experiencia positiva, sin salir del ámbito tributario, es la que representa el *Consell Tributari* de Barcelona, que es un órgano de asesoramiento

y control del Ayuntamiento de Barcelona, especializado en materia de gestión, recaudación e inspección de los ingresos de derecho público.

Su función más importante es la de intervenir en el sistema de recursos administrativos para que éste actúe correctamente, a fin de solventar las diferencias entre la Administración municipal y los ciudadanos, con arreglo a Derecho, de una forma que sea lo más eficaz posible.

Los miembros son designados por decreto de la Alcaldía, que ha de dar cuenta al *Consell Plenari*, y son escogidos entre personas de reconocida competencia técnica en materia tributaria local. Actualmente cuenta con un Presidente, un Vicepresidente y cinco Vocales, así como de un personal administrativo de apoyo.

El *Consell Tributari* cumple sus funciones con independencia y objetividad, actuando exclusivamente de acuerdo con criterios jurídicos, sin que sus miembros estén sometidos a ninguna relación jerárquica con la Administración.

Es, fundamentalmente, un órgano de carácter consultivo que ejerce un control de legalidad sobre la gestión tributaria municipal en los casos en los que se solicita su intervención, sea de manera preceptiva (dictamen sobre las propuestas de resolución de recursos y reclamaciones, e informes sobre las ordenanzas fiscales locales y otras disposiciones generales municipales relativas a ingresos de derecho público), o bien de forma facultativa (elaboración de estudios y trabajos en materia tributaria local). Así pues, no es un órgano resolutivo.

Dentro del derecho tributario local español, es un caso claro de introducción de un órgano altamente cualificado e independiente en los procedimientos administrativos, en la relación del Ayuntamiento con los ciudadanos, en la elaboración de las normas fiscales y en el establecimiento de criterios jurídico-técnicos de la actuación municipal en el ámbito tributario.

Pues bien, el porcentaje de estimación de recursos, con datos de 2010, se sitúa en el entorno del 30%. Estos datos han bajado un poco en 2012 (últimos datos disponibles) y así, sobre un total de 199 recursos, se han estimado totalmente 20 y, parcialmente, 29, con lo que el porcentaje de estimaciones se sitúa en el entorno del 25%, es decir, una cuarta parte del total.

Finalmente, también como experiencia previa en este ámbito, hay que citar al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuyo origen hay que situar en la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre,

cuyo objetivo es la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos y que prevé que la resolución de esos recursos se atribuya a un órgano jurisdiccional o administrativo, pero exigiendo en este último caso que el mismo tenga carácter independiente, sus miembros sean inamovibles y sus resoluciones susceptibles de recurso en sede jurisdiccional.

Además del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, han creado Tribunal u órgano unipersonal las Comunidades Autónomas del País Vasco, Cataluña, Andalucía, Aragón, Navarra, Madrid y Castilla-León, mientras que el resto de las Comunidades Autónomas (Extremadura, Melilla, La Rioja, Castilla-La Mancha, Región de Murcia, Cantabria, Illes Balears, Comunidad Valenciana, Ceuta, Principado de Asturias y Galicia), han optado por atribuir al Tribunal Central la competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación en el ámbito autonómico correspondiente.

Como se ha dicho, los miembros que integran esos órganos disfrutan de un cierto estatuto reforzado de independencia y, en este sentido, el Presidente y los dos Vocales del Tribunal Central son inamovibles, salvo por las causas tasadas en la Ley y la duración de su mandato es por seis años, sin posibilidad de prórroga y su implantación ha evitado el planteamiento de ulteriores recursos contencioso-administrativos.

Así, según los datos estadísticos de la memoria de 2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el porcentaje de estimación de recursos especiales en materia de contratación se situó en el entorno del 26%, porcentaje que en el año 2012 subió al 40% y en el pasado año 2013 superó el 50%.

Como dato más relevante, hay que decir que desde la creación del Tribunal Administrativo Central (en octubre de 2010), únicamente se han recurrido 118 resoluciones, es decir, apenas un 9% del total, lo que supone que más del 90% de las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales han sido aceptadas pacíficamente por las partes sin acudir a la vía jurisdiccional.

Por tanto, poniendo en relación todas esas experiencias propiamente españolas, unidas a otras que ya hemos visto y que proceden de otros países como el Reino Unido, principalmente, Inglaterra y Gales, como es el caso de los *Tribunals*, la Sección Especial de la Comisión General de Codificación se inclina por la *generalización de los órganos administrativos independientes para la resolución de los recursos administrativos ordinarios* y no sólo eso, sino que con el objeto de optimizar su funcionamiento, propone igualmente

que esas Comisiones administrativas independientes desarrollen asimismo una labor igualmente importante para la evitación de litigios, cual es la de elaboración de dictámenes sobre dudas interpretativas que les sometan los órganos administrativos con competencias resolutorias.

## **5. LA GENERALIZACIÓN DEL MODELO DE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS INDEPENDIENTES PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS ORDINARIOS. PROBLEMAS Y CUESTIONES QUE PLANTEA**

Ante la ineficacia del sistema actual de resolución de recursos administrativos ordinarios para “filtrar” los asuntos que debieran haber sido estimados total o parcialmente, teniendo en cuenta la jurisprudencia aplicable o los criterios sentados en anteriores pronunciamientos y tomando en consideración también los bajos índices de estimación de recursos de alzada y reposición, puede afirmarse que *el sistema actual no cumple con su función* de depurar los vicios e incorrecciones en que puede haber incurrido una determinada actuación administrativa, provocando con ello de forma indirecta, un alto grado de litigiosidad contencioso-administrativo.

A juicio de la Sección Especial, a la vista de las experiencias positivas de los órganos administrativos independientes para la resolución de recursos en vía administrativa, es decir y entre otros, los Tribunales Económico-Administrativos, el *Consell Tributari* del Ayuntamiento de Barcelona o el Tribunal Central de Recursos Contractuales, *la solución está en sustituir al órgano de resolución de los recursos administrativos ordinarios*, es decir, sustituir al superior jerárquico (en el caso de la alzada) o al mismo órgano que dictó la resolución impugnada (en el caso de la reposición), por un órgano administrativo colegiado de resolución de recursos, al que denomina *Comisión administrativa independiente*, generalizando de este modo los modelos seguidos en la vía tributaria o contractual y, con el fin de optimizar el funcionamiento de esas Comisiones, se sugiere que las mismas desarrollen una *segunda tarea coadyuvante* a la evitación de litigios, cual es la elaboración de dictámenes sobre dudas interpretativas de Derecho que les sometan los órganos con competencias ejecutivas.

Antes de seguir adelante con el nuevo modelo propuesto, conviene hacer un pequeño recordatorio del “estado de la cuestión de los recursos administrativos” en la doctrina científica más autorizada, la cual de forma mayoritaria, ha venido reclamando para los recursos administrativos un

carácter “potestativo”, convirtiendo en innecesaria su interposición para “agotar” la vía administrativa y poder tener acceso al ámbito judicial.

De siempre, los distintos autores han debatido sobre si los recursos administrativos constituyen una “garantía” para los administrados que se ven afectados en sus personas o bienes por una determinada actuación administrativa (doble garantía, administrativa y jurisdiccional) que les permite reaccionar contra ella y, en su caso, eliminar el perjuicio que les puede ocasionar, o bien un privilegio para la Administración, a la vez que una “carga” para el ciudadano, en la medida en que le obliga a aplazar la posibilidad de obtener un pronunciamiento proveniente de una instancia independiente y neutral, como lo es la vía judicial, obligándole con carácter previo a acudir a la propia Administración autora del acto, al tener que agotar la “vía administrativa” antes de acudir a la jurisdiccional (artículo 25.1 de la LJCA).

Como quiera que los recursos administrativos se resuelven por la propia Administración, que reúne por ello la doble condición de juez y parte, la doctrina más autorizada se ha decantado siempre por ver en los recursos administrativos mucho más una carga que una garantía. Como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ<sup>3</sup>, la doble condición de Juez y parte que reúne la Administración al conocer de los recursos que se interponen ante ella hace surgir, necesariamente, una tensión irreductible pues, por una parte, la resolución del recurso habrá de fundarse en Derecho, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC (artículo 107.1 LRJPAC) pero, por otra parte, la resolución del recurso tiende a salirse de los estrechos límites a los que debe contraerse la decisión de un debate estrictamente jurídico, de modo que aunque la regulación de los recursos administrativos está muy “procesalizada”, ello no puede impedir que junto a los motivos de estricta legalidad aparezcan otros de mera oportunidad ya que la tarea de la Administración no es la de “decir el derecho”, sino la de servir con objetividad y dar pronta y eficaz respuesta a los intereses generales que tiene confiados, por mandato del artículo 103.1 de la CE.

Ante esta situación, la doctrina científica mencionada se ha decantado por entender que la vía administrativa de recurso debería configurarse con carácter “facultativo”, con sólo dos posibles excepciones: los supuestos de “tutela administrativa”, pues de esa forma se permite que el ente público

---

<sup>3</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, “Curso de Derecho Administrativo II”. Editorial Civitas. Sexta Edición. Páginas 503 a 535.

que la ostenta pueda cumplir su función de supervisión de la actuación del órgano “tutelado”, y los casos de “autoadministración”, en los que igualmente se permite a la Administración retenedora de la titularidad del servicio, controlar a las organizaciones o entidades privadas que gestionan el mismo.

En todos los demás casos, la utilización de la vía administrativa de recurso, debería ser opcional para el administrado (GARCÍA DE ENTERRÍA, TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, GONZÁLEZ PÉREZ, GONZÁLEZ NAVARRRO, etc.).

Desde el punto de vista histórico, fue la Ley de Procedimiento Administrativo de 18 de julio de 1958, la que introdujo un régimen general de los recursos administrativos ordinarios, de alzada y reposición, poniendo fin a la diversidad que resultaba de las anteriores reglamentaciones ministeriales en materia de procedimiento. El rasgo más característico del régimen de 1958 fue la generalización de la “obligación de agotar la vía administrativa previa” antes de entablar un recurso contencioso-administrativo. Los recursos de alzada y reposición tenían carácter preceptivo en tanto que presupuesto para el acceso a la posterior vía judicial.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC, en un primer momento, mantuvo el régimen jurídico propio del recurso de alzada (cambiando su denominación por la de recurso ordinario), en el sentido de que siguió siendo necesaria su interposición para el agotamiento de la vía administrativa, pero suprimió el recurso de reposición.

La reforma operada en la anterior norma por la Ley 4/1999, de 13 de enero, devolvió al recurso jerárquico su tradicional denominación de recurso de alzada y recuperó el recurso de reposición pero, haciéndose eco en parte del sentir de la doctrina científica a la que hemos aludido, le dio a este último carácter “potestativo”, unificando el plazo de interposición de ambos recursos (un mes), aunque no así el de resolución (un mes para el recurso de reposición, tres para el de alzada), lo que también ha sido objeto de críticas por la doctrina científica aludida.

Esa es la situación vigente que, como hemos visto más atrás, resulta *ineficiente* como filtro o control interno de legalidad y no impide la proliferación de recursos contencioso-administrativos, ya que muchos de los recursos administrativos se desestiman por silencio y son pocos los que se estiman.

Pues bien, ante esta situación, la propuesta de la Sección Especial no se alinea con la posición mayoritaria de la doctrina de dar carácter facultativo no sólo al recurso de reposición, sino también al de alzada, sino que se

inclina por generalizar el sistema de las Comisiones administrativas independientes, al modo de los “Tribunales” económico-administrativos o de recursos contractuales.

Así pues, la “*idea clave*” sobre la que descansa la propuesta de la Sección Especial es que los recursos de alzada y reposición se resuelvan por un órgano administrativo independiente, en lugar de por el superior jerárquico (en el recurso de alzada) o por el mismo órgano que dictó la resolución (en el recurso de reposición).

Nótese que no estamos ante una propuesta en la línea de lo dispuesto en el artículo 107.2 de la LRJPAC, es decir, de reemplazar los recursos de alzada y reposición por otros mecanismos o procedimientos alternativos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación, sino que estamos ante algo más sencillo: *la sustitución del órgano encargado de resolver tales recursos, que pasará a ser una Comisión independiente.*

Esta propuesta de generalización de los órganos administrativos independientes o Comisiones independientes requiere dos niveles de regulación:

a) Por una parte, una regulación u ordenación general sobre la composición y funcionamiento de esas Comisiones u órganos administrativos independientes, que necesariamente ha de incluirse en la LRJPAC, en tanto que regulación estatal básica aplicable a todas las Administraciones Públicas españolas (artículo 1 LRJPAC), y que deberá incluir necesariamente las pautas generales de los procedimientos y las garantías de independencia de los distintos miembros de los órganos encargados del control de legalidad y

b) Por otra parte, las diversas regulaciones sectoriales o autonómicas de desarrollo normativo que establezcan, en su caso, la efectiva aplicación del nuevo modelo a los concretos ámbitos de la actividad administrativa, regulación sectorial que, en función de la materia de que se trate y de las competencias sobre la misma, corresponderá al Estado o a las Comunidades Autónomas así como, en el caso de la Administración Local, mediante la reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.

Es decir, habrá de ser la normativa sectorial o autonómica la que determine en cada caso si los recursos de alzada (o reposición) habrán de ser resueltos por la Comisión independiente o, como hasta ahora, por el superior jerárquico (o el mismo órgano que dictó la resolución) pero, si dicha normativa determina que sea una Comisión administrativa independiente quién resuelva el recurso, ésta habrá de ajustarse en todo caso a lo establecido con carácter básico en la LRJPAC, especialmente en lo relativo

a los hitos principales del procedimiento a seguir y a las garantías de independencia de los distintos miembros.

En concreto, la propuesta consiste en la introducción de un “nuevo apartado 5 al actual artículo 107 de la LRJPAC”, que quedaría redactado de la siguiente forma:

*Artículo 107.5. Comisiones independientes de recursos administrativos*

*Sin perjuicio de lo establecido en el apartado dos de este artículo, las leyes también podrán establecer que los recursos de alzada y reposición se resuelvan por comisiones administrativas independientes. Estas comisiones se rigen por las siguientes reglas:*

- a) *En el ejercicio de su función, los miembros de las comisiones independientes actuarán conforme a estrictos criterios de legalidad y no estarán sometidos a instrucción alguna. Actuarán siempre de forma colegiada.*
- b) *Las resoluciones de las Comisiones independientes agotarán en todo caso la vía administrativa previa al proceso contencioso-administrativo.*
- c) *Sin perjuicio de lo que establezcan las leyes autonómicas de desarrollo, corresponde a las leyes sectoriales o, en su caso, a las normas locales, regular la composición de las comisiones independientes. Con respeto al principio de autonomía local, las Comunidades Autónomas pueden crear comisiones independientes únicas para la Administración autonómica y local.*
- d) *En todo caso, las comisiones serán órganos colegiados y podrán incluir por tiempo determinado y de manera limitada a expertos no pertenecientes a una Administración pública. Estos especialistas podrán actuar a tiempo parcial. Los demás miembros de las comisiones serán funcionarios de cuerpos y escalas del máximo grupo o subgrupo de clasificación establecido en la legislación de empleo público. Todos los miembros de las comisiones independientes deberán acreditar experiencia previa en el desempeño de tareas estrictamente reservadas a juristas o, en el supuesto de la docencia y la investigación, acreditar una experiencia equivalente. Asimismo deberá acreditarse una experiencia profesional de al menos ocho años en el concreto sector de la actividad al que se refiere la comisión administrativa independiente. El titular de la presidencia del órgano deberá acreditar una experiencia de al menos diez años de experiencia profesional específica y disponer de la habilidad suficiente para dirigir las tareas de un órgano colegiado.*
- e) *Los miembros de las comisiones independientes no podrán ser removidos de sus puestos y sólo cesarán: por renuncia, por incumplimiento grave de sus obligaciones formales, por condena a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público, o por incapacidad sobrevenida. La ley de creación deberá establecer, en su caso, la duración del nombramiento, que en ningún caso podrá ser inferior a seis años.*
- f) *La designación del Presidente y los vocales se realizará por el órgano que establezca cada ley de creación, previa realización de un proceso selectivo en el que se garantizará el carácter público de la convocatoria y los criterios de valoración del mérito, la capacidad y la idoneidad que guiarán el proceso. El procedimiento deberá tener carácter competitivo. La valoración del mérito, la capacidad y la idoneidad será apreciada por un órgano de carácter técnico cuya composición responderá a los principios de imparcialidad, profesionalidad y especialización; su propuesta será necesariamente razonada. En el supuesto de nombramiento*

*de expertos no pertenecientes a una Administración Pública, el procedimiento deberá establecerse en la ley de creación de la comisión independiente y deberá garantizar el cumplimiento de los requisitos de profesionalidad, experiencia e imparcialidad de los miembros designados.*

- g) Las comisiones independientes tramitarán los recursos de alzada conforme a las reglas procedimentales establecidas para esos recursos en la presente ley.*
- h) Los recursos de reposición, cuando hayan de resolverse por una comisión independiente, serán de interposición obligatoria, agotarán la vía administrativa y se tramitarán íntegramente conforme a las reglas propias del recurso de alzada.*
- i) Las comisiones administrativas independientes sólo podrán estimar los recursos interpuestos cuando el ordenamiento jurídico ofrezca criterios normativos concretos, precisos y suficientes y éstos hayan sido infringidos en la resolución impugnada. No serán anulables las resoluciones administrativas discrecionales o adoptadas en el margen de apreciación técnica o administrativa que una norma concede al órgano administrativo. Estimado un recurso por razones formales, la comisión administrativa independiente ordenará la retroacción de actuaciones prevista en el artículo 113.2 de esta ley, sin que sea posible la convalidación regulada en su artículo 67.*
- j) A efectos de su impugnación contencioso-administrativa, los actos de las comisiones independientes se considerarán dictados por los órganos que, de acuerdo con los criterios normativos generales, agotarían la vía administrativa.*

Son varias las cuestiones que plantea la propuesta de redacción de este apartado 5 del artículo 107 de la LRJPAC:

En primer lugar, la propuesta parece respetuosa con la doctrina del Tribunal Constitucional sentada, entre otras, en la STC 50/1999, de 6 de abril que, como se sabe, examinó la adecuación a la CE de determinados preceptos de la LRJPAC. En esa sentencia, cuyo Ponente fue el Magistrado Carles Viver Pi-Sunyer, se afirma que en materia de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, que incluye la “regulación de la composición, estructura y competencias de los órganos de las Administraciones Públicas”, “la organización de todas las Administraciones Públicas”, “los aspectos organizativos e institucionales de esas Administraciones” o la “composición, funcionamiento y organización” de las mismas (SSTC 32/1981, 35/1982, 76/1983 y 214/1989), la Constitución atribuye al Estado las “bases”, en tanto que a las Comunidades Autónomas les corresponde el “desarrollo” legislativo. Concretamente, en el fundamento jurídico 3, se dice que:

*“En virtud de esa competencia básica el Estado puede establecer los elementos esenciales que garanticen un régimen jurídico unitario aplicable a todas las Administraciones Públicas. Con todo, es cierto que, como queda dicho, la intensidad y extensión que pueden tener las bases no es la misma en todos los ámbitos que integran ese régimen jurídico. Así, el alcance de lo básico será menor en aquellas cuestiones que se refieren primordialmente a la organización y al funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones públicas que en aquellas otras que inciden más directamente en su actividad externa, sobre todo cuando afectan a la esfera de de-*

*rechos e intereses de los administrados, aunque ciertamente no cabe trazar una distinción tajante entre unos aspectos y otros. No debe olvidarse que, según el artículo 149.1.18 C.E., el objetivo fundamental, aunque no único, de las bases en esta materia es el de garantizar “a los administrados un tratamiento común ante ellas” y no cabe duda de que cuanto menor sea la posibilidad de incidencia externa de las cuestiones reguladas por los preceptos impugnados, más remota resultará la necesidad de asegurar ese tratamiento común y, por el contrario, mayor relieve y amplitud adquirirá la capacidad de las Comunidades Autónomas de organizar su propia Administración según sus preferencias.*

*No obstante, en ambos supuestos, deberá recordarse que, como hemos declarado en múltiples resoluciones, el Estado al establecer el común denominador normativo que encierran las bases, y a partir del cual cada Comunidad Autónoma con competencias de desarrollo legislativo puede regular la materia con arreglo a sus peculiaridades e intereses (por todas, SSTC 49/1988, fundamento jurídico 3º, y 197/1996, fundamento jurídico 5º), no puede hacerlo con un grado tal de detalle y de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción por parte de las Comunidades Autónomas de políticas propias en la materia mediante el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo. Como se afirma, entre otras, en la STC 147/1991 “la definición de las bases, en el ámbito de la legislación compartida, tiene por objeto crear un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual las Comunidades Autónomas dispongan de un margen de actuación que les permita, mediante la competencia de desarrollo legislativo, establecer los ordenamientos complementarios que satisfagan sus peculiares intereses, por ello, en principio, debe entenderse que excede de lo básico toda aquella ordenación que, por su minuciosidad y detalle, no deja espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo, produciéndose en tal caso, por regla general, un resultado de vulneración competencial que priva a lo presentado como básico de su condición de tal” (fundamento jurídico 5º).”*

En segundo lugar, la propuesta de la Sección Especial se traduce en una *coexistencia* de los dos sistemas de resolución de recursos administrativos ordinarios, es decir, el existente en la actualidad, donde los recursos administrativos son resueltos por el superior jerárquico o por el mismo órgano que dictó la resolución impugnada, según se trate del recurso de alzada o del recurso de reposición, y el “nuevo” sistema, donde los mencionados recursos administrativos son resueltos por la comisión independiente.

La elección entre uno u otro sistema de resolución de recursos se deja a lo que “las leyes establezcan”, es decir, a lo que las correspondientes normativas sectoriales o autonómicas establezcan al respecto. Otra cosa es, como también hemos dicho antes, que en el caso de que las leyes correspondientes opten por el sistema de resolución de recursos a través de las comisiones independientes, el funcionamiento de éstas, su composición y su régimen básico de actuación deberán ajustarse a las reglas básicas que se contienen en el propuesto apartado 5 del artículo 107 LRJPAC.

Esa permitida opción por uno u otro sistema de resolución de recursos administrativos ordinarios, deja las cosas un poco a medias y parece avanzar por el mismo camino que el de los procedimientos de impugnación o reclamación sustitutivos de los recursos de alzada o reposición del artículo 107.2 de la LRJPAC, con los que guarda no pocas semejanzas. Por ejemplo, SÁNCHEZ MORÓN<sup>4</sup>, afirma que estos procedimientos impugnatorios a que se refiere el apartado 2 del artículo 107, habrán de sustanciarse ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas. Para este autor, son tres las notas que han de caracterizar a estos órganos: la colegialidad, la especificidad y la independencia funcional.

Como vemos, existen grandes similitudes entre uno y otro sistemas y bien parece que lo que ahora se pretende no es sustituir “todo” el procedimiento, sino “sólo” al órgano decisor del recurso.

En cualquier caso, la introducción de esos procedimientos alternativos fue acogido con júbilo por la doctrina científica y en esta línea, se llegó a afirmar (GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ<sup>5</sup>) que la efectiva puesta en marcha de esos procedimientos sustitutivos de los recursos administrativos ordinarios podría ser una solución de los agobios que padece la justicia administrativa, que sólo en este tipo de fórmulas podría encontrar efectivo remedio.

Ello no obstante, la novedad introducida por el apartado 2 del artículo 107 de la LRJPAC es lo cierto que ha tenido muy poca acogida en la práctica, puesto que ha seguido imperando el régimen clásico de recursos administrativos.

Eso mismo puede ocurrir ahora, al únicamente “permitirse” (y no imponerse) que el legislador sectorial o autonómico opte por este sistema de resolución de recursos de alzada o reposición por las comisiones administrativas independientes, pues la experiencia enseña que las inercias son muy fuertes en la práctica administrativa ordinaria y es lo más probable que se siga con el régimen clásico de resolución de recursos.

En tercer lugar, como la propia Sección Especial reconoce en su informe explicativo, el cambio propuesto supone una profunda alteración en el régimen jurídico, y aún en la naturaleza propia del recurso de reposición.

---

<sup>4</sup> LEGUINA VILLA, Jesús y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, (Directores). Obra colectiva “*La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*”. Editorial Tecnos. Páginas 346 a 348.

<sup>5</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. “*Curso de Derecho ...*”. Obra citada. Página 535.

Su mantenimiento es meramente *formal* ya que su sentido, su regulación y su resolución cambian en profundidad.

Actualmente, el recurso de reposición se regula en los artículos 116 y 117 LRJPAC y se configura, como hemos visto, como un recurso “potestativo” y, añadimos nosotros, alternativo y previo al recurso contencioso-administrativo. Como dice el artículo 116 de la LRJPAC:

*1. Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativos.*

*2. No se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.*

Es un recurso, pues, que “puede” interponerse:

- a) Contra actos que “pongan fin a la vía administrativa”, es decir, los descritos en el artículo 109 LRJPAC.
- b) Ante el mismo órgano que los hubiera dictado.
- c) Una vez interpuesto el recurso de reposición, no podrá acudir a la vía judicial contencioso-administrativa hasta que el primero se haya resuelto, ya sea de forma expresa o presunta.

En cuanto a sus normas de tramitación, es lo cierto que apenas si existen “reglas específicas” para el recurso de reposición. Si acaso, las que contiene el artículo 117 en relación a los plazos, tanto de interposición (un mes, si el acto fuera expreso y tres meses si fuera presunto), como de resolución y notificación (un mes).

Por tanto, rigen las reglas generales en este ámbito del artículo 110 LRJPAC reglas que, por lo demás, están presididas por una cierta libertad de formas que llega a su máximo exponente en el apartado 2, cuando dispone que el error en la calificación del recurso no será obstáculo para su tramitación, siempre que pueda deducirse su verdadero carácter.

Pues bien, aunque en su propuesta la Sección Especial incluye al recurso de reposición como uno de los que podrán ser resueltos por las comisiones administrativas independientes, es lo cierto que, como decíamos, esta inclusión es meramente nominal o formal, porque lo cierto es que cuando el recurso de reposición haya de ser resuelto por aquéllas, pura y simplemente, deja de ser un recurso de reposición para convertirse en un recurso de alzada.

Prueba de lo que estamos diciendo, se deduce de lo siguiente:

1º) El recurso de reposición tiene carácter “potestativo”, mientras que según la nueva regulación propuesta, será “de interposición obligatoria” (apartado h) del nuevo número 5 del artículo 107 LRJPAC).

2º) El recurso de reposición se interpone contra actos que pongan fin a la vía administrativa, mientras que con la nueva redacción propuesta, serán las propias resoluciones de las comisiones administrativas independientes, que resuelvan los recursos de reposición, los actos que pongan fin a la vía administrativa.

3º) El recurso de reposición se interpone ante el “mismo órgano” que dictó el acto impugnado, mientras que con el nuevo apartado h) del número 5 del artículo 107 LRJPAC, el recurso de reposición se interpone ante “otro órgano” distinto, cual es la comisión administrativa independiente que, además, será siempre un órgano colegiado.

4º) El recurso de reposición debe resolverse y notificarse en el plazo de un mes, mientras que, con la nueva propuesta, el recurso de reposición se tramitará íntegramente conforme a las reglas propias del recurso de alzada y, por lo tanto, su plazo de resolución será el de tres meses, conforme al apartado 2 del artículo 115 de la LRJPAC.

Además de que, con la nueva propuesta, se está dando pie a la coexistencia de dos regímenes jurídicos completamente distintos para lo que se sigue denominando “recurso de reposición”, según cuál sea el órgano administrativo encargado de su resolución, lo que puede generar mucha confusión en los distintos operadores jurídicos, se plantea también una cuestión adicional, que podría ser contraria al propósito que anima la reforma.

Como hemos visto antes, las críticas doctrinales que se han vertido sobre el actual sistema de recursos administrativos van en la línea de que representan en muchas ocasiones una “carga” para los ciudadanos (mucho más que una garantía) ya que “aplazan” innecesariamente el acceso a los Tribunales, obligándoles a recurrir en la vía administrativa para “agotar” la misma y abrir así el acceso a la jurisdicción.

Pues bien, mientras que ahora el recurso de reposición es potestativo y, por lo tanto, el ciudadano puede perfectamente prescindir de él y acudir directamente a los Tribunales, con la nueva regulación propuesta, cuando la ley sectorial o autonómica determine que su resolución haya de hacerse por una comisión administrativa independiente, introducirá un obstáculo más al acceso a la jurisdicción puesto que el recurso de reposición ya no será potestativo, sino obligatorio.

Imaginemos por un momento que una de esas leyes sectoriales estatales o de desarrollo normativo de las Comunidades Autónomas, establecen que, en una determinada materia de su competencia, los recursos de reposición serán resueltos por una Comisión independiente. En la actualidad, recurrir en reposición o no hacerlo es una facultad (potestad) del administrado. Desde el momento en que haya de ser una Comisión independiente quien lo resuelva, esa “potestad” se convierte en una “obligación”, so pena de inadmisibilidad del posterior recurso contencioso-administrativo, por no haberse agotado la vía administrativa previa (artículo 69.c) LJCA).

Lógicamente, si esas comisiones administrativas independientes tienen éxito o, al menos, el mismo éxito que, como hemos visto antes, está teniendo el Tribunal Central de Recursos Administrativos en orden a la evitación de litigios, en realidad el “obstáculo” no será tal, sencillamente porque ya no habrá necesidad de acudir a la vía jurisdiccional, pero si no es así, donde antes el camino judicial estaba potencialmente libre y expedito, ahora habrá que interponer un nuevo recurso administrativo.

Por lo que respecta al recurso de alzada, cuando éste sea resuelto por una comisión independiente, el procedimiento a seguir será el actualmente establecido para esta clase de recursos. Dice el propuesto apartado g) del número 5 del artículo 107 de la LRJPAC:

*Las comisiones independientes tramitarán los recursos de alzada conforme a las reglas procedimentales establecidas para esos recursos en la presente ley.*

Ocurre, no obstante, que los artículos 114 y 115 de la LRJPAC, reguladores de tal recurso, apenas si establecen reglas procedimentales al respecto.

Como dice nuestra más autorizada doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ<sup>6</sup>), la LRJPAC es extraordinariamente liberal en cuanto a las formas a través de las cuales se ejercita el derecho al recurso, ya que su interposición apenas si requiere un sencillo escrito en el que, conforme al artículo 110.1 de la misma, ha de hacerse constar el nombre del recurrente y el domicilio en el que hayan de practicarse las notificaciones, así como el acto que se recurre, la razón de su impugnación y el centro o dependencia al que se dirige.

Por otro lado, se mantiene la regla del artículo 114.2 de que el recurso de alzada (ahora también el de reposición cuando haya de resolverse por

---

<sup>6</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. “Curso de Derecho ...”. *Obra citada*. Páginas 520 y siguientes.

una comisión independiente) puede interponerse ante el mismo órgano que dictó el acto que se impugna o ante el que resulte competente para su resolución, ya sea el superior jerárquico, ya sea la comisión independiente.

En el primer caso, el órgano recurrido deberá remitir el recurso al competente para su resolución en el plazo de diez días, con su informe al respecto y una copia completa y ordenada del expediente.

En lo que se refiere a los plazos de interposición y resolución, se mantienen inalterados, es decir, un mes para la interposición del recurso si el acto impugnado fuera expreso, o tres meses si fuera presunto.

Por otra parte, es importante recordar que, en el caso de que transcurran tres meses desde la interposición del recurso de alzada contra una desestimación por silencio administrativo, si la Administración no hubiere resuelto expresamente el recurso, el sentido del silencio administrativo es entonces positivo, por mandato expreso del último párrafo del artículo 43.1 de la LRJPAC.

En cuanto al plazo de resolución del recurso de alzada, sigue siendo de tres meses, tanto si resuelve el superior jerárquico como si lo hace la Comisión independiente. Transcurrido ese plazo sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado el recurso, salvo el supuesto que acabamos de comentar.

Lógicamente, si las desestimaciones de recursos de alzada por silencio administrativo son relativamente frecuentes en la práctica, es muy razonable pensar que con la creación de esas Comisiones independientes, cuyo único cometido es justamente el de resolver recursos administrativos (así como emitir informes para resolver dudas interpretativas), esos casos de silencio administrativo desaparecerán, con lo que uno de los motivos o causas del alto grado de litigiosidad en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como veíamos antes, es probable que desaparezca también.

Por último, señalar que la resolución administrativa que resuelve el recurso de alzada, como es sabido, agota la vía administrativa (artículo 109.a) de la LRJPAC), regla que viene a ser reiterada en el propuesto nuevo apartado 5 del artículo 107, cuando establece que las resoluciones de las Comisiones independientes agotarán en todo caso la vía administrativa, previa al proceso contencioso-administrativo.

## **6. LAS COMISIONES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LA REGULACIÓN QUE SE PROPONE**

Dentro de las competencias básicas del Estado, como veíamos antes, la regulación de las comisiones administrativas independientes que se propone, está integrada por un conjunto de reglas o garantías tendentes a reforzar la independencia de sus miembros, que se concretan en la exigencia de independencia funcional y en el no sometimiento de estas comisiones a instrucción alguna.

El objetivo de funcionamiento independiente, de forma semejante al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, se garantiza a través de tres reglas fundamentalmente:

1ª) La reserva de las plazas en las Comisiones independientes, para los funcionarios públicos del máximo nivel en la clasificación funcional, es decir, Grupo A, Subgrupos A-1 y A-2, conforme al artículo 76 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

2ª) El carácter “permanente” del puesto de trabajo (sólo en el caso de funcionarios). En este sentido, la ley de creación deberá establecer, en su caso, la duración del nombramiento que, en ningún caso, podrá ser inferior a seis años.

3ª) El establecimiento de causas tasadas para el cese de los miembros de las comisiones (renuncia, condena penal, incumplimiento grave de las obligaciones formales e incapacidad sobrevenida).

Como se ha dicho, la propuesta de la Sección Especial prevé también la posible incorporación, por tiempo determinado y de forma limitada, de profesionales externos a la propia Administraciones, al modo de lo que ocurre en las “*jurisdicciones especiales*” francesas o en los *Tribunals* administrativos británicos.

A este tipo de expertos externos se aplica también la regla de la independencia funcional, que tendrá que ser desarrollada por la legislación sectorial respectiva y se entiende que ha de tratarse de expertos que tengan estrecha relación con la materia de que se trate. En estos casos de profesionales externos, se busca que el objetivo de independencia se alcance también fijando un tiempo máximo en la prestación de los servicios, esto es, un período acotado de tiempo. Podrán también actuar a tiempo parcial.

Todos los miembros de la comisión independiente, funcionarios o expertos externos, tendrán que acreditar una experiencia previa de, al me-

nos, ocho años en el sector de la actividad de que se trate y el titular de la Presidencia de la Comisión, un mínimo de diez. Además, deberán acreditar experiencia previa en el desempeño de tareas estrictamente reservadas a juristas o, en el supuesto de la docencia y la investigación, acreditar una experiencia equivalente. Además, el Presidente deberá disponer de “habilidad suficiente” para dirigir las tareas de un órgano colegiado, lo que hace pensar en una persona que haya presidido con anterioridad otros órganos colegiados y conozca los detalles de su funcionamiento.

La designación del Presidente y los Vocales de las comisiones administrativas independientes se realizará a través de un procedimiento selectivo público, con arreglo a los criterios de mérito, capacidad e idoneidad y el procedimiento selectivo tendrá carácter competitivo. La valoración del mérito, capacidad e idoneidad será apreciada por un Órgano de carácter técnico, cuya composición responderá a los principios de imparcialidad, profesionalidad y especialización y su propuesta será “necesariamente razonada”.

Para el nombramiento de expertos no pertenecientes a una Administración, la ley de creación de la comisión deberá establecer el procedimiento para su selección que en todo caso deberá respetar los requisitos de profesionalidad, experiencia e imparcialidad de los miembros designados.

Por otro lado, la propuesta limita la función de las Comisiones administrativas independientes estrictamente al “control de legalidad de los actos administrativos”. Así se desprende del apartado i) del proyectado número 5 del artículo 107 de la LRJPAC:

*Las comisiones administrativas independientes sólo podrán estimar los recursos interpuestos cuando el ordenamiento jurídico ofrezca criterios normativos concretos, precisos y suficientes y éstos hayan sido infringidos en la resolución impugnada. No serán anulables las resoluciones administrativas discrecionales o adoptadas en el margen de apreciación técnica o administrativa que una norma concede al órgano administrativo. Estimado un recurso por razones formales, la comisión administrativa independiente ordenará la retroacción de actuaciones prevista en el artículo 113.2 de esta ley, sin que sea posible la convalidación regulada en su artículo 67.*

Además de las causas de nulidad o anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, que pueden fundar el recurso de alzada o reposición, existen otras causas de impugnación de los actos administrativos basadas, por ejemplo, en la pretensión de una distinta valoración de las pruebas o de un ejercicio distinto de la discrecionalidad administrativa o del margen de apreciación técnica. Conforme a la regulación actual, nada impide al superior jerárquico o al mismo órgano que dictó la resolución, alterar los

criterios de valoración de las pruebas o ejercer en un sentido distinto sus potestades discrecionales a la hora de resolver un recurso administrativo ordinario. La STS de 30 de marzo de 2012, es muy clara al señalar, en su fundamento jurídico sexto, que:

*“los recursos administrativos ordinarios, en general, son medios de control y revisión de la actuación administrativa que realiza la propia Administración y, al tiempo, una garantía para el interesado que le permite reaccionar prontamente frente a aquéllos que le perjudican. Pues bien, en la interposición de estos recursos administrativos pueden esgrimirse cualquier tipo de cuestiones, que forzosamente han de ser abordadas por el órgano administrativo al que corresponde su resolución.*

*En el recurso de reposición, que es el caso, no se tasan los motivos que pueden servir de soporte a tal impugnación en vía administrativa. A tenor del artículo 113.3 de la Ley 30/1992, la resolución de este tipo de recursos compete comprende todas las cuestiones suscitadas por los interesados tanto si son de forma como de fondo, y tanto si se trata de cuestiones suscitadas por los interesados como si no, siempre que en este último caso se oiga a las partes.*

*Las dos previsiones relacionadas ponen de manifiesto una amplitud general del control que se realiza por vía de recurso que no puede ser constreñido, como hace la sentencia, a la invocación de determinadas cuestiones, haciendo una segregación ajena a la caracterización propia de este tipo de recursos. Sin que sea preciso examinar la singular diferenciación entre “cuestiones de legalidad” y “cuestiones discrecionales”, que parece importada de la órbita de la autonomía local, pues sólo nos interesa destacar que se restringen los motivos de impugnación en los recursos administrativos en contra de lo dispuesto en el artículo 113.3 de la Ley 30/1992”.*

Sin embargo, la propuesta va en la línea de que la Comisión independiente no puede sustituir el criterio de oportunidad o técnico del órgano administrativo ejecutivo. En consecuencia, en esos casos, o hay una desestimación íntegra del recurso, abriéndose la vía judicial, o la estimación es meramente parcial y por motivos formales, ordenándose la retroacción del procedimiento para que sea el mismo órgano quién decida lo que, indudablemente, representa un retroceso respecto del régimen actual ya que, con la nueva propuesta, la Comisión no podrá entrar a resolver las cuestiones discrecionales, cosa que, como acabamos de ver, sí puede hacer el superior jerárquico y, por supuesto, el mismo órgano que dictó la resolución, siempre que se motive adecuadamente de acuerdo con el artículo 54.1.f) de la LRJPAC.

Otra de las cuestiones polémicas que se plantean es la de si el control del orden jurisdiccional contencioso-administrativo sobre la actividad resolutoria de las comisiones administrativas independientes ha de concentrarse en un único órgano jurisdiccional ubicado en la sede de la comisión administrativa, o no. Para evitar el hipotético colapso del órgano jurisdiccional en cuestión, la Sección Especial propone que las resoluciones de las

Comisiones independientes se consideren dictadas por los órganos que ordinariamente agotarían la vía administrativa y, por tanto, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la LJCA, sea la sede territorial de éstos últimos la que determine la competencia territorial de los Tribunales encargados de su control.

La propuesta de reforma de la LRJPAC en orden a las Comisiones administrativas independientes incluye también la regulación básica de la *otra función característica* de las mismas, propuesta por la Sección Especial, esto es, la aclaración abstracta de las posibles dudas interpretativas relativas al Derecho aplicable por los órganos de la Administración pública ejecutiva. Esta función se concreta mediante la introducción de un nuevo apartado 6 al artículo 107 de la LRJPAC bajo el rótulo “cuestiones internas de interpretación”.

Dice así el precepto propuesto:

*“Los órganos administrativos con competencias resolutorias podrán consultar a las comisiones administrativas independientes sobre la correcta interpretación de una norma concreta, cuando ésta sea determinante para la resolución de asuntos reiterados ante el mismo órgano. Una vez registrada la cuestión interna de interpretación, quedará en suspenso el plazo de resolución en todos aquellos procedimientos cuya terminación dependa de la norma cuestionada. El órgano administrativo notificará esta circunstancia a los interesados en todos los procedimientos suspendidos. La cuestión interna de interpretación será tramitada de forma preferente por la comisión administrativa independiente y deberá ser resuelta en el plazo máximo de un mes desde la fecha de su registro. El dictamen interpretativo de la comisión se comunicará a los órganos administrativos concernidos, tanto al que formuló la cuestión como a los que tramiten procedimientos idénticos y similares”.*

Para que esa técnica sea realmente eficaz, se ha de prever (como así se hace) que los procedimientos en los que resulte de aplicación la norma cuestionada queden en suspenso hasta que la Comisión independiente establezca su criterio interpretativo.

Estos dictámenes no podrán ser recurridos directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa pero sí que lo podrán ser, como es natural, los actos resolutorios concretos que sigan el criterio establecido en el dictamen.

La norma proyectada no dice nada sobre el posible carácter vinculante del dictamen, aunque puede deducirse que no lo es, al no ser ni siquiera preceptivo, ya que la norma dice que “podrán” consultar, pero se hace difícil pensar que, una vez emitido el dictamen, el órgano administrativo se vaya a apartar del criterio de la comisión independiente. En todo caso, si el

órgano resolutorio se separara del criterio establecido en el dictamen debería motivarlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 54.1.f) de la LRJPAC.

Otra de los problemas que puede plantearse es que dos Comisiones independientes distintas mantengan criterios dispares sobre un mismo tema jurídico, de carácter general o común. En esos casos, habrán de ser los Tribunales de Justicia los que inevitablemente diriman la controversia.

Una última cuestión que podría plantearse es el de la compatibilidad de la doble función (resolutiva y consultiva) de las comisiones independientes en el seno de un mismo procedimiento administrativo. Aunque la propuesta de la Comisión parece ubicarse más en una concepción alternativa y no simultánea de ambas funciones, es lo cierto que el texto propuesto deja abierta esa posibilidad y, por tanto, podría ocurrir que emitido un dictamen sobre una determinada cuestión jurídica, la misma comisión independiente hubiera de resolver el recurso de alzada o de reposición. Lo lógico es pensar que el recurso se resuelva de acuerdo con el criterio sostenido en el dictamen por la propia comisión pero, motivándolo debidamente, tampoco cabe excluir el cambio de criterio en razón a los argumentos que puedan ventilarse en el recurso, conforme al mencionado artículo 54.1.f) de la LRJPAC.

## **7. ALGUNAS PROPUESTAS CONCRETAS: LAS COMISIONES CENTRALES DE EMPLEO PÚBLICO, EXTRANJERÍA Y TRÁFICO**

A pesar de que, como hemos visto, la implantación de esas Comisiones administrativas independientes debe hacerse a través de las correspondientes leyes sectoriales o de desarrollo normativo autonómico (o, en su caso, de la legislación de régimen local), con carácter meramente ejemplificativo, la Sección entiende que sería posible, poco menos que de forma inmediata, crear esas Comisiones en los siguientes ámbitos administrativos sectoriales de competencia estatal, caracterizados por ofrecer un elevado índice de litigiosidad: empleo público, extranjería y tráfico.

1º) En primer lugar, se propone la creación de Comisiones administrativas independientes en el ámbito del personal o empleo público. Se trata de una actividad administrativa altamente reglada, con abundantes precedentes administrativos y judiciales y con un volumen muy alto de litigiosidad.

La propuesta de la Sección Especial, en este ámbito, consiste en la modificación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en dos direcciones fundamentalmente:

(i) Una regulación básica en la que se impone a todas las Administraciones Públicas la creación de Comisiones administrativas independientes para el conocimiento (y resolución) de los recursos administrativos de alzada y reposición en materia de personal, correspondiendo a la legislación de desarrollo normativo de las Comunidades Autónomas, la efectiva creación de las mismas, tanto para las propias Administraciones Autonómicas como para las Administraciones Locales.

(ii) La creación y regulación plena y exhaustiva de la Comisión Central de Empleo Público, única para el conjunto de la Administración General del Estado.

Esta regulación, además, podría considerarse supletoria respecto de las Comisiones independientes creadas en este ámbito por las Comunidades Autónomas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.3 de la CE.

La propuesta se concreta en dos nuevos artículos: 101 y 102 del Estatuto Básico del Empleado Público, que darían contenido a un nuevo Título IX: “de los recursos de empleo público” y en una reforma parcial de la Disposición final 2ª del mencionado Estatuto.

*Título IX. De los recursos de empleo público*

*Artículo 101. Comisiones independientes de empleo público*

*1. Las resoluciones administrativas de empleo público serán impugnables por medio de los recursos de alzada y reposición ante una comisión administrativa independiente.*

*2. Todas las comisiones administrativas independientes de empleo público se rigen por la ley general sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común, por la presente ley y por las leyes autonómicas de empleo público.*

*3. Las comisiones independientes actuarán con estricto sometimiento al Derecho. Sus resoluciones agotarán en todo caso la vía administrativa.*

*4. En los mismos términos, cada comisión independiente de empleo público dictaminará sobre las cuestiones internas de interpretación que le sometan los órganos con competencias resolutivas de la Administración en la que se integran. Corresponde a cada Comunidad Autónoma regular la composición y funcionamiento de sus comisiones independientes de empleo público, así como de las comisiones independientes de las Administraciones locales de su territorio.*

*5. En la Administración General del Estado existirá una Comisión Central de Empleo Público que conocerá de los recursos de alzada y reposición interpuestos contra cualesquiera resoluciones en materia de personal dictadas por la Administración General del Estado o sus Administraciones adscritas o vinculadas, excluidos los organismos reguladores previstos en la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible, y otros organismos públicos con análogo estatuto legal de autonomía orgánica o independencia funcional. La Comisión Central también conocerá de las cuestiones internas de interpretación que le sometan los órganos o entidades vinculadas y dependientes de la Administración General del Estado. La comisión no conocerá de*

las resoluciones o acuerdos dictados por el Consejo de Ministros o las Comisiones Delegadas del Gobierno.

La Comisión Central también conocerá de las cuestiones internas de interpretación que le sometan los órganos o entidades vinculadas y dependientes de la Administración General del Estado.

6. Sin perjuicio de su independencia funcional, la Comisión Central de Empleo Público se adscribe al Ministerio con competencias generales sobre Administraciones públicas. Estará compuesta por diez vocales y un presidente. Los vocales contarán con una experiencia en profesiones jurídicas de al menos ocho años. La experiencia profesional del presidente será de al menos diez años. Todos los vocales y el presidente se seleccionarán por procedimiento competitivo en funcionarios del subgrupo A-1 de cualquier Administración pública. En el procedimiento competitivo se valorarán diferenciadamente el mérito, la capacidad y la idoneidad específica para el puesto. Entre los méritos valorables se prestará especial atención a la experiencia profesional específica en materia de personal y a las titulaciones universitarias específicas sobre empleo público. La selección de los candidatos será motivada e incluirá tanto referencias específicas a cada uno de los candidatos como valoraciones comparativas de los méritos, capacidad e idoneidad de los distintos candidatos.

7. Para la valoración de los candidatos se formará, por Orden Ministerial, un órgano de selección integrado por cinco personas, todas ellas miembros en activo de la carrera judicial o de los cuerpos de abogados del Estado, catedráticos o profesores titulares de Universidad, y técnicos de la Administración Civil del Estado. Los vocales de la Comisión Central de Empleo se nombran por Orden Ministerial, a propuesta del órgano de selección. La misma Orden Ministerial designará al presidente de entre los miembros propuestos como vocales por el órgano de valoración.

8. La efectiva provisión de la Comisión Central de Empleo Público en ningún caso supondrá un incremento neto de puestos de trabajo en la Administración General del Estado.

9. La Comisión Central contará con la asistencia de personal técnico y administrativo que, en su caso, podrá ser adscrito mediante medidas de movilidad funcional, de reestructuración de relaciones de puestos de trabajo o de asignación provisional de funciones, conforme a lo establecido en esta ley.

#### Artículo 102. Funcionamiento de la Comisión

1. La Comisión de Empleo Público actuará en pleno o por secciones. Los dictámenes que resuelvan las cuestiones internas de interpretación se aprobarán en pleno. Las secciones se compondrán de tres vocales. El presidente de la comisión nombrará a los presidentes de las secciones. Cada sección de la comisión estará asistida por personal funcionario o laboral experto en materia de personal. Un reglamento regulará la organización y funcionamiento de las secciones y el pleno.

2. La comisión central de empleo público resolverá los recursos en el plazo de tres meses. Los acuerdos de la Comisión serán directamente impugnables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o ante la Jurisdicción Social, según los casos. En este último caso no procederá la reclamación administrativa previa regulada en la legislación de régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

3. Los dictámenes resultantes de cuestiones internas de interpretación serán de tramitación preferente y urgente y se dictarán en el plazo de un mes.

#### Disposición Final Segunda (segundo párrafo)

*Los apartados 2 a 5 del artículo 101 sólo rigen para la Administración General del Estado y supletoriamente para las Administraciones autonómicas y locales en las que las leyes o normas locales hayan establecido comisiones independientes de empleo público.*

En el caso de la Comisión Central de Empleo Público, no se prevé la inclusión de ningún experto independiente, sin duda porque quienes gozan de mayor experiencia en la materia son los propios funcionarios públicos.

2º) El segundo ámbito donde puede intentarse la implementación de este sistema de Comisiones independientes, a juicio de la Sección especial, es de la Administración de Extranjería, por tratarse igualmente de un ámbito altamente reglado y dar lugar a una no menos alta tasa de litigiosidad donde, además, el control de legalidad ha de adelantarse en el tiempo, ya que en muchas ocasiones, el control judicial llega en un momento en el que los resultados de la actuación administrativa ya se han consumado.

En este sentido, la propuesta se concreta en la modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, mediante la introducción de un nuevo Título V (La Administración de Extranjería), integrado por el nuevo artículo 73.

*Artículo 73. Comisión Central de Extranjería*

*1. Las resoluciones administrativas en materia de extranjería, dictadas por la Administración General del Estado, serán impugnables por medio de los recursos de alzada y reposición ante una comisión administrativa independiente, denominada Comisión Central de Extranjería. Esta comisión actuará con estricto sometimiento al derecho, conforme a lo establecido en la legislación básica de régimen jurídico de las Administraciones públicas.*

*2. Las resoluciones de la Comisión Central de Extranjería agotarán en todo caso la vía administrativa.*

*3. La Comisión Central de Extranjería también dictaminará sobre las cuestiones internas de interpretación que le sometan los órganos y entidades vinculadas y dependientes de la Administración General del Estado. La comisión no conocerá de recursos contra resoluciones o acuerdos del Consejo de Ministros o de Comisiones Delegadas del Gobierno.*

*4. Sin perjuicio de su independencia funcional, la comisión se adscribe al Ministerio del Interior. Estará compuesta por seis vocales y un presidente. Los vocales contarán con una experiencia en profesiones jurídicas de al menos ocho años. La experiencia profesional del presidente será de al menos diez años. Cinco de los vocales y el presidente se seleccionarán por concurso entre funcionarios del subgrupo A-1 de cualquier Administración pública. Uno de los vocales será externo a la Administración pública y ejercerá sus funciones por un período de seis años. Tanto los vocales funcionarios como el miembro externo serán seleccionados en un procedimiento en el que se valorarán diferenciadamente el mérito, la capacidad y la idoneidad específica de cada candidato para el puesto. Entre los méritos valorables se prestará especial*

atención a la experiencia profesional específica en materia de extranjería y asilo y a las titulaciones universitarias específicas sobre estas materias. La selección de los candidatos será motivada e incluirá tanto referencias específicas a cada uno de los candidatos como valoraciones comparativas entre los méritos, capacidad e idoneidad de los distintos candidatos. Para la valoración de los candidatos se creará, por Orden Ministerial, un órgano de selección integrado por cinco miembros, todos ellos en activo, de la carrera judicial o de los cuerpos de abogados del Estado, catedráticos o profesores titulares de Universidad, y Técnicos de la Administración civil del Estado. Los vocales se nombran por Orden Ministerial a propuesta del órgano de selección. La misma Orden Ministerial designará al presidente entre los miembros propuestos como vocales por el órgano de valoración.

5. La efectiva provisión de la Comisión Central de Extranjería en ningún caso supondrá un incremento neto de puestos de trabajo en la Administración General del Estado.

6. La comisión contará con la asistencia de personal técnico y administrativo que, en su caso, podrá ser adscrito mediante medidas de movilidad funcional, de reestructuración de relaciones de puestos de trabajo o de asignación provisional de funciones, conforme a lo establecido en la legislación de empleo público.

7. La Comisión Central de Extranjería actuará en pleno o por secciones. Un reglamento regulará la organización y funcionamiento de las secciones y el pleno.

8. La Comisión Central de Extranjería resolverá en un plazo de tres meses. Los acuerdos de la Comisión serán impugnables directamente ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

9. Los dictámenes en respuesta a cuestiones internas de interpretación serán de tramitación preferente y urgente y se dictarán en el plazo de un mes.

3º) El tercer gran ámbito donde se propone la creación de una Comisión administrativa independiente para la resolución de recursos administrativos ordinarios es el del tráfico de vehículos de motor, caracterizado asimismo por ser un sector altamente reglado, así como por la especialización técnica de la actividad administrativa involucrada y la, normalmente, no elevada cuantía de las sanciones.

Las estadísticas informan de que las resoluciones administrativas en materia de tráfico, en buena parte provenientes de la Administración General del Estado, dan lugar a un alto número de procesos contencioso-administrativos, aunque parece ya constatarse que, con la entrada en vigor de la Ley de Tasas, se ha producido una importante reducción de estos procesos judiciales.

La propuesta de modificación legislativa se concreta, en este caso, en la introducción de un nuevo apartado tercero al vigente artículo 6 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial.

*“Las resoluciones administrativas en materia de tráfico, dictadas por los órganos y organismos adscritos al Ministerio del Interior, serán impugnables por medio de los recursos de alzada y reposición ante una comisión administrativa independiente, denominada Comisión Central de Tráfico. Esta comisión actuará con estricto sometimiento al derecho, conforme a lo establecido en la legislación básica de régimen jurídico de las Administraciones públicas. Las resoluciones de la Comisión Central de Tráfico agotan la vía administrativa.*

*La Comisión Central de Tráfico se rige por las siguientes reglas:*

*a) Sin perjuicio de su independencia funcional, la comisión se adscribe al Organismo Autónomo Jefatura Central de Tráfico, del Ministerio del Interior. Estará compuesta por seis vocales y un presidente. Los vocales contarán con una experiencia en profesiones jurídicas de al menos ocho años. La experiencia profesional del presidente será de al menos diez años.*

*b) Cinco de los vocales y el presidente se seleccionarán entre funcionarios del subgrupo A-1 de cualquier Administración pública. Uno de los vocales será externo a la Administración pública y ejercerá sus funciones por un período de seis años.*

*c) Tanto los vocales funcionarios como el contratado serán seleccionados en un procedimiento en el que se valorarán diferenciadamente el mérito, la capacidad y la idoneidad específica de cada candidato para el puesto. Entre los méritos valorables se prestará especial atención a la experiencia profesional específica en materia de tráfico, circulación y seguridad de vehículos de motor, así como, en su caso, a las titulaciones universitarias específicas sobre estas materias.*

*d) La selección de los candidatos será motivada e incluirá tanto referencias específicas a cada uno de los candidatos como valoraciones comparativas entre los méritos, capacidad e idoneidad de los distintos candidatos.*

*e) Para la valoración de los candidatos se creará, por Orden Ministerial, un órgano de selección integrado por cinco miembros, todos ellos en activo, de la carrera judicial o de los cuerpos de abogados del Estado, catedráticos o profesores titulares de Universidad, y técnicos de la Administración civil del Estado. Los vocales se nombran por Orden Ministerial a propuesta del órgano de selección. La misma Orden Ministerial designará al presidente de entre los miembros propuestos por el órgano de valoración.*

*f) La efectiva provisión de la Comisión Central de Tráfico en ningún caso supondrá un incremento neto de puestos de trabajo en la Administración General del Estado.*

*g) La Comisión contará con la asistencia de personal técnico y administrativo que, en su caso, podrá ser adscrito mediante medidas de movilidad funcional, de reestructuración de relaciones de puestos de trabajo o de asignación provisional de funciones, conforme a lo establecido en la legislación de empleo público.*

*h) La comisión actuará en pleno o por secciones. Un reglamento regulará la organización y funcionamiento de las secciones y del pleno*

*i) La Comisión Central de Tráfico resolverá en un plazo de tres meses. Los acuerdos de la comisión serán impugnables directamente ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.*

*j) Los dictámenes por cuestiones internas de interpretación serán de tramitación preferente y urgente y se dictarán en el plazo de un mes.*

Una de las críticas que se podrían hacer a esas comisiones administrativas independientes es justamente la de su coste económico de implantación, en un momento como el actual de grave crisis económica. Es lo cierto que la Sección Especial es plenamente consciente de esa situación y es por

eso que en cada una de las propuestas de creación concreta de esas comisiones administrativas independientes, introduce un precepto que establece que la efectiva provisión de esas comisiones en ningún caso supondrá un incremento neto de los puestos de trabajo en la Administración General del Estado, por lo que los nuevos puestos a cubrir por los funcionarios públicos supondrán la amortización de las plazas que ocupasen anteriormente, o bien habrá de producirse una reestructuración en las relaciones de puestos de trabajo que incorpore en su conjunto aquella amortización.

## 8. REFLEXIÓN FINAL

Para finalizar este trabajo, viene al caso recordar las reflexiones del profesor del *University College, Oxford*, ADRIAN ZUCKERMAN quien considera que existen tres factores relacionados con la valoración de la Administración de Justicia de un país: su acceso, su coste (que ha de ser evaluado no sólo desde el punto de vista del ciudadano que accede a la justicia, sino también desde la perspectiva del gasto público que conlleva), y su duración.

Estos tres factores están intercomunicados, de forma tal que duración y coste pueden afectar al acceso; duración y acceso pueden afectar a la calidad de la justicia y el alto coste puede hacer bajar el acceso.

La influencia de cada uno de esos tres factores repercute sobre los demás, de tal modo que el mantenimiento de todos estos factores con un elevado nivel de satisfacción al mismo tiempo, no resulta posible. Por ejemplo, si tenemos un acceso masivo con un coste bajo, posiblemente, el tiempo de duración sea alto y la calidad baja. Si, por el contrario, el sistema se asienta en un alto coste y en un acceso restringido, la consecuencia lógica será una alta calidad y una duración baja.

Se trata de buscar un equilibrio entre todos estos factores pero, como en todo equilibrio, no todos los factores pueden darnos un nivel alto de satisfacción. Una Justicia más barata y de más fácil acceso, crea una demanda añadida para el sistema judicial sin que sea posible mantener esos dos factores sin incrementar el gasto público, so pena de perjudicar la duración y la calidad.

Las propuestas que aquí hemos analizado inciden justamente en el acceso al sistema judicial, buscando su limitación pero sin merma de los principios constitucionales de tutela judicial efectiva y de pleno control jurisdiccional de la actividad administrativa. Se trata de fortificar los contro-

les internos de legalidad dentro de la misma Administración, posibilitando que aquellas impugnaciones que deben ser estimadas, aun parcialmente, de acuerdo con la jurisprudencia pacífica o con criterios asentados anteriormente, lo sean en la vía administrativa, evitando su acceso a los Tribunales.

La implantación de las Comisiones administrativas independientes, por sí sola, no representa ninguna merma en los derechos del ciudadano, como no sea la de tener que recurrir forzosamente a las mismas, cuando en la actualidad, tienen ya potestativamente expedita la vía judicial contra aquellas resoluciones que ponen fin a la vía administrativa. Nos estamos refiriendo, claro está, a los recursos de reposición.

Por último, como decía el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA, esas fórmulas novedosas de resolución de recursos administrativos sólo pueden funcionar si hay detrás una decidida voluntad política de asegurar en todo caso la imprescindible imparcialidad que requiere su propia credibilidad social.

En esa credibilidad social habrá de residir, en suma, el prestigio de las comisiones administrativas independientes y su capacidad de contribuir cabalmente a una disminución razonable del alto grado de litigiosidad que sigue presentando, a día de hoy, la jurisdicción contencioso-administrativa española.

# **La obligación de los Colegios Profesionales y los Consejos de Colegios de disponer de una sede electrónica y/o ventanilla única**

*(Informe 4/2014)*

## **1. OBJETO DE LA CONSULTA**

La implantación de las nuevas tecnologías por parte de las entidades públicas está trayendo consigo no sólo lo que debería ser una mejor y más eficaz prestación de los servicios y desarrollo de sus funciones por parte de aquéllas. También implica el reconocimiento de nuevos derechos en favor de los ciudadanos y la imposición de nuevas obligaciones a las entidades del sector público. De entre estos derechos cabe destacar ahora el derecho a relacionarse con las Administraciones públicas por medios electrónicos o telemáticos, tal como reconocen los arts. 1º y 6º de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

El marco de las relaciones entre las administraciones públicas y los ciudadanos está llamado a experimentar un cambio gradual pero no por ello menos radical. Diversas y recientes normas que se han dictado con el ánimo de configurar por fin un sector público adaptado a las nuevas tecnologías han de ser tenidas en cuenta a la hora de evaluar el impacto que las mismas tienen o van a tener en los Colegios Profesionales y en los Consejos de Colegios.

En el presente Informe se abordará la cuestión relativa a la posible obligación de los Colegios Profesionales y los Consejos de Colegios (en particular el CGAE) de contar con una Sede Electrónica (en adelante Sede Electrónica, Sede o SE) y/o con una Ventanilla Única en sus relaciones con los ciudadanos y con los profesionales prestadores de servicios.

A tal fin, se dará respuesta a varias cuestiones relevantes:

- Primera: ¿Tienen la obligación los Colegios Profesionales de contar con una Sede Electrónica y/o Ventanilla Única?
- Segunda: ¿Qué tipo de servicios deben ofrecer los Colegios a través de medios electrónicos?
- Tercera: ¿Están obligados, en los mismos términos, los Consejos de Colegios?

## 2. MARCO NORMATIVO

Las normas que van a ser utilizadas en el análisis de las cuestiones planteadas serán, fundamentalmente, las siguientes:

- Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.
- Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado Interior.
- Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos.
- Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio.
- 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.
- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
- Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado
- Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.
- Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica.
- Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica.

Igualmente serán analizadas las leyes de las Comunidades Autónomas sobre Colegios Profesionales y Consejos de Colegios, así como las que en ellas regulan la llamada Administración electrónica.

Por otro lado, se han tenido en cuenta tanto el Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales elaborado por el Ministerio de Economía y Competitividad (que, según parece, será aprobado en breve como Proyecto de Ley y remitido al Congreso de los Diputados para su ulterior tramitación) y el Anteproyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

### 3. INTRODUCCIÓN Y CUESTIONES GENERALES

#### 3.1. Administración electrónica y derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones públicas por medios electrónicos

Ante todo debemos tener presente que la problemática referida a la sede electrónica (y, asimismo, a la ventanilla única, pese a que, como veremos, ésta persigue fundamentalmente un objetivo de simplificación administrativa) tiene su razón de ser en el marco de lo que se ha venido en llamar Administración electrónica y, como antes ya se ha apuntado, de los nuevos derechos y obligaciones que de ella derivan. En particular el derecho a relacionarse con las Administraciones públicas utilizando medios electrónicos que, como antes hemos señalado, se recoge en los artículos 1º y 6º de la Ley 11/2007.

En efecto, el primero dispone en su apartado 1 que dicha Ley “reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos y regula los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, en las relaciones entre las Administraciones Públicas, así como en las relaciones de los ciudadanos con las mismas con la finalidad de garantizar sus derechos, un tratamiento común ante ellas y la validez y eficacia de la actividad administrativa en condiciones de seguridad jurídica”. Este precepto se completa con lo que dispone el artículo 6º, según el cual “1. Se reconoce a los ciudadanos el derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos”. A continuación, tras reconocer una serie de derechos específicos, añade en su apartado 3 una referencia a la ventanilla única, en los términos que luego veremos.

Es decir, no sólo se exige a las entidades del sector público adaptarse a las nuevas tecnologías, sino que deben facilitar el ejercicio del derecho que se reconoce a los ciudadanos de relacionarse con ellas a través de medios electrónicos, y hacerlo con todas las garantías y facilidades. En este punto es donde adquieren especial relevancia la sede electrónica y la ventanilla única.

En definitiva, estamos hablando de la necesidad de que las entidades públicas se adapten a una nueva realidad social en que Internet es ya un

cauce esencial en sus relaciones con los ciudadanos. Como se ha señalado en alguna ocasión, “los estudios sobre el uso en un futuro próximo de los sitios web de las administraciones públicas coinciden en señalar que su utilización se va a incrementar, en primer lugar, por el perfil de los usuarios, los llamados nativos digitales, cuyo modo de relación natural con las administraciones será a través de los medios digitales y en segundo lugar, por la generalización en el uso de dispositivos móviles de tercera y cuarta generación que permitirán acceder e interactuar con dichos medios digitales con una mayor facilidad”<sup>1</sup>.

### 3.2. Concepto y contenido de la sede electrónica

Dicho lo anterior, es imprescindible tener en cuenta el concepto legal de sede electrónica. Para ello, debemos acudir al artículo 10.1 de la Ley 11/2007 de 22 de junio, según el cual:

*“La sede electrónica es aquella dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a una Administración Pública, órgano o entidad administrativa en el ejercicio de sus competencias”.*

Resulta relevante, por consiguiente, constatar que la Ley identifica “sede electrónica” con una “dirección electrónica” que se ha de poner a disposición de los ciudadanos. Para determinar, a los efectos de la Ley, qué se entiende por dirección electrónica debemos acudir al artículo 5 sobre definiciones que nos remite, a su vez, al Anexo de la Ley. Allí encontramos la definición legal de dirección electrónica: “Identificador de un equipo o sistema electrónico desde el que se provee de información o servicios en una red de comunicaciones”.

Este concepto no resulta del todo claro pues las sedes electrónicas deben ser consideradas verdaderas oficinas administrativas virtuales donde el ciudadano puede o debe acudir en sus relaciones con aquéllas. No son, por consiguiente, meras direcciones electrónicas o portales de acceso, sino algo más, es decir, la vía a través de la cual el ciudadano puede relacionarse con la Administración por medios electrónicos con todas las garantías de seguridad, confidencialidad, total validez y autenticación. En este sentido, existe una diferencia entre Sede Electrónica y otros conceptos como Portal

---

<sup>1</sup> Resolución de 21 de marzo de 2013, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Guía de Comunicación Digital para la Administración General del Estado.

de Acceso General o similares<sup>2</sup>, por mucho que, en ocasiones, las normas los utilicen como sinónimos. Son, por tanto, cosas diferentes: el portal de acceso sería la página web general de la Administración correspondiente, que no se configura como medio o vía para entablar relaciones jurídico-electrónicas con los ciudadanos, sino como punto de presentación y acceso a la sede o sedes Electrónicas; mientras que este concepto implicaría la posibilidad de entablar dichas relaciones con plenos efectos jurídicos.

Así lo establece la Comisión Permanente del Consejo Superior de Administración Electrónica<sup>3</sup> en una Guía aprobada en febrero de 2010. En este documento, disponible en el Portal de Acceso Electrónico (PAE) de la Administración General del Estado<sup>4</sup>, se define la sede electrónica (página 3) como “punto electrónico de acceso a aquellos servicios de centros directivos que requieran identificación autenticación por parte de los ciudadanos o de la administración. La sede estará dotada de condiciones especiales de identificación, seguridad y de responsabilidad, garantizando a su vez una información veraz actualizada y completa. Además de las características citadas, la sede debe contar con una serie de servicios tales como: medios para la formulación de sugerencias y quejas o registro electrónico, propio o proporcionado por otro organismo, con aplicaciones específicas para el tratamiento de los escritos normalizados de los procedimientos que tramitan dotado de medios de control de tiempo y plazos y servicios de comunicaciones y notificaciones electrónicas. Asimismo las sedes electrónicas deben cumplir los principios de accesibilidad, usabilidad, uso de estándares abiertos, protección de datos personales, confidencialidad, disponibilidad e integridad de las informaciones y comunicaciones que se realicen a través

---

<sup>2</sup> La diferencia entre dichos conceptos se ha puesto de manifiesto en el Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, donde se refiere por un lado al régimen jurídico de la Sede Electrónica (artículos 3 a 8), y por otro, al concepto de Punto de Acceso General (artículo 9), indicando, en relación a este último que: “El Punto de acceso general de la Administración General del Estado contendrá la sede electrónica que, en este ámbito, facilita el acceso a los servicios [...]”.

<sup>3</sup> El Consejo Superior de Administración Electrónica, regulado en el artículo 3 del Real Decreto 589/2005, es el órgano colegiado adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, encargado de la preparación, la elaboración, el desarrollo y la aplicación de la política y estrategia del Gobierno en materia de tecnologías de la información, así como del impulso e implantación de la Administración electrónica en la Administración General del Estado

<sup>4</sup> [www.administracionelectronica.gob.es](http://www.administracionelectronica.gob.es). Esta dirección electrónica da acceso a un Portal que nada tiene que ver con una Sede Electrónica, sin perjuicio que permita acceder a las mismas. Parece definirse la idea de que Portal de Acceso es el paso previo a la Sede, es decir, algo más genérico

de ellas”. Esta guía no tiene valor normativo, pero a efectos del presente Informe puede ser de gran importancia y utilidad.

En cuanto al contenido y los servicios mínimos que las Sedes deben tener y garantizar a los ciudadanos podemos tener en cuenta el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007. Ciertamente que el mismo se aplica a “la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ésta, en lo relativo a la transmisión de datos, sedes electrónicas y punto de acceso general, identificación y autenticación, registros electrónicos, comunicaciones y notificaciones y documentos electrónicos y copias”, pero su artículo 6 nos puede ser de especial interés. Indica lo siguiente:

*Artículo 6 Contenido y servicios de las sedes electrónicas*

*1. Toda sede electrónica dispondrá del siguiente contenido mínimo:*

*a) Identificación de la sede, así como del órgano u órganos titulares y de los responsables de la gestión y de los servicios puestos a disposición en la misma y, en su caso, de las subsedes de ella derivadas.*

*b) Información necesaria para la correcta utilización de la sede incluyendo el mapa de la sede electrónica o información equivalente, con especificación de la estructura de navegación y las distintas secciones disponibles, así como la relacionada con propiedad intelectual.*

*c) Servicios de asesoramiento electrónico al usuario para la correcta utilización de la sede.*

*d) Sistema de verificación de los certificados de la sede, que estará accesible de forma directa y gratuita.*

*e) Relación de sistemas de firma electrónica que, conforme a lo previsto en este real decreto, sean admitidos o utilizados en la sede.*

*f) Normas de creación del registro o registros electrónicos accesibles desde la sede.*

*g) Información relacionada con la protección de datos de carácter personal, incluyendo un enlace con la sede electrónica de la Agencia Española de Protección de Datos.*

2. Las sedes electrónicas dispondrán de los siguientes servicios a disposición de los ciudadanos:

*a) Relación de los servicios disponibles en la sede electrónica.*

*b) Carta de servicios y carta de servicios electrónicos.*

*c) Relación de los medios electrónicos a los que se refiere el artículo 27.4 de la Ley 11/2007, de 22 de junio<sup>5</sup>.*

---

<sup>5</sup> El citado artículo 27.4 dispone: “4. Las Administraciones publicarán, en el correspondiente Diario Oficial y en la propia sede electrónica, aquellos medios electrónicos que los ciudadanos pueden utilizar en cada supuesto en el ejercicio de su derecho a comunicarse con ellas”.

d) Enlace para la formulación de sugerencias y quejas ante los órganos que en cada caso resulten competentes.

e) Acceso, en su caso, al estado de tramitación del expediente.

f) En su caso, publicación de los diarios o boletines.

g) En su caso, publicación electrónica de actos y comunicaciones que deban publicarse en tablón de anuncios o edictos, indicando el carácter sustitutivo o complementario de la publicación electrónica.

h) Verificación de los sellos electrónicos de los órganos u organismos públicos que abarque la sede.

i) Comprobación de la autenticidad e integridad de los documentos emitidos por los órganos u organismos públicos que abarca la sede que hayan sido autenticados mediante código seguro de verificación.

j) Indicación de la fecha y hora oficial a los efectos previstos en el artículo 26.1 de la Ley 11/2007, de 22 de junio<sup>6</sup>.

Enumerados de este modo el contenido y los servicios mínimos ofrecidos en la Sede Electrónica, nada impide, sin embargo, que la Administración titular de la misma incluya servicios o contenidos adicionales para los ciudadanos. El párrafo 3º del citado artículo 6 dispone:

*3. Los órganos titulares responsables de la sede podrán además incluir en la misma otros servicios o contenidos, con sujeción a lo previsto en el artículo 10 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, y en este real decreto<sup>7</sup>.*

A lo anterior debe añadirse lo que indica la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, en

---

<sup>6</sup> El art. 26.1 establece: “1. Los registros electrónicos se registrarán a efectos de cómputo de los plazos imputables tanto a los interesados como a las Administraciones Públicas por la fecha y hora oficial de la sede electrónica de acceso, que deberá contar con las medidas de seguridad necesarias para garantizar su integridad y figurar visible”.

<sup>7</sup> El apartado 1 del artículo 10 de la Ley 11/2007 se ha transcrito más atrás en este Informe. Los apartados 2 a 5 del citado precepto disponen:

*2. El establecimiento de una sede electrónica conlleva la responsabilidad del titular respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que pueda accederse a través de la misma.*

*3. Cada Administración Pública determinará las condiciones e instrumentos de creación de las sedes electrónicas, con sujeción a los principios de publicidad oficial, responsabilidad, calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad. En todo caso deberá garantizarse la identificación del titular de la sede, así como los medios disponibles para la formulación de sugerencias y quejas.*

*4. Las sedes electrónicas dispondrán de sistemas que permitan el establecimiento de comunicaciones seguras siempre que sean necesarias.*

*5. La publicación en las sedes electrónicas de informaciones, servicios y transacciones respetará los principios de accesibilidad y usabilidad de acuerdo con las normas establecidas al respecto, estándares abiertos y, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos*

sus artículos 5 y 21. El primero, referido a la publicidad activa, dispone que la Sede Electrónica servirá de soporte para la publicación de la información sujeta a obligación de transparencia; el segundo, por su parte, establece la obligación de las Unidades de Información de publicar en la Sede Electrónica correspondiente la información cuyo acceso se solicita con más frecuencia. En definitiva, la Sede Electrónica se erige como medio principal a través del que se puede o debe publicar la información necesaria para que las Administraciones cumplan su obligación en relación a la transparencia<sup>8</sup>.

Además de lo anterior, otras disposiciones, estatales o autonómicas, de rango legal o reglamentario, contienen previsiones que guardan relación con la sede electrónica. Luego nos referiremos a ello.

En cualquier caso, queda claro que la sede electrónica constituye un elemento capital en la configuración e implantación de la administración electrónica y en la efectividad del derecho de los ciudadanos a relacionarse con las entidades del sector público por medios telemáticos.

### 3.3. Concepto de Ventanilla Única

A continuación debemos referirnos al concepto de Ventanilla única para esclarecer si estamos ante la misma idea o se trata de cuestiones diferentes.

La Ventanilla única aparece reflejada en la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado Interior, aunque realmente no se ofrece un concepto jurídico de la misma.

En cualquier caso, debe destacarse que la principal razón de ser de la Ventanilla única es la de facilitar la simplificación administrativa. El considerando 48 de la Directiva así lo resalta:

*A efectos de una mayor simplificación de los procedimientos administrativos, conviene garantizar que todo prestador disponga de un interlocutor único al que dirigirse para realizar todos los procedimientos y trámites (denominados en lo sucesivo «ventanillas únicas»). ... Las ventanillas únicas pueden estar constituidas no solo por autoridades administrativas sino también por cámaras de comercio o de oficios, colegios*

---

<sup>8</sup> Sobre ello véase el *Dictamen sobre las obligaciones de transparencia de los Colegios de Abogados a la vista de la aprobación de la nueva Ley 19/2013 de 9 de diciembre de transparencia, derecho de acceso a la información pública y buen gobierno*, de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española, de diciembre de 2013.

*profesionales u organismos privados a los que los Estados miembros encomienden esta función. La finalidad de las ventanillas únicas es desempeñar un importante papel de ayuda al prestador, ya sea como autoridad directamente competente para expedir los documentos necesarios para acceder a una actividad de servicios, ya sea como intermediario entre el prestador y dichas autoridades directamente competentes”.*

En línea con lo anterior, la Ventanilla única se regula en el Capítulo II de la Directiva, sobre “Simplificación Administrativa”. El artículo 6 de la Directiva dispone que los prestadores de servicios podrán tramitar, a través de las correspondientes “ventanillas”:

- a) todos los procedimientos y trámites necesarios para acceder a sus actividades de servicios, en especial las declaraciones, notificaciones o solicitudes necesarias para la autorización por parte de las autoridades competentes, incluidas las solicitudes de inscripción en registros, listas oficiales, bases de datos o colegios o asociaciones profesionales;*
- b) las solicitudes de autorización necesarias para el ejercicio de sus actividades de servicios.*

Además, según establece el artículo 7 de la citada norma comunitaria, la ventanilla única debe informar a los prestadores de servicios: de los requisitos y procedimientos necesarios para acceder a las actividades, de los datos de las autoridades, de los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos, de los recursos y otros medios de litigio y de la existencia de asociaciones u organizaciones diferentes de las correspondientes Administraciones para obtener ayuda práctica.

Por otro lado, el artículo 8 de la Directiva nos indica que los Estados miembros están obligados a hacer todo lo necesario para que los procedimientos y trámites relativos al acceso a una actividad de servicios y su ejercicio se tramiten a distancia por vía electrónica a través de la Ventanilla Única.

En términos prácticamente idénticos se pronuncia la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio en sus artículos 18 y 19. Ambos preceptos se encuentran en el Capítulo IV de la Ley, dedicado a la “Simplificación Administrativa”.

El artículo 18 reconoce a los prestadores de servicios que pretendan acceder a una determinada actividad el derecho a “*acceder, electrónicamente y a distancia a través de una ventanilla única, tanto a la información sobre los procedimientos necesarios para el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, como a la realización de los trámites preceptivos para ello, incluyendo las declaraciones, notificaciones o solicitudes necesarias para obtener una autorización, así como las*

*solicitudes de inscripción en registros, listas oficiales, asociaciones, colegios profesionales y consejos generales y autonómicos de colegios profesionales” (artículo 18.1).*

El apartado segundo del artículo 18 dispone que

*“Las Administraciones Públicas garantizarán que los prestadores de servicios puedan, a través de la ventanilla única:*

- a) Obtener toda la información y formularios necesarios para el acceso a su actividad y su ejercicio.*
- b) Presentar toda la documentación y solicitudes necesarias.*
- c) Conocer el estado de tramitación de los procedimientos en que tengan la condición de interesado y recibir la correspondiente notificación de los actos de trámite preceptivos y la resolución de los mismos por el órgano administrativo competente.”*

El artículo 19, por su parte, dispone:

*Artículo 19. Garantías de información a través de la ventanilla única.*

*1. Los prestadores y los destinatarios tienen el derecho a obtener, a través de la ventanilla única y por medios electrónicos, la siguiente información, que deberá ser clara e inequívoca:*

*a) Los requisitos aplicables a los prestadores establecidos en territorio español, en especial los relativos a los trámites necesarios para acceder a las actividades de servicios y su ejercicio, así como los datos de las autoridades competentes que permitan ponerse en contacto directamente con ellas.*

*b) Los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a los prestadores y a los servicios.*

*c) Las vías de reclamación y los recursos que podrán interponerse en caso de litigio entre las autoridades competentes y el prestador o el destinatario, o entre un prestador y un destinatario, o entre prestadores.*

*d) Los datos de las asociaciones sectoriales de prestadores de servicios y las organizaciones de consumidores que presten asistencia a los prestadores y destinatarios de los servicios.*

*2. Las Administraciones Públicas adoptarán medidas para que en la ventanilla única pueda accederse a la información contemplada en este artículo en castellano, en las lenguas cooficiales del Estado y en alguna otra lengua de trabajo comunitaria.*

*3. Asimismo, se facilitará que los prestadores y los destinatarios puedan obtener por medios electrónicos y a distancia, en particular a través de las ventanillas únicas de otros Estados miembros, el acceso a:*

*a) Información general sobre los requisitos aplicables en los demás Estados miembros al acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y en especial, la información relacionada con la protección de los consumidores.*

*b) Información general sobre las vías de recurso disponibles en caso de litigio entre el prestador y el destinatario en otros Estados miembros.*

*c) Datos de las asociaciones u organizaciones de otros Estados miembros, incluidos los centros de la Red de centros europeos de los consumidores, que pueden ofrecer a los prestadores o destinatarios asistencia práctica.*

*4. El derecho a la información contenido en este artículo no exige a las autoridades competentes que faciliten asesoramiento jurídico en casos particulares.*

*Por su parte, el artículo 6.3 de la Ley 11/2007, que ya hemos citado más atrás, dispone:*

*3. En particular, en los procedimientos relativos al acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, los ciudadanos tienen derecho a la realización de la tramitación a través de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia, y a la obtención de la siguiente información a través de medios electrónicos, que deberá ser clara e inequívoca:*

*a) Los requisitos aplicables a los prestadores establecidos en territorio español, en especial los relativos a los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicio y para su ejercicio.*

*b) Los datos de las autoridades competentes en las materias relacionadas con las actividades de servicios, así como los datos de las asociaciones y organizaciones distintas de las autoridades competentes a las que los prestadores o destinatarios puedan dirigirse para obtener asistencia o ayuda.*

*c) Los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a prestadores de actividades de servicios.*

*d) Las vías de reclamación y recurso en caso de litigio entre las autoridades competentes y el prestador o el destinatario, o entre un prestador y un destinatario, o entre prestadores.*

Por otro lado, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, establece otra importante función que han de asumir las ventanillas únicas. Estas habrán de “integrar en una base de datos común la información que obre en los distintos registros referente a los operadores económicos, establecimientos e instalaciones, que sea necesaria para el ejercicio de las competencias atribuidas en materia de supervisión y control a las autoridades competentes” (artículo 22.1). Posteriormente, se “remitirán los datos obrantes en los mencionados registros al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, responsable de la gestión de la ventanilla única”.

Es decir, la ventanilla única se configura esencialmente como un instrumento de simplificación administrativa y de información en el marco del uso de las nuevas tecnologías por parte de las llamadas autoridades competentes y sus relaciones con los prestadores de servicios y los ciudadanos.

De modo que, a la vista de lo anterior, podemos concluir por ahora que mientras que la sede electrónica se configura esencialmente como vía para el ejercicio del derecho de los ciudadanos a relacionarse con las administraciones públicas por medios electrónicos y para hacer efectiva la obligación de transparencia activa que a éstas se impone, la ventanilla única es ante todo instrumento de simplificación administrativa y de ayuda a los prestadores de servicios en el nuevo marco del uso de las nuevas tecnologías por el sector público.

## 4. APLICACIÓN DE LA LEY 11/2007, DE 22 DE JUNIO, DE ACCESO ELECTRÓNICO DE LOS CIUDADANOS A LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Como sabemos el artículo 10 de la Ley 11/2007 se refiere a la sede electrónica. Las entidades a que se refiere la Ley deberán contar con sede electrónica. A tal fin es necesario determinar el ámbito de aplicación de la Ley y si la misma se aplica a los Colegios y Consejos Generales.

### 4.1. Ámbito general de aplicación de la Ley 11/2007

El artículo 2 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, establece su ámbito de aplicación:

*“La presente Ley, en los términos expresados en su disposición final primera, será de aplicación:*

*a) A las Administraciones Públicas, entendiéndose por tales la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local, así como las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de las mismas.*

*b) A los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas.*

*c) A las relaciones entre las distintas Administraciones Públicas”*

En principio parecería que no sería de aplicación a los Colegios Profesionales, que no son citados expresamente. Pero, ¿podemos llegar realmente a tal conclusión? La respuesta no es pacífica. Al menos cuando los Colegios ejercen potestades administrativas, pues en estos casos han de someterse al Derecho Administrativo.

El tema es de suma importancia a efectos de resolver las cuestiones tratadas en el presente Informe. Y es que si los Colegios Profesionales tienen naturaleza administrativa cuando ejercen potestades públicas, cabría pensar que les es de aplicación la Ley 11/2007, de 22 de junio y, por consiguiente, deberían disponer de sede electrónica. En caso contrario, no les sería aplicable dicha obligación (con carácter general y sin perjuicio de lo que pueda establecerse en normas concretas, principalmente autonómicas, como luego veremos). No obstante, la cuestión es más compleja de lo que podría parecer, pues como veremos, el artículo 10 de la Ley 11/2007 es más amplio que el propio ámbito de aplicación de ésta. En cualquier caso y sin perjuicio de ello, conviene hacer una breve referencia a la naturaleza jurídica de los Colegios y Consejos Generales.

## 4.2. Naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales y los Consejos Generales

Pese a que no sea el objeto de este Informe determinar cuál sea la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales y de los Consejos Generales de Colegios, es importante realizar, en lo que ahora interesa, una breve referencia a la configuración que tienen en nuestro ordenamiento jurídico.

Según el artículo 1 de la ley 2/1974, de 13 de febrero, los Colegios Profesionales son Corporaciones de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Sin poder entrar ahora *in extenso* en la cuestión de si los Colegios tienen la consideración de Administración pública *stricto sensu*, sí resulta indudable que en la medida en que ejerzan potestades administrativas deberán someterse al Derecho Administrativo. Así, sus actos serán aprobados previa tramitación del correspondiente procedimiento y, en su caso, podrán ser objeto de recurso en vía administrativa para su ulterior impugnación ante la jurisdicción contenciosa-administrativa<sup>9</sup>. Puede afirmarse, por consiguiente, que participan de la naturaleza de la Administración pública en tanto en cuanto ejercen potestades administrativas.

El Tribunal Constitucional resaltó en un primer momento la base privada de los Colegios (p. ej. SSTC 76/1983, de 5 de agosto, 23/1984, de 20 de febrero), aunque más tarde ha insistido en su consideración como corporaciones de derecho público (p. ej. STC 89/1989, de 11 de mayo). Esta postura, que se inclina hacia la consideración de los Colegios como más cercana a la de administración pública, parece haberse consolidado. En este sentido es importante traer a colación la Sentencia Constitucional 144/2013, de 11 de julio, que reitera una doctrina ya previamente consolidada de la que cabe deducir, como digo, la naturaleza jurídica de los Colegios como Administración Pública, si bien no “en sentido estricto”. En su fundamento jurídico 2 afirma:

*2. La cuestión planteada en el presente recurso de inconstitucionalidad guarda directa conexión con la problemática competencial que ha sido resuelta por este Tribunal en la Sentencia 3/2013, de 17 de enero (cuya doctrina ha sido posteriormente reiterada en las SSTC 46/2013 y 50/2013, de 28 de febrero, 63/2013, de 14 de marzo, y 89/2013, de 22 de abril)<sup>10</sup>, por lo que procede remitirse a lo señalado en la misma, cuyas apreciaciones y conclusiones resumimos a continuación.*

---

<sup>9</sup> Artículo 8.1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero.

<sup>10</sup> La sentencia trae causa de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Presidente del Gobierno contra el art. 3.2 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 2/2010, de 26 de febrero, de creación del Colegio Profesional de Logopedas de Ex-

a) El art. 149.1.18 CE habilita al Estado para dictar la legislación básica en materia de colegios profesionales: “la competencia del Estado para regular los colegios profesionales le viene dada por el art. 149.1.18 CE, que le permite fijar los principios y reglas básicas de este tipo de entidades corporativas... Aun cuando los colegios profesionales se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, tienen también una dimensión pública que les equipara a las Administraciones públicas de carácter territorial, aunque a los solos aspectos organizativos y competenciales en los que ésta se concreta y singulariza [SSTC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 26; 20/1988, de 18 de febrero, FJ 4; y 87/1989, de 11 de mayo, FJ 3 b)]. En definitiva, corresponde al Estado fijar las reglas básicas a que los colegios profesionales han de ajustar su organización y competencias, aunque con menor extensión e intensidad que cuando se refiere a las Administraciones públicas en sentido estricto (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 71)” (FJ 5).

Caigamos en la cuenta de que el Tribunal Constitucional se apoya en el art. 149.1.18 para justificar la competencia del Estado en relación con algunos aspectos de los Colegios. Y el citado precepto, como es sabido y en lo que ahora nos interesa, atribuye al Estado competencia exclusiva en la regulación de “las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas”.

Como decimos, no es el caso detenernos en la cuestión del esclarecimiento de la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales, pero en cualquier caso es importante determinar que al menos en cuanto entidades que tienen atribuido el ejercicio de potestades públicas, pueden ser consideradas administraciones públicas, lo que puede resultar relevante en cuanto a la aplicación de la normativa que regula la sede electrónica.

En relación con los Consejos Generales el artículo 9.1 de la Ley 2/1974 dispone que “*los Consejos Generales de los Colegios tienen a todos los efectos la condición de Corporación de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad*”. Y parece claro que en el ejercicio de potestades administrativas tienen la consideración de administraciones públicas.

---

tremadura, y el art. 3.3 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 3/2010, de 26 de febrero, de creación del Colegio Profesional de Higienistas Dentales de Extremadura. Se considera que “dichas previsiones normativas adolecen de una inconstitucionalidad mediata o indirecta por desatender las competencias estatales atribuidas en el art. 149.1.1, 13, 18 y 30 CE, ejercitadas a través de la Ley 17/2009, de 23 noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, vulnerando la competencia estatal al exigir dicha colegiación para el ejercicio de aquellas actividades en la Comunidad Autónoma de Extremadura”.

### 4.3. Aplicación o no a los Colegios profesionales y los Consejos Generales de la obligación, prevista en la Ley 11/2007, de contar con sede electrónica

Como ya ha quedado resaltado, la sede electrónica es una de las principales vías que el legislador ha diseñado para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las administraciones públicas por medios electrónicos.

De acuerdo a las anteriores consideraciones veamos si es posible llegar a la conclusión de que los Colegios Profesionales y los Consejos generales deben disponer de una sede electrónica conforme a lo que establece el artículo 10 de la Ley 11/2007, de 22 de junio.

Como hemos dicho, en el ejercicio de potestades administrativas, unos y otros se rigen por el Derecho Administrativo. Pero además, como más atrás hemos adelantado, la existencia de la sede electrónica no solo se predica de las Administraciones Públicas *stricto sensu*, sino también de otras entidades. En efecto, el reiterado artículo establece que la sede “es aquella dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a una Administración Pública, órgano o entidad administrativa en el ejercicio de sus competencias”. Es decir, la propia ley distingue entre Administración Pública y otros órganos o entidades administrativas. Lo que nos podría llevar a la conclusión de que los Colegios y los Consejos Generales deberían disponer de sede electrónica. Algo que, sin embargo, no es posible mantener con total certeza.

Dicho lo anterior, lo cierto es que la obligación de los Colegios Profesionales de contar con sede electrónica está recogida en algunas leyes autonómicas. Así, la Ley 3/2010, de 5 de mayo, de administración electrónica de la Comunitat Valenciana, dispone en su artículo 2.1.d) que la Ley será aplicable a “*Las corporaciones de derecho público representativas de intereses económicos y profesionales de la Comunitat Valenciana*”. Por su parte, el artículo 12 de dicha ley se refiere a las sedes electrónicas de los Colegios Profesionales<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> *Artículo 12. Sedes electrónicas de las corporaciones de derecho público. Las sedes electrónicas de los colegios profesionales, de las cámaras oficiales de comercio, industria y navegación o de sus consejos autonómicos, así como del resto de corporaciones de derecho público del ámbito de la Comunitat Valenciana, a las que se refiere el artículo 2.1, letra d, de esta ley, contarán con un enlace en la sede electrónica de la Generalitat en los términos que se establezcan reglamentariamente, sin perjuicio de la obligación de dar publicidad de su creación y modificación, así como de consignar la información que se determine conforme a lo establecido en el artículo 15.2 de esta ley y en el resto de la legislación vigente en la materia.*

---

*Parece oportuno transcribir el citado artículo 15:*

*Artículo 15. Obligaciones de información de las sedes electrónicas.*

*1. Las sedes electrónicas referidas en los anteriores artículos deberán incluir de manera clara, inteligible, visible, correcta, íntegra, eficaz, accesible y actualizada la siguiente información:*

*a) Datos identificativos, estructura, organización y mapa de la sede electrónica, y datos de contacto de la administración titular de la misma.*

*b) La estructura organizativa y funcional de la administración titular de la sede electrónica, las normas básicas de su organización y funcionamiento y las modificaciones que se operen en dicha estructura y normativa.*

*c) Información de interés general en relación con el ámbito territorial, funcional o personal, en que preste servicios o desarrolle su acción pública, como pueda ser la Comunitat Valenciana, el municipio o la provincia de la administración titular de la sede electrónica.*

*d) Información y documentación relevante del titular de la sede electrónica, referida a aspectos económicos, contables, presupuestarios, tributarios, jurídicos y de participación de la ciudadanía.*

*e) Directorio del personal dependiente del titular de la sede electrónica, con especial indicación de los funcionarios y funcionarias a quienes se haya habilitado por cada administración pública para la identificación o autenticación de los ciudadanos y ciudadanas, de acuerdo con el artículo 21 de esta ley.*

*f) Relación de servicios y procedimientos electrónicos disponibles y de documentos normalizados, y de los derechos de acceso electrónico que puedan ejercerse sobre unos y otros, en especial, los medios y canales electrónicos que pueda utilizar la ciudadanía.*

*g) Relación de sistemas de firma electrónica avanzada admitidos en la sede electrónica.*

*h) Registro electrónico con indicación de la fecha y hora oficial de la sede electrónica, así como la disposición o disposiciones de su creación, con indicación del órgano responsable del mismo, documentos que se pueden presentar así como derechos ejercitables electrónicamente en dicho registro por parte de la ciudadanía.*

*i) Perfil de contratante.*

*j) Publicación electrónica de diarios, boletines, tablones de anuncios y edictos oficiales editados por el titular de la sede electrónica.*

*k) La vía para la presentación y tramitación telemática de quejas y sugerencias.*

*l) Cláusulas obligatorias de responsabilidad, protección de datos y de calidad, en relación con el titular de la sede electrónica y con la información que figure en ésta. Los titulares de sede electrónica publicitarán en ella la carta de servicios de sede a que se refiere el artículo 36.2 de esta ley.*

*m) Enlaces a otras sedes o direcciones electrónicas en Internet, de interés relevante en relación con el ámbito competencial del titular de la sede electrónica.*

*n) Buscadores y servicio de consultas más frecuentes (FAQ).*

*o) Información sobre accesibilidad, estándares visuales y plurilingüismo.*

*2. Mediante decreto del Consell se concretarán y regularán las obligaciones de información mínimas, de entre las anteriores, que hayan de cumplir las sedes electrónicas de titularidad de las entidades locales y de las corporaciones de derecho público, a las que se refieren, respectivamente, los artículos 10.2 y 12 de esta ley.*

*3. Las sedes electrónicas deberán publicar, además, aquella otra información a la que vengán obligadas en virtud de prescripción legal, judicial o reglamentaria.*

*4. Las sedes electrónicas deberán mantener actualizada la anterior información con la periodicidad que garantice la prestación de un servicio de sociedad de la información de calidad, eficiente, válido, seguro y que, en todo caso, no podrá por acción u omisión inducir a error o confusión sobre el contenido o prestaciones que se ofrezcan en las mismas. A los anteriores efectos, deberán*

En los mismos términos se pronuncia la Ley 29/2010, de 3 de agosto, del uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña, en cuyo artículo 2, referido al ámbito de aplicación, señala en el apartado segundo que “*La presente ley también es de aplicación, en el ejercicio de potestades administrativas, a las siguientes entidades: [ ] b) Las corporaciones de derecho público*”.

En definitiva, si bien no es posible deducir con certeza que de acuerdo a la Ley 11/2007 los Colegios profesionales (y los Consejos), al menos en tanto ejerzan potestades administrativas, deban disponer de una sede electrónica para que los ciudadanos puedan ejercer su derecho a relacionarse con los mismos —con plena validez y seguridad— por medios electrónicos, sí es cierto que la conclusión es distinta en los casos en que alguna ley así lo establezca expresamente.

En cualquier caso, al margen de lo que quepa deducir en base a la interpretación de la Ley 11/2007, parece que sería una práctica aconsejable que se generalizase la implantación de sedes electrónicas por parte de todos los Colegios y Consejos, pues, además, de otro modo llegaríamos a una situación caracterizada por el hecho de que ciertos Colegios deben contar con sede electrónica por así imponerlo el marco normativo autonómico aplicable, mientras que otros podrían no contar con la referida sede.

Esta conclusión se ha visto reforzada con la aprobación de la ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. En efecto, en su artículo 2.1, referido al ámbito de aplicación de la Ley, incluye, en su apartado e), a las Corporaciones de Derecho Público (entre las que se encuentran los Colegios Profesionales), en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo. Pues bien, esta Ley se refiere expresamente a que la información objeto de la obligación de transparencia deberá publicarse en las correspondientes sedes electrónicas o en las páginas web (artículo 5.4)<sup>12</sup>.

En el mismo sentido podemos mencionar el artículo 13.3 del Anteproyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. En este precepto se señala que las solicitudes de asistencia jurídica gratuita que presenten los ciudadanos

---

*indicar expresamente la fecha de la última actualización realizada o la periodicidad con que se lleve a cabo ésta, así como procurar adoptar una nomenclatura homogénea que facilite el acceso a la información y servicios por parte de la ciudadanía en cualquiera de ellas.*

<sup>12</sup> La referencia a las “Páginas Web” que se hace en este artículo, parece realizarse para distinguirlas de las Sedes cuando aquéllas no tengan las condiciones normativamente establecidas o no presten los servicios mínimos a los ciudadanos que obligatoriamente éstas deben asumir.

a los Colegios de Abogados, “podrá(n) presentarse por cualquier medio, incluyendo los previstos en la normativa de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos”, es decir, en la Ley 11/2007, de 22 de junio. Para lo cual, los Colegios deberían contar con una sede electrónica que permita a los ciudadanos presentar su solicitud por medios electrónicos.

Por otro lado, la exigencia de una ventanilla única, en línea con la simplificación administrativa que exige la Directiva de Servicios y su legislación de desarrollo no plantea duda alguna. Pero no se deben confundir los conceptos.

Más adelante nos referiremos con más detalle a ello, pero adelantamos que ambas figuras, sede electrónica y ventanilla única, no entran en contradicción, sino que son complementarias. Es decir, los Colegios Profesionales y los Consejos Generales, según entendemos, deberían disponer de una sede electrónica (en aplicación de la Ley 11/2007 o de la correspondiente legislación autonómica). Tal consideración debe ponerse en relación con la Ley 2/1974, de 13 de enero, en particular con su artículo 10.1 según el cual las organizaciones colegiales deberán disponer de una página web. Ésta debería dar acceso a la sede electrónica para aquellos supuestos en que los Colegios profesionales y los Consejos de Colegios cuenten con ella (en base a una interpretación amplia del artículo 10 de la Ley 11/2007, de 22 de junio o en aplicación de lo que resulte exigible por la legislación aplicable, en particular por lo establecido en determinadas leyes autonómicas a las que más atrás nos hemos referido).

Es preciso resaltar que, si se analiza la legislación autonómica sobre Colegios profesionales, podrá advertirse que en ninguna de las leyes correspondientes se hace referencia al concepto de sede electrónica. Por el contrario, la mayoría de leyes autonómicas sobre Colegios regulan las ventanillas únicas conforme a lo previsto en la Directiva 2006/123/CE y, por ende, de acuerdo con lo previsto en la Ley 2/1974<sup>13</sup>. Algunas se refieren

---

<sup>13</sup> La Ley 2/1998, de 12 de marzo, de Colegios Profesionales de Aragón, regula la Ventanilla Única en su artículo 43, en los mismos términos que la Ley estatal; Artículo 10.bis de Ley 11/2001, de 18 de septiembre, de colegios profesionales de la Comunidad Autónoma de Galicia; Ley 6/1999, de 4 de noviembre, de los Colegios Profesionales de la Región de Murcia; artículo 50 de la Ley 18/1997, de 21 de noviembre, de ejercicio de profesiones tituladas y de colegios y consejos profesionales del País Vasco; La Ley 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía (artículo 3.bis); Artículo 27 de la Ley 8/1997, de 8 de julio, de Colegios Profesionales de Castilla y León; Artículo 23 de la Ley de Cantabria 1/2001, de 16 de marzo, de Colegios Profesionales de Cantabria.

en exclusiva a la ventanilla única sin mencionar la sede o página web<sup>14</sup>. Y por último, algunas Comunidades autónomas ni siquiera prevén la existencia de una ventanilla única, incumpliendo lo previsto en la Directiva 2006/123/CE<sup>15</sup>

#### 4.4. Régimen jurídico de la sede electrónica

Dicho lo anterior, y partiendo de la conveniencia o, en su caso, obligación de que los Colegios profesionales y Consejos de Colegios cuenten con sede electrónica, analicemos a continuación su régimen jurídico. Para ello debemos acudir, en primer lugar, a la Ley 11/2007, de 22 de junio, que establece el régimen general y básico en la materia. En particular, debemos tener en cuenta lo que establecen los apartados 2 a 5 de su artículo 10:

*2. El establecimiento de una sede electrónica conlleva la responsabilidad del titular respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que pueda accederse a través de la misma.*

*3. Cada Administración Pública determinará las condiciones e instrumentos de creación de las sedes electrónicas, con sujeción a los principios de publicidad oficial, responsabilidad, calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad. En todo caso deberá garantizarse la identificación del titular de la sede, así como los medios disponibles para la formulación de sugerencias y quejas.*

*4. Las sedes electrónicas dispondrán de sistemas que permitan el establecimiento de comunicaciones seguras siempre que sean necesarias.*

*5. La publicación en las sedes electrónicas de informaciones, servicios y transacciones respetará los principios de accesibilidad y usabilidad de acuerdo con las normas establecidas al respecto, estándares abiertos y, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos.*

---

<sup>14</sup> La Ley 10/1998, de 14 de diciembre, de Colegios Profesionales de las Illes Balears, regula la Ventanilla Única en el artículo 13 sin referirse a la Sede Electrónica; Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales de Cataluña, se refiere solo a la Ventanilla Única

<sup>15</sup> Ley 11/2002, de 12 de diciembre, de Colegios y de Consejos de Colegios Profesionales de Extremadura; La Ley 10/1990, de 23 de mayo, de Colegios Profesionales de Canarias; Ley 19/1997, de 11 de julio, de Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid; Ley Foral 3/1998, de 6 de abril, de Colegios profesionales de Navarra. Ley 4/1999, de 31 de marzo, de Colegios Profesionales de La Rioja. Ley 6/1997, de 4 de diciembre, de Consejos y Colegios Profesionales de la Comunidad Valenciana. La Ley 10/1999, de 26 de mayo, de Creación de Colegios Profesionales de Castilla-La Mancha, no se refiere a esta figura jurídica

En cuanto a la creación de la sede electrónica en los Colegios y Consejos habrá de estarse a lo que establezca su respectiva normativa en cuanto a la toma de decisiones por los órganos correspondientes (como hemos visto, el artículo 10.3 de la Ley 11/2007 dispone que “cada Administración Pública determinará las condiciones e instrumentos de creación de las sedes electrónicas”). En cualquier caso, puede servir de guía o referencia lo dispuesto en el art. 3º (sobre “creación de la sede electrónica”) del ya citado Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, cuyos apartados 1 y 2 disponen:

*Artículo 3. Creación de la sede electrónica.*

*1. Los órganos de la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de la misma crearán sus sedes electrónicas, de acuerdo con los requisitos establecidos en el presente real decreto.*

*2. Las sedes electrónicas se crearán mediante orden del Ministro correspondiente o resolución del titular del organismo público, que deberá publicarse en el «Boletín Oficial del Estado», con el siguiente contenido mínimo:*

*a) Ámbito de aplicación de la sede, que podrá ser la totalidad del Ministerio u organismo público, o uno o varios de sus órganos con rango, al menos, de dirección general.*

*b) Identificación de la dirección electrónica de referencia de la sede.*

*c) Identificación de su titular, así como del órgano u órganos encargados de la gestión y de los servicios puestos a disposición de los ciudadanos en la misma.*

*d) Identificación de los canales de acceso a los servicios disponibles en la sede, con expresión, en su caso, de los teléfonos y oficinas a través de los cuales también puede accederse a los mismos.*

*e) Medios disponibles para la formulación de sugerencias y quejas.*

*f) Cualquier otra circunstancia que se considere conveniente para la correcta identificación de la sede y su fiabilidad.*

Por otra parte, las sedes electrónicas deben respetar el Esquema Nacional de Seguridad (Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica) y el Esquema Nacional de Interoperabilidad (Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica). Así, el artículo 38 del Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, señala que: “La seguridad de las sedes y registros electrónicos, así como la del acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, se regirán por lo establecido en el Esquema Nacional de Seguridad”. Por su parte, el artículo 25 del Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, indica que: “La interoperabilidad de las sedes y registros electrónicos, así como la del acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, se regirán por lo establecido en el Esquema Nacional de Interoperabilidad”.

Ambos esquemas tienen carácter básico de acuerdo con el artículo 149.1.18 de la Constitución que, como ya sabemos, atribuye al Estado la competencia sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas.

Igualmente, uno y otro tienen el mismo ámbito de aplicación que la Ley 11/2007, de 22 de junio. Pero se puede hacer extensible, en los términos ya planteados, a otras entidades públicas como los Colegios y Consejos cuando ejercen potestades públicas<sup>16</sup>.

En cuanto al contenido de las sedes electrónicas de los Colegios y Consejos, nos remitimos a lo que más atrás dijimos en relación con el artículo 6 del Real Decreto 1671/2009. Bien es cierto, como ya quedó advertido, que esta norma se aplica en exclusiva a la Administración General del Estado y sus organismos públicos, sin que tenga carácter básico. Pero sin duda ha servido de referente a las Comunidades autónomas para dictar su propia normativa<sup>17</sup>. En estos términos, los Colegios profesionales y Consejos, pue-

---

<sup>16</sup> Debe destacarse que el 16 de marzo de 2014 la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR), otorgó los certificados de Seguridad de la Información que acreditan a los servicios tecnológicos de la Abogacía Española como primera institución certificada en el Esquema Nacional de Seguridad (ENS) según la Norma ISO 27001 y de Calidad de Servicios de Tecnologías de la Información ISO 20000.

El certificado de conformidad con el ENS acredita que el CGAE y Red Abogacía cumplen con los requisitos del Real Decreto 3/2010. El alcance del certificado AENOR incluye los sistemas de información que dan soporte a los servicios del Expediente Electrónico de Justicia Gratuita, el portal [www.justiciagratis.es](http://www.justiciagratis.es) y la Ventanilla Única de la Abogacía [www.ventanillaunicaabogados.org](http://www.ventanillaunicaabogados.org).

Las certificaciones que se han obtenido son, entre otras:

- Certificación en la adecuación al Esquema Nacional de Seguridad (ENS) conjuntamente al Consejo General de la Abogacía Española y a Red Abogacía (requisitos establecidos en el ANEXO II del RD 3/2010)
- Certificación al Sistema de Gestión de Seguridad de la Información (SGSI) conjuntamente al Consejo General de la Abogacía Española y a Red Abogacía (Norma ISO/IEC 27001:2007) para los servicios de Autoridad de Certificación de la Abogacía (ACA), Ventanilla Única, Censo General de Letrados, Sistema de Gestión Integral de la Abogacía (SIGA), Expediente Electrónico de Justicia Gratuita, portal [justiciagratis.es](http://justiciagratis.es), intranet de servicios colegiales de RedAbogacía, alojamiento web y correo electrónico.

<sup>17</sup> Véase, a modo de ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivos, el artículo 7.4 de la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears; o el artículo 10.3 del Decreto 19/2011, de 10 de febrero, por el que se regula la utilización de los medios electrónicos en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias; artículo 46 del Decreto 37/2012, de 13 de julio, por el que se regulan el registro, las comunicaciones electrónicas y la sede electrónica de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria y sus organismos públicos;

den utilizar como referencia lo dispuesto en la norma indicada aunque adaptándolo, como es lógico, a sus propias características.

## **5. INCIDENCIA DE LA LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR SERVICIOS SOBRE LOS COLEGIOS PROFESIONALES: EN PARTICULAR, LA VENTANILLA ÚNICA**

Una de las normas que más impacto ha causado en el ámbito de los Colegios Profesionales es la Directiva 2003/123/CE, de 12 de diciembre, cuya transposición en España se ha llevado a cabo a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre.

A través de las mencionadas normas, se ha procedido a flexibilizar los controles de acceso a las actividades de servicios para agilizar la incorporación al mercado y reducir los costes de inicio de actividad. En definitiva, se ha procedido a liberalizar el sector de los servicios en la Unión Europea, eliminando trabas administrativas innecesarias, simplificando procedimientos, sustituyendo controles previos (autorizaciones y licencias) por declaraciones responsables y comunicaciones previas con control posterior y, sobre todo, impulsando la Administración electrónica para agilizar las relaciones entre los promotores de las actividades de servicios y las Administraciones autorizantes competentes.

Los Colegios Profesionales son claros destinatarios, como “autoridad competente”, de las normas a las que nos estamos refiriendo (artículo 4.9 de la Directiva). En este sentido, una de las normas modificadas por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de transposición de la Directiva 2006/123/CE<sup>18</sup>, ha sido la Ley 2/1974, de 13 de febrero.

Los aspectos más relevantes de la Directiva, a los efectos que aquí interesan, son los relativos a la ventanilla única (artículo 6), el derecho a la información (artículo 7) y los procedimientos por vía electrónica (artículo 8). Preceptos que inciden directamente en el régimen jurídico de los Colegios Profesionales como autoridades competentes para la ordenación de las actividades de servicios. Así, la modificación efectuada por la Ley 25/2009,

---

artículo 3 del Decreto 12/2010, de 16 de marzo, por el que se regula la utilización de medios electrónicos en la actividad de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; artículo 9 del Decreto 7/2013, de 14 de febrero, de utilización de medios electrónicos en la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

<sup>18</sup> Conocida como “Ley Ómnibus”.

de 22 de diciembre, a la que antes hemos aludido, se refiere expresamente a estas cuestiones. De esta manera, como ya se ha mencionado, se incorpora un artículo 10.1 a la Ley 2/1974, en el que se indica lo siguiente:

*“1. Las organizaciones colegiales dispondrán de una página web para que, a través de la ventanilla única prevista en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, los profesionales puedan realizar todos los trámites necesarios para la colegiación, su ejercicio y su baja en el Colegio, a través de un único punto, por vía electrónica y a distancia. Concretamente, las organizaciones colegiales harán lo necesario para que, a través de esta ventanilla única, los profesionales puedan de forma gratuita:*

*a) Obtener toda la información y formularios necesarios para el acceso a la actividad profesional y su ejercicio.*

*b) Presentar toda la documentación y solicitudes necesarias, incluyendo la de la colegiación.*

*c) Conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que tenga consideración de interesado y recibir la correspondiente notificación de los actos de trámite preceptivos y la resolución de los mismos por el Colegio, incluida la notificación de los expedientes disciplinarios cuando no fuera posible por otros medios.*

*d) Convocar a los colegiados a las Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias y poner en su conocimiento la actividad pública y privada del Colegio Profesional.*

Se trata, en definitiva, del reconocimiento a los profesionales de actividades de servicios para cuyo ejercicio es necesaria la colegiación, de los derechos propios de la Administración electrónica. Lo que de nuevo justifica la toma en consideración de la Ley 11/2007, de 22 de junio. Es decir, al referirse el artículo 10.1 de la Ley 2/1974 a una página web debemos entender que ésta debe incluir el acceso a la ventanilla única, pero también en su caso a la sede electrónica, con el régimen jurídico previsto en el artículo 10 de la Ley 11/2007, de 22 de junio (sin perjuicio de que la sede pueda, en su caso, ser accesible directamente a través de una específica dirección electrónica).

La “página web” a que hace referencia el artículo 10 de la Ley 2/1974, debe, por tanto, incluir un acceso a la ventanilla única y, en su caso, a la sede electrónica para que todo el entramado normativo adquiera sentido.

La segunda, la Sede Electrónica, está prevista para todo lo que se refiere al ejercicio de potestades administrativas, así como para todo aquello que esté relacionado con el ejercicio, por parte de los ciudadanos, de su derecho a relacionarse con los Colegios y Consejos por medios electrónicos, en los términos previstos en la Ley 11/2007, de 22 de junio, y en la legislación de desarrollo.

En cuanto a la primera, es decir, la ventanilla única, su principal fundamento tiene que ver con la simplificación de procedimientos administra-

tivos y facilitar su tramitación, en los términos previstos en la Directiva de Servicios y la legislación de desarrollo. Va dirigida además, esencialmente, a los profesionales.

Se puede concluir, por tanto, que los Colegios Profesionales deberían contar con una Sede Electrónica (o deberán, en los casos en que su existencia sea obligatoria), que ofrezca a los ciudadanos unos servicios mínimos por vía electrónica, a la que puedan acceder bien directamente desde su página Web, o bien a través de la ventanilla única (incluida también en la página Web) o bien a través de un acceso directo y específico.

Lo mismo cabe decir de los Consejos Generales. Un claro ejemplo de todo lo que hasta aquí hemos venido diciendo lo encontramos en la Ventanilla Única de la Abogacía disponible en [www.ventanillaunicaabogados.org](http://www.ventanillaunicaabogados.org) que es el portal que el Consejo General de la Abogacía Española ha desarrollado en colaboración con los 83 colegios de abogados españoles con el objeto de cubrir el cumplimiento de los requisitos y obligaciones exigidos tanto en la Ley 17/2009 de 23 de noviembre sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio como en 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.

Dicha página Web o Portal de servicios está integrada con la Ventanilla Única del Ministerio de la Presidencia [www.eugo.es](http://www.eugo.es) permitiendo a cualquier ciudadano que haya accedido a este portal a continuar el trámite desde la ventanilla de la profesión seleccionada<sup>19</sup>. Aquí podemos ver claramente que la ventanilla única sirve de interlocutor único y permite el acceso a las páginas o sedes de los colegios y administraciones competentes.

## **6. REFERENCIA AL ANTEPROYECTO DE LEY DE SERVICIOS Y COLEGIOS PROFESIONALES**

Como ya se ha señalado más arriba, el Ministerio de Economía y Competitividad ha aprobado un Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales que va a derogar la Ley 2/1974, de 13 de febrero. Este Anteproyecto ha sido remitido al Consejo de Ministros pero todavía no se ha aprobado como Proyecto de Ley para su remisión al Congreso, por lo que

---

<sup>19</sup> <https://www.ventanillaunicaabogados.org/vup/index.jsp>

todavía le queda un largo periplo de tramitación parlamentaria, donde puede ser enmendado<sup>20</sup>.

En cualquier caso, parece oportuno analizar cuál es la regulación que se hace de las ventanilla únicas para comprobar si hay previstos cambios sustanciales. Por otro lado, también habremos de referirnos a la diferenciación entre Colegios profesionales de colegiación obligatoria y Colegios de colegiación voluntaria, según distingue el texto del Anteproyecto, pues puede haber cambios respecto a la exigencia de mantener una ventanilla única. Y, por último, se hará referencia a la regulación prevista para los Consejos Generales.

En relación a la primera cuestión, la página web y la ventanilla única aparecen reguladas en el artículo 35 del Anteproyecto, que no presenta importantes novedades. Mantiene, de hecho, la configuración anterior en el sentido de exigir que los colegios dispongan de una página web que incluya un acceso a la ventanilla única correspondiente. Creemos que, tal como se desprende de las anteriores páginas, tal previsión no puede considerarse en absoluto incompatible con la existencia (obligada en algunos casos) de la sede electrónica, principalmente en el ámbito del ejercicio de potestades administrativas. De otra manera, tal y como ya hemos manifestado, podrían resentirse los derechos de los ciudadanos recogidos en los artículos 1º y 6º de la Ley 11/2007, de 22 de junio.

El artículo quedaría redactado en los siguientes términos:

*1. Las organizaciones colegiales dispondrán de una página web para que, a través de la ventanilla única prevista en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, los profesionales puedan realizar todos los trámites necesarios para la colegiación, su ejercicio y su baja en el Colegio, a través de un único punto, por vía electrónica y a distancia. Concretamente, las organizaciones colegiales harán lo necesario para que, a través de esta ventanilla única, los profesionales puedan de forma gratuita:*

*a. Obtener toda la información y formularios necesarios para el acceso a la actividad profesional y su ejercicio.*

*b. Presentar toda la documentación y solicitudes necesarias, incluyendo la de la colegiación.*

*c. Conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que tenga consideración de interesado y recibir la correspondiente notificación de los actos de trámite preceptivos y la resolución de los mismos por el Colegio, incluida la notificación de los expedientes disciplinarios cuando no fuera posible por otros medios.*

*d. Convocar a los colegiados a las Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias y poner en su conocimiento la actividad pública y privada del Colegio Profesional.*

---

<sup>20</sup> Se ha utilizado una versión del texto de 4 de noviembre de 2013.

La exigencia obligatoria de la ventanilla única y, en su caso, de la sede electrónica debe, sin embargo, matizarse. Ello se debe a que el Anteproyecto de Ley distingue entre Colegios de adscripción obligatoria y Colegios de adscripción voluntaria (artículo 26 y 27)<sup>21</sup>. En este sentido, solo los de adscripción obligatoria deberán tener información relativa a “los procedimientos necesarios para el acceso a la actividad profesional y su ejercicio”. A esta información, que debe obrar en los colegios, se debe poder acceder a través de la ventanilla única.

Por otro lado, es necesario referirse a la regulación prevista para los Consejos de Colegios en el Anteproyecto de Ley. En este sentido, el Anteproyecto mantiene la configuración jurídica de los Consejos de Colegios como Corporaciones de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad (artículo 39). Por tanto, al mantener esa naturaleza, les seguirá siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 11/2007 y deberán disponer de su propia sede electrónica, y todo ello en tanto en cuanto ejerzan potestades públicas sometidas al Derecho administrativo.

## 7. CONCLUSIONES

Las reflexiones contenidas en el presente Informe permiten llegar a las siguientes conclusiones:

**Primera.-** Los Colegios Profesionales y los Consejos Generales, en el ejercicio de potestades administrativas, se rigen por el Derecho Administrativo, por lo que deberán adecuar su actuación a lo establecido en las correspondientes leyes administrativas.

---

<sup>21</sup> Según el artículo 26.1 del Anteproyecto: “Sólo podrá exigirse colegiación obligatoria para el ejercicio de una profesión titulada o algunas actividades propias de ésta. La colegiación obligatoria se exigirá mediante norma estatal con rango de ley, en aquellos casos y supuestos de ejercicio en que se verifiquen simultáneamente los siguientes dos requisitos:

- a) Tratarse de actividades en que puedan verse afectadas de manera grave y directa materias de especial interés general, como pueden ser la protección de la salud y de la integridad física o de la seguridad personal o jurídica de las personas.
  - b) Fundamentarse la obligación de colegiación como instrumento eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios.
- La Disposición Adicional Primera, por su parte, establece la lista de Colegios de colegiación obligatoria.

**Segunda.-** La ley 11/2007, de acceso de los ciudadanos a los servicios públicos garantiza el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las entidades del sector público por medios electrónicos conforme a lo previsto en sus artículos 1º y 6º.

**Tercera.-** En orden a garantizar los derechos referidos en el punto anterior, los Colegios Profesionales y los Consejos Generales deberían disponer de una sede electrónica, en cuanto instrumento esencial para garantizar el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Esta situación debe entenderse sin perjuicio de los supuestos en que la existencia de la sede electrónica viene exigida a los Colegios y Consejos por normas específicas, en particular de algunas Comunidades Autónomas.

**Cuarta.-** La ventanilla única se configura esencialmente como elemento de simplificación administrativa y su existencia es obligatoria para los Colegios y Consejos.

**Quinta.-** El Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales no prevé —salvo lo que pueda derivar de la distinción entre Colegios de colegiación obligatoria o no— cambios sustanciales en cuanto a la obligación de los Colegios Profesionales de disponer de una ventanilla única. Tampoco en cuanto a los Consejos Generales.



# Deber de los Colegios de Abogados de emitir informe a solicitud del órgano judicial en los procesos en que se reclamen honorarios profesionales

(Informe 3/2014)

## 1. ANTECEDENTES

El presente informe tiene por objeto determinar si existe deber por parte de los Colegios de Abogados de emitir informe, a solicitud del órgano judicial, en los procesos en que se reclamen por parte de un abogado sus honorarios profesionales o éstos sean discutidos por un tercero receptor de los servicios del abogado.

Aparentemente esto resultaría razonable. Sin embargo, el problema ha surgido como consecuencia de la negativa de algún Colegio a emitir este tipo de informes en procesos distintos de los de tasación de costas o jura de cuentas.

A.- El planteamiento contrario a la emisión de informes en otro tipo de procesos distintos de los de tasación de costas o jura de cuentas se ha pretendido basar, por un lado, en la supresión del contenido de la letra ñ) del art. 5 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (LCP), operado 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. El citado artículo 5.ñ) establecía lo siguiente:

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

*(...) ñ) Establecer baremos de honorarios, que tendrán carácter meramente orientativo”.*

Posteriormente, la letra ñ, entonces sin contenido, fue aprovechada por la disposición final primera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, para incorporar la siguiente obligación colegial:

*“ñ) Impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente”.*

Obviamente esta última versión carece de relevancia a los efectos del informe.

Junto a lo expuesto, la segunda parte del razonamiento colegial contrario a la posibilidad de emitir este tipo de informes sobre honorarios se apoya en el artículo 14 de la LCP, añadido también por la Ley 25/2009, según el cual:

*“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”.*

El precepto establece una prohibición general de establecimiento de baremos orientativos o de cualquier tipo de indicación relativa a honorarios profesionales, pretendiendo asegurar así el principio ya consagrado legislativamente de libre fijación de honorarios y tratando de promover una competencia libre en términos absolutos entre profesionales. Tan sólo establece una excepción, recogida en la disposición adicional cuarta, que afecta específicamente a los abogados. Es del siguiente tenor literal:

*“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”.*

Con base en estos preceptos, se concluye que los Colegios de Abogados sólo pueden elaborar criterios orientativos para tasaciones de costas y jura de cuentas y, en consecuencia, tan sólo pueden emitir dictámenes o informes sobre honorarios en estas concretas materias o procesos (artículos 35 y 246 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —LEC—) porque sólo para estos casos tienen la posibilidad de establecer previos criterios que les sirvan de guía.

Las normas citadas se vienen a reproducir en el artículo 42.1 del Anteproyecto de Ley de servicios y Colegios profesionales, actualmente en tramitación.

**B.-** Por el contrario, el planteamiento favorable a la subsistencia del deber de emitir dictámenes cualquiera que sea el tipo de proceso en que se reclamen los honorarios profesionales se sostiene en la previsión del artículo 5.o) de la LCP, según el cual:

*“Corresponde a los Colegios Profesionales el ejercicio de las siguientes funciones, en su ámbito territorial: (...)  
(...) o) Informar en los procedimientos judiciales o administrativos en que se discutan honorarios profesionales”.*

La norma se mantiene vigente y viene además a reproducirse como función de los Colegios profesionales en el artículo 30.1.f) del Anteproyecto de Ley de servicios y Colegios profesionales, si bien que suprimiendo acertadamente la referencia a los procedimientos administrativos, con lo que quedaría con el siguiente tenor: *“informar en los procedimientos judiciales en que se discutan honorarios profesionales”*.

Conviene recordar también que el artículo 4.1.o) del Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE), aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, establece lo siguiente —que se reitera en análogos términos en el texto de nuevo EGAE aprobado por el CGAE el 12 de junio de 2013—:

*“Son funciones de los Colegios de Abogados, en su ámbito territorial: (...)  
(...) o) Informar y dictaminar sobre honorarios profesionales, así como establecer, en su caso, servicios voluntarios para su cobro”.*

Y el artículo 63.1.d) del EGAE considera recurso económico ordinario de los Colegios de Abogados los derechos que perciba por la emisión de tales dictámenes o informes y lo hace de la siguiente manera:

*“1. Constituyen recursos ordinarios de los Colegios de Abogados: (...)  
(...) d) Los derechos que fije la Junta de Gobierno de cada Colegio por emisión de dictámenes, resoluciones, informes o consultas que evacue la misma sobre cualquier materia, incluidas las referidas a honorarios, a petición judicial o extrajudicial, así como por la prestación de otros servicios colegiales”.*

Así las cosas y ante la existencia de interpretaciones contradictorias de los mandatos de la LCP en cuanto al deber que pesa sobre los Colegios de Abogados de informar en procesos judiciales en los que se reclamen honorarios profesionales, parece oportuno que la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española manifieste cuál es su criterio estrictamente jurídico al respecto.

## 2. EL ARTÍCULO 5.O) DE LA LCP Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN. LA OBLIGACIÓN DE LOS COLEGIOS DE INFORMAR EN CASO DE RECLAMACIÓN DE HONORARIOS

A.- Ya hemos visto cuál es el contenido del artículo 5.o) de la LCP. En lo que respecta a su ámbito de aplicación —y ésta es una cuestión esencial—, se extiende a todos los Colegios profesionales. No afecta pues sólo a los Colegios de Abogados, sino a todos los Colegios de todos los profesionales.

Sin embargo, la emisión de dictámenes sobre honorarios en procesos de tasación de costas o de jura de cuentas de los abogados sólo afecta a estos profesionales y a sus Colegios.

En consecuencia, la norma que establece como función de los Colegios “*informar en los procedimientos judiciales (...) en que se discutan honorarios profesionales*” (art. 5.o LCP) es una norma general para todas las organizaciones colegiales.

Bien es verdad que el resto de profesionales distintos de los abogados (y procuradores) deben acudir a los procedimientos generales para reclamar el pago de sus honorarios por los servicios prestados. Carecen del proceso especial de la jura de cuentas y la tasación de costas se refiere a las causadas en un proceso judicial previo.

Sin embargo, con independencia de que los abogados acudan, cuando así proceda y ellos lo decidan, a los procedimientos especiales de tasación de costas —con base en el artículo 246 LEC en los casos en que específicamente haya condena en costas— y jura de cuentas —cuando se reclamen al propio cliente los honorarios devengados en un previo proceso judicial, con arreglo al artículo 35 LEC—, esto no impide que también estén legitimados para instar los procedimientos generales, lo que resultará imprescindible cuando quieran ejercitar una acción judicial de reclamación de honorarios y no concurren los requisitos o presupuestos para que procedan los antes citados procesos especiales.

Las actuaciones profesionales de los abogados fuera del proceso judicial, como es el caso de los procedimientos administrativos o cualesquiera actuaciones extrajudiciales, así como el ejercicio de funciones de asesoría o consulta jurídica y las actuaciones que no son necesarias para el proceso, no quedan amparadas por las normas que regulan el proceso especial de jura de cuentas y los honorarios devengados han de reclamarse en el procedimiento que corresponda. Es decir, los abogados deben actuar en estos casos igual que los otros profesionales que pretenden reclamar el pago de sus honorarios a un cliente moroso.

La reclamación de los honorarios puede de esta forma efectuarse a través de un proceso declarativo (ordinario o del juicio verbal, según que su importe supere o no los 6.000 euros, conforme a lo dispuesto en los artículos 249 y 250 de la LEC) o del proceso monitorio regulado en los artículos 812 a 818 de la LEC.

**B.-** El artículo 5.1.o) de la LCP establece una función colegial. No se trata de un derecho del Colegio profesional a informar en los procesos judiciales en los que se ventilen cuestiones relacionadas con los honorarios de los profesionales colegiados, sino de un verdadero deber legalmente impuesto.

La norma del artículo 5.1.o) de la LCP no está dirigida al Juez o al Secretario judicial, al contrario de los que ocurre en los casos especiales de tasaciones de costas y jura de cuentas de los abogados cuando se impugnan los honorarios por excesivos, en cuyo caso se impone al Secretario el trámite de solicitar informe al Colegio de Abogados, tal y como prevé el artículo 246.1 LEC (aplicable también al proceso de jura de cuentas de acuerdo con lo estipulado por el artículo 35.2, tercer párrafo de la LEC):

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

E igual ocurre también con los honorarios de otros profesionales devengados como peritos en o para el proceso, según el artículo 246.2 LEC, cuyos Colegios profesionales deberán también dictaminar:

*“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”.*

La intervención preceptiva de los Colegios de Abogados en los procesos de tasación de costas y jura de cuentas en los casos descritos ha sido considerada por el Tribunal Constitucional como esencial, determinante o imprescindible, provocando su falta una verdadera indefensión para la parte, en este caso para el abogado. Y así lo declara con toda claridad en su Sentencia 62/2009, de 9 de marzo, cuyo FJ 4º señala textualmente lo siguiente:

*“(…) La aplicación de la anterior doctrina al caso lleva a la estimación del recurso de amparo. Es de señalar que en el origen del asunto se constata la existencia de una infracción procesal: el incumplimiento por la Juez de la obligación legal de solicitar el informe al Colegio de Abogados ex art. 246.1. Este hecho no sólo no ha sido objeto de controversia, sino que es declarado expresamente por el órgano judicial en el*

*Auto de 20 de febrero de 2006. Que esta infracción procesal supone, además, una minoración sustancial del derecho de defensa resulta de la función que el citado informe está llamado a cumplir. El informe del Colegio de Abogados en la jura de cuentas tiene por objeto valorar la adecuación de la minuta a la actuación profesional del Letrado. Dicho lo cual, su valor, con la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), cobra especial relevancia si consideramos que la jura de cuentas es un procedimiento sumario con garantías limitadas y que, como ha señalado este Tribunal, no hay que confundir la sumariedad de este procedimiento con que la decisión judicial que en el mismo se adopte «esté desprovista de todo enjuiciamiento», así como que su viabilidad constitucional a la luz del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva depende de que el juzgador no excluya las garantías legalmente previstas que permitan al deudor su defensa ( STC 110/1993, de 25 de marzo, F. 6). En el caso de autos, el informe era el único elemento objetivo con que contaba el Juez para enjuiciar si los honorarios reclamados eran o no excesivos y para adoptar su decisión. De hecho, el Juzgado sí interesó el informe antes de decidir sobre los honorarios impugnados en otro procedimiento sustancialmente igual. Además, el informe era percibido por la recurrente como parte de la correcta defensa de sus intereses cuando en el escrito de impugnación de honorarios señalaba que, como cláusula de cierre para el cálculo de los honorarios, «habrá de estarse a lo que pudiera dictaminar el Ilustre Colegio de Abogados y posteriormente determinar el juez». Desde esta perspectiva, la ausencia del informe se traduce en la frustración de la expectativa razonable de la parte de contar con este instrumento cualificado en la formación de juicio por el órgano judicial. Todo lo cual conduce a considerar que la infracción procesal denunciada tuvo trascendencia constitucional en términos de defensa.*

*Frente a esta conclusión se alzan los argumentos esgrimidos por el Juzgado que, cuando tuvo ocasión de subsanar la infracción procesal que reconoció haber cometido, mantuvo su posición considerando que su incorrecto proceder no generó una situación de indefensión. Como primer argumento el Juzgado señaló que la ausencia del informe del Colegio de Abogados no causó indefensión, pues el citado informe no es vinculante. La falta de fuerza de este argumento para negar la existencia de indefensión material es inmediata: no es objeto de controversia el carácter no vinculante del informe sino su carácter preceptivo. El Juzgado explica lo que no se plantea (por qué, de haberse pedido el informe, no habría obligación de seguirlo), pero no explica lo que sí se plantea: por qué no se cumplió con la obligación de pedir el informe ni, lo que debería ser la clave del razonamiento, por qué el no pedir el informe es intrascendente a efectos de defensa, cuando, según lo expuesto, este documento constituye la parte esencial de la tramitación del procedimiento. No habiendo identidad ni relación lógica de dependencia entre los conceptos «carácter vinculante» y «carácter preceptivo», el argumento está llamado a decaer”.*

Sin embargo, la norma contenida en el artículo 5.1.o) de la LCP tiene otra finalidad. No prevé la intervención preceptiva de los Colegios en proceso judicial alguno, sino que se limita a imponerles la obligación de colaborar con los órganos judiciales que soliciten su intervención mediante la emisión de un informe, que debe tener la condición de informe pericial, aun cuando se trate de un informe cualificado sin duda por la entidad que

lo emite. El informe también puede ser solicitado por el abogado que pretenda reclamar judicialmente.

Por supuesto, el informe del Colegio profesional de que se trate —y específicamente del Colegio de Abogados— tampoco es vinculante para el órgano judicial, ni tan siquiera preceptivo. Ya hemos visto que tiene la consideración de informe pericial y como tal se valorará y tendrá en cuenta.

Así lo declara taxativamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2007, reiterada por la de 31 de octubre de 2008, entre otras, cuando afirma que:

*“(...) ni el dictamen de un perito ni el de un Colegio profesional es vinculante para el órgano jurisdiccional, aunque éste no puede caer en la arbitrariedad fijándolo sin razonamiento, sino que puede apartarse del dictamen por argumentos objetivamente serios” (Sentencia de 25 de octubre de 2002), toda vez que, en definitiva, se trata de un dictamen pericial (Sentencia de 24 de febrero de 1998). No puede olvidarse tampoco (Sentencia de 3 de febrero de 1988) que la intervención del Colegio de Abogados del lugar donde se presten los servicios del Abogado, junto al carácter detallado de la minuta presentada, es exigencia ineludible de orden sustantivo para que el Juez haga uso de sus facultades moderadoras, asumiendo el órgano judicial funciones de arbitrador por ministerio legal (artículo 1.544 del Código Civil, a relacionar con el artículo 1.447 de igual texto legal)”.*

Ahora bien, la razón de ser de estos dictámenes y de la consiguiente función colegial de dictaminar es consustancial a la propia razón de ser de los Colegios. La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, de 17 de enero de 2013 (recurso de inconstitucionalidad n° 1893/2002), contiene algunas reflexiones del Tribunal que se refieren precisamente a la esencia de la institución colegial desde esta perspectiva. En el FJ 6° de la sentencia afirma el Alto Tribunal que la razón de atribuir a los Colegios y no a la Administración las funciones públicas sobre la profesión 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. Y lo hace de la siguiente forma:

*“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. 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.*

*No puede pasarse por alto que la mención al «ejercicio libre» de la profesión como objeto de la función ordenadora de los colegios que, inicialmente figuraba en el proyecto de Ley de colegios profesionales, fuera eliminada durante la tramitación por entender que la función de los colegios profesionales era la ordenación deontológica y la reglamentación general de cualesquiera formas de ejercicio profesional, es decir, fuera en el ejercicio libre o en el prestado en régimen de dependencia administrativa, institucional o laboral”.*

Es decir, el Constituyente al redactar el art. 36 de la Constitución y el legislador al desarrollarlo han atribuido conscientemente una serie de competencias públicas a los Colegios y no a la Administración territorial o institucional por razones esenciales de eficacia (principio que rige la actuación de la Administración y se recoge en el artículo 103.1 de la propia Constitución) basadas en la “*pericia y experiencia de los profesionales que constituyen su base corporativa*”. Y en este sentido resulta también sumamente indicativo que en el Anteproyecto de Ley de servicios y Colegios profesionales se considere la función de informar en los procedimientos judiciales en que se discutan honorarios profesionales precisamente como una función pública de los Colegios.

No es necesario razonar en exceso para darse cuenta que son los Colegios profesionales, por su composición y funciones, las entidades que mejor conocen el mercado de los servicios que prestan sus profesionales. Por supuesto, los Colegios son conocedores del tipo de relaciones contractuales que se generan entre profesionales y clientes, de los precios medios que se manejan y de cualesquiera vicisitudes relacionadas naturalmente con la prestación de servicios por sus colegiados. De ahí que sean los Colegios quienes mejor pueden ilustrar técnicamente y ayudar a formar la voluntad del órgano judicial que debe decidir en un litigio sobre honorarios profesionales.

Un interesante y gráfico análisis de cuanto se ha expuesto podemos encontrarlo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6ª), de 9 de septiembre de 2011, tratándose de un supuesto peculiar

en el que el órgano judicial achaca al abogado reclamante haber excluido la intervención del Colegio, exponiéndolo de la siguiente forma:

*“QUINTO.- Es ilustrativa, y no escasa, la doctrina jurisprudencial en la materia, a propósito de la disputa sobre reclamaciones de honorarios por abogados a sus clientes y como consecuencia de la realización de su actividad de dirección y defensa técnica. Veamos algunos de esos pronunciamientos que han de servirnos de guía para nuestro enjuiciamiento:*

*1.- Con carácter general dice la STS 30-4-2004: a) Que en el arrendamiento de servicios profesionales de Abogado, como en la generalidad de los arrendamientos (arts. 1.543 y 1.544 CC, aunque este precepto es el de aplicación específica al de obras o servicios), constituye elemento estructural la existencia de precio cierto, el cual ha de pagar quién ha contratado personalmente la prestación —cliente— (Sentencias 15 de noviembre de 1996, 17 de diciembre de 1997, 16 de febrero de 2.001), b) Que para la determinación del precio cierto se habrá de estar a lo acordado por los interesados (art. 1.255 CC, S. 26 de febrero de 1987) y, en su defecto, a la fijación jurisdiccional, atendiendo en este caso a las pautas que fija la jurisprudencia, que son fundamentalmente las que indican las Sentencias de 15 de marzo de 1994 (dictamen del Colegio de Abogados, cuantía de los asuntos, trabajo realizado, grado de complejidad, dedicación requerida y resultados obtenidos), 24 de febrero de 1998 (naturaleza del asunto, valor económico, amplitud y complejidad de la labor desarrollada) y 16 de febrero de 2.001 (tiempo de dedicación, número de asuntos, complejidad de las cuestiones y resultados favorables), sin descuidar la costumbre o uso del lugar (S. 3 de febrero de 1998) y la ponderación mediante un criterio de prudencia y equidad (SS. 16 de septiembre de 1999 y 4 de mayo de 1988), si bien constituye un “prius” inexcusable la prueba por el Letrado de la realidad de los servicios prestados (S. 24 de septiembre de 1988).*

*2.- Insiste en la misma línea la STS de 20-11-2003; tras reiterar los criterios ya referidos para la determinación de los honorarios, advierte, respecto de las normas colegiales que si bien no tienen carácter vinculante, por ser meramente orientadoras, “proporcionan criterios indicativos sobre el coste de los servicios, pero asimismo atribuye al juzgador, para cuando se produce una impugnación por excesivos, una facultad moderadora en armonía con un criterio de equidad a fin de fijar la compensación dineraria que se estime justa por la tarea efectuada (Sentencias entre otras de 12 de julio de 1984, 3 y 24 febrero y 24 septiembre 1998; 16 septiembre 1999, entre otras).”*

*3.- Sobre el precio cierto que, lógicamente, requiere el contrato, en cuanto que arrendamiento (art. 1544 CC), la STS de 25-10-2002, después de destacar, como ya queda dicho, que la certeza del precio puede resultar de su fijación «a priori» en el contrato, o puede ser fijado «a posteriori», por su determinación por tarifas oficiales, por dictamen pericial o por informe del Colegio profesional, y que el consentimiento contractual alcanza el precio que resulte de datos que, existiendo «a priori», se reflejan «a posteriori», de tarifas de perito o de Colegio profesional, señala también:*

*a) Que no puede pensarse que el prestador de servicio fije el precio unilateralmente, sino que las partes, con mutuo consentimiento, pueden acordar no prefijar el precio —honorarios— lo que no siempre es posible, sino fijarlo a resultados del servicio prestado efectivamente, según tarifas, perito o Colegio, caso de no aceptarse un precio de consumo.*

*b) Que, en todo caso, hay que destacar que ni el dictamen de un perito ni el de un Colegio profesional es vinculante para el órgano jurisdiccional, aunque éste no*

puede caer en la arbitrariedad fijándolo sin razonamiento, sino que puede apartarse del dictamen por argumentos objetivamente serios.

La misma STS de 25-10-2002 pone de relieve esa función de fijación del precio cierto, aunque la certeza no sea «a priori», de los dictámenes de los Colegios profesionales que ha reiterado la jurisprudencia desde la sentencia, entre otras, de 8 de julio de 1927 hasta la más moderna de 15 de diciembre de 1994. Cita también la STS de 3 de febrero de 1998 (que desestimó la demanda interpuesta por un abogado por no haberse determinado el precio por dictamen del Colegio de Abogados que correspondía y quedar como incierto) y destaca de ella el siguiente párrafo: “ha de considerarse, que la intervención del Colegio de Abogados del lugar donde se presten los servicios del abogado (o los designados supletoriamente) así como el carácter detallado de la minuta, aún regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, son exigencias ineludibles de orden sustantivo para que el Juez haga uso de sus facultades moderadoras, en los casos en que los honorarios no estuvieran previamente pactados y haya de proceder a su fijación, no obstante, se trate de una reclamación formulada en proceso ordinario, todo ello como complemento necesario para dar cumplimiento al artículo 1544 del Código Civil que debe relacionarse con el artículo 1447 del Código Civil de manera que en estos supuestos el órgano judicial asume, siguiendo las pautas marcadas por la Ley de Enjuiciamiento Civil, funciones de arbitrador por ministerio legal.” Sobre lo dicho en las citadas sentencias, incide la STS de 25-6-2007, que cita a su vez las de 19-1-2005 y 25-10-2002, 24-2-1998 y 3-2-1988. Y en la misma línea cabe citar también la STS de 15-6-2005 (FJ quinto).

4. (...)

5.- Por último, sobre las pautas que proporciona la jurisprudencia para la determinación judicial de los honorarios, dice la STS de 8-11-2004: “En lo atinente a la desproporción existente entre la cuantía del interés y la retribución fijada por el Tribunal de apelación, ha de recordarse que esta Sala ha declarado que, si no se ha acordado nada entre los interesados ha de estarse por los Tribunales a una serie de pautas, como la naturaleza y cuantía del asunto, su grado de complejidad, la dedicación requerida y los resultados obtenidos, sin desconocer la costumbre o uso del lugar y la ponderación de criterios de equidad, si bien constituye un «prius» inexcusable la prueba por el Letrado de la realidad de los servicios prestados (sentencias de 30 de abril de 2004, 20 de noviembre de 2003, 16 de febrero de 2001, 16 de septiembre de 1999 y 24 de septiembre de 1998).”

(...)

SEXTO.- Reconocida la realidad de la prestación profesional del demandante, lo que se cuestiona en el caso que enjuicamos es la cuantía de los honorarios. A tal efecto, deben hacerse las siguientes consideraciones:

1ª. Las partes no estipularon precio alguno; no hay, pues, determinación a priori de los honorarios.

Como hemos visto en la precitada doctrina jurisprudencial, no hay obstáculo o impedimento para que así sea, sin que ello presuponga que las partes están implícitamente remitiéndose a la determinación según criterios y normas orientadoras aprobadas por el Colegio de Abogados.

2º. Ocurre que en este caso, el Letrado demandante ha excluido toda intervención del Colegio por vía de dictamen o informe. Era, desde luego, una fórmula; a la vista de la oposición y contradicción de la demandada, podía el actor haber recabado dictamen del Colegio en el curso del proceso, por más que, como se comprueba por reiterada jurisprudencia, no hubiera tenido carácter vinculante para el tribunal que podía hacer valer otros criterios por encima de los meramente automáticos del

*Colegio. Pero, como decimos, ha obviado toda intervención dictaminadora lo que comporta una elusión de la toma en consideración de una cuantificación o valoración según criterios colegiales.*

*Por otra parte, si la no estipulación previa de honorarios implicaba de alguna forma la idea de que al final la minuta se elaboraría según las normas del Colegio de Abogados, cuando la previsión y cálculo, en función de su aplicación, conducen a una cuantía muy elevada, corresponde al Letrado, según hace notar la STS de 31-10-2008, “advertir a su cliente de las consecuencias económicas que pudieran derivar del proceso”, lo que, sigue diciendo el TS, exigía razonablemente, la previa fijación de tales honorarios a iniciativa del propio Letrado. Viene aquí el TS a sancionar, para determinados casos de especial o relevante cuantía, un previo deber de información a cargo del profesional prestador del servicio, lo que, por otra parte, no extraña si se tiene en cuenta que el propio TS ha admitido la aplicación de la legislación protectora de consumidores y usuarios a la relación arrendaticia que media entre abogado y cliente —vid. STS de 8-4-2001— (lo que, en principio y con carácter general, llevaría a plantear la observancia de los deberes de información que establecían los arts. 2 d) y 131 de la LGDCU de 19-7-1984, y el art. 60 del vigente Texto Refundido de la LGDCU aprobado por RDL 1/2007 con más detallada regulación para la fase previa al contrato).*

*3º. No existiendo un pacto previo y excluida la intervención del Colegio, queda la posibilidad de acudir a otros criterios a los que diversas sentencias del TS hacen referencia: el resultado o utilidad reportada al cliente, tiempo invertido y complejidad del asunto”.*

Por su parte, la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª), en su reciente sentencia de 11 de marzo de 2013, razona sobre la innecesariedad del dictamen del Colegio de Abogados (que liga de alguna manera con la prohibición y consiguiente inexistencia de criterios orientativos de honorarios con carácter general), toda vez que con los datos que constan en Autos considera que tiene elementos de juicio suficientes para adoptar una decisión:

*“TERCERO. Error en la valoración de la prueba.*

*A juicio de la actora no se ha practicado prueba alguna en el proceso que justifique la moderación de honorarios practicada, ni siquiera ha existido un informe del Colegio de Abogados preceptivo en estos casos.*

*La prueba practicada, documental y testifical, muestra la entidad y evolución de los litigios dirigidos por la recurrente a la demandada.*

*Ciertamente no ha existido un dictamen del Colegio de Abogados, sin embargo, como bien alega la actora, el art. 5 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, modifica la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales en los siguientes términos:*

*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.»

A través de los mismos resulta claro que, ejercitada la acción en un proceso declarativo ordinario, la solicitud de un dictamen al Colegio profesional no era necesaria, ni se trataba de una impugnación de la tasación de costas, ni de un proceso de cognición limitada como la jura de cuentas, sino que era la actora la que debía acreditar sus servicios y la corrección de las sumas reclamadas.

Sobre esta base normativa se concluye que no era carga de la demandada la solicitud de un dictamen colegial, el mismo no era necesario, dado que obraba en autos la totalidad de las actuaciones procesales practicadas.

Por tanto, ha de confirmarse el criterio judicial del juez a quo en cuanto que es reiterada la jurisprudencia del TS que declara que:

“En virtud de esta relación el Letrado compromete su esfuerzo o trabajo para el logro de un determinado fin, siendo una de las características de esta relación el precio a que se refiere el artículo 1545 del Código Civil. Dice la STS 28 de abril 2009: “En el arrendamiento de servicios profesionales de Abogado constituye elemento estructural la existencia de precio cierto, el cual ha de pagar quién ha contratado personalmente la prestación —cliente— (SSTS de 15 de noviembre de 1996, 17 de diciembre de 1997 y 16 de febrero de 2001), y para cuya determinación se habrá de estar a lo acordado por los interesados (STS de 26 de febrero de 1987) y, en su defecto, a la fijación judicial, atendiendo en este caso a las pautas indicadas en la doctrina jurisprudencial, que son fundamentalmente las que fijan las SSTS de 15 de marzo de 1994 (dictamen del Colegio de Abogados, cuantía de los asuntos, trabajo realizado, grado de complejidad, dedicación requerida y resultados obtenidos), 24 de febrero de 1998 (naturaleza del asunto, valor económico, amplitud y complejidad de la labor desarrollada) y 16 de febrero de 2001 (tiempo de dedicación, número de asuntos, complejidad de las cuestiones y resultados favorables), sin descuidar la costumbre o uso del lugar (STS de 3 de febrero de 1998) y la ponderación mediante un criterio de prudencia y equidad (SSTS de 4 de mayo de 1988 y 16 de septiembre de 1999), si bien constituye un *prius* inexcusable la prueba por el Letrado de la realidad de los servicios prestados (STS de 24 de septiembre de 1988)” (STS de fecha 28 de septiembre de 2010).

En el mismo sentido, las de la misma Sala de 28 de abril de 2009, 31 de octubre de 2008, 8 y 16 de febrero de 2007 y 31 de octubre de 2008.

A la vista de la documental aportada en la que consta que la totalidad de los procesos entablados o fueron monitorios en los que no hubo oposición, o un cambiario en el que no se opuso la demandada, o un ordinario dirigido contra la entidad deudora y su administrador en el que también se dictó sentencia en rebeldía contra ambos codemandados en el que la única prueba practicada fue la documental acompañada con la demanda que se dio por reproducida, ha de concluirse que la rebaja a la séptima parte de los derechos reclamados por la letrada estuvo lejos de ser arbi-

*traria e inmotivada, sino que supuso la adecuación de unos honorarios cuyo importe no se pactó, a la real complejidad y desenvolvimiento de los procesos entablados, a su efectiva dificultad y también, por qué no, a los escasos resultados conseguidos. En definitiva este motivo de recurso ha de ser también desestimado”.*

### **3. RELACIÓN ENTRE LA FUNCIÓN DE INFORMAR Y LA APROBACIÓN DE CRITERIOS ORIENTATIVOS**

Ya hemos visto los supuestos de conflictos sobre honorarios en que los Colegios de Abogados deben ser preceptivamente consultados y han de emitir su informe —como son los procesos de jura de cuentas y tasaciones de costas cuando se impugnen los honorarios del abogado por excesivos— y los casos en que tienen el deber de informar cuando se les solicita, pero sin que su informe tenga carácter preceptivo.

Curiosamente, en el momento actual los supuestos de dictámenes preceptivos coinciden con los que sirven de justificación legal para la elaboración de criterios orientativos, según la disposición adicional cuarta de la LCP, esto es, la tasación de costas y la jura de cuentas de los abogados.

Sin embargo, antes de la reforma operada en la LCP por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, los criterios orientativos existían con esa finalidad orientadora para todos los casos y no sólo con carácter exclusivo para ser utilizados en los procesos especiales citados.

No obstante, la prohibición general de recomendaciones sobre honorarios contenida en la LCP, cualquiera que sea su formato y salvo las excepciones conocidas, no ha llevado consigo la correlativa supresión de la función de informar que pesa sobre los Colegios en los pleitos en que se diriman honorarios profesionales, que se mantiene. Y no sólo eso, sino que, como ya hemos apuntado, en el Anteproyecto de Ley de servicios y Colegios profesionales se refuerza tal función al considerarse expresamente como una función pública.

El artículo 4.1.o) del EGAE reitera, por su parte, la mencionada función colegial con un mandato dirigido específicamente a los Colegios de Abogados (lo que se viene a reproducir asimismo en el texto de nuevo EGAE aprobado por el CGAE el 12 de junio de 2013).

Bien es verdad que la existencia de criterios orientativos de honorarios facilita sobremanera la función dictaminadora de los Colegios y probablemente también la seguridad jurídica de los clientes de los abogados. No obstante, la prohibición de elaborar criterios es general para todos los Co-

legios profesionales que operan en nuestro país y, sin embargo, todos tienen la función de emitir dictámenes en la materia cuando exista contienda judicial.

Más aun, la posibilidad que los Colegios de Abogados tienen de aprobar tales criterios “*a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados*” implica que los mismos no pueden ser utilizados —formalmente utilizados— por los Colegios al elaborar sus dictámenes cuando nos encontremos ante procesos judiciales distintos de los citados. No queremos decir con ello que no se sigan criterios análogos a los establecidos para esas materias —siempre y cuando estemos ante conceptos minutables comunes a los procesos especiales citados y a otras actuaciones de los abogados, lo que no ocurrirá siempre—, pero ésa será una cuestión que dependerá de la especialización y experiencia de quien dentro del Colegio elabore materialmente el dictamen. Si maneja habitualmente los conceptos que integran los criterios —que no son baremos— es probable que su forma de razonar sea análoga cualquiera que sea el tipo de proceso en que se discutan honorarios de abogados.

Ahora bien, la relación entre criterios orientadores y dictámenes en procesos distintos de las tasaciones de costas y juras de cuentas ha de ser inexistente. No cabe hacer referencia alguna a aquéllos, ni seguirlos a la hora de informar. Sentado esto, el hecho de que no existan criterios nada debe significar en relación con el deber de emitir dictámenes o no, que existe con independencia de cualquier otra consideración.

De esta forma, cuando un órgano judicial se dirige a un Colegio de Abogados solicitándole que emita dictamen en un proceso judicial en el que se estén discutiendo por las partes la procedencia o cuantía de los honorarios de un abogado —distinto de tasación de costas y jura de cuentas—, el Colegio de Abogados tiene el deber jurídico de emitir ese dictamen. La razón es obvia, ya que el Legislador presupone que, por su pericia y especialización, el Colegio es quien mejor puede ayudar al órgano judicial a impartir justicia en el caso concreto.

Con base en lo expuesto, podemos sentar las siguientes

#### 4. CONCLUSIONES

1<sup>a</sup>.- La norma que establece como función de los Colegios informar en los procedimientos judiciales en que se discutan honorarios profesionales (art. 5.º LCP) es una norma general para todas las organizaciones colegiales.

2ª.- El informe que deben emitir los Colegios de Abogados cuando en los procesos de tasación de costas y jura de cuentas se impugnan los honorarios del abogado por excesivos tiene carácter preceptivo y ha sido considerado por el Tribunal Constitucional como esencial.

3ª.- Los Colegios de Abogados podrán elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados, que orientarán a los propios Colegios en la elaboración de sus preceptivos dictámenes.

4ª.- Cuando un órgano judicial se dirige a un Colegio de Abogados solicitándole que emita dictamen en un proceso judicial distinto de tasación de costas y jura de cuentas, en el que se discutan honorarios de un abogado, el Colegio tiene el deber jurídico de emitir dictamen.

5ª.- En el caso anterior, el dictamen colegial no puede hacer referencia a los criterios orientativos.



# **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 5/2014)*

## **1. ANTECEDENTES E INTRODUCCIÓN**

### **1.1. Antecedentes**

El Departamento Regional de Inspección de la Delegación Especial de la Agencia Tributaria de Castilla y León ha dirigido un requerimiento al Juzgado Decano de Ponferrada en el que, de acuerdo con los datos facilitados, ha exigido la siguiente información:

*“Datos identificativos de las personas y profesionales que hayan participado en procedimientos judiciales en el ámbito de ese Decanato y que incluyan a ser posible*

- Número de asunto y tipo de procedimiento.*
- Identificación de los interesados en los procedimientos.*
- Identificación de los procuradores y letrados.*
- Cuantía de los procedimientos.*

*La información solicitada se referirá a todos los procedimientos iniciados desde el año 2009 hasta la fecha del presente requerimiento”.*

Igualmente, a lo largo de los últimos meses, distintos Departamentos Regionales de la Inspección de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria han requerido a diversos Colegios de Abogados la siguiente información:

*“Los informes o dictámenes ( ) referentes a minutas de sus colegiados, sean como consecuencia de procedimientos de ‘jura de cuentas’, reclamaciones judiciales o extrajudiciales o referentes a determinación de costas procesales.*

*La información se suministrará mediante un listado en forma de Excel que incluya los siguientes datos:*

- 1. Identificación del dictamen: nº de referencia o registro ICA y fecha del dictamen.*
- 2. Identificación del auto o procedimiento: número de auto y jurisdicción.*
- 3. Identificación del letrado impugnado: apellidos y nombre, NIF y número de colegiado.*
- 4. Importe de la minuta resultante del dictamen.*

En relación con este requerimiento de información sobre minutas de los colegiados se planteó a la Agencia de Protección de Datos (en los sucesivos APD) una consulta sobre si resultaba tal requerimiento conforme a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

En relación con esta consulta consta un Informe del Gabinete Jurídico de la citada APD, dirigido al Director de la misma, en el que se concluye que tales requerimientos tendrían amparo en lo dispuesto en la Ley, salvo que se refieran a informes o dictámenes de los que no pueda derivarse la cuantía real de los emolumentos percibidos porque tales datos carecerían de trascendencia tributaria.

Idéntica consulta fue realizada por el Presidente del Consejo de los Ilustres Colegios de Abogados de Cataluña a la Autoridad Catalana de Protección de Datos, que llegó a igual conclusión que la APD, añadiendo que los requerimientos debían referirse a profesionales determinados y no formularse genéricamente a todos los procedimientos de varios años.

## 1.2. Introducción

Se somete a la consideración de la Comisión Jurídica del CGAE la conformidad a Derecho de este tipo de requerimientos de información de la AEAT.

Este análisis exige precisar y, posteriormente valorar, los distintos intereses que esos requerimientos ponen en juego y el conflicto que se produce entre ellos.

Por una parte, se pone en juego el deber de información a la Hacienda Pública que se configura, constitucionalmente, como una prestación personal y se enmarca, legalmente, en el amplio campo de la gestión de los tributos, dirigida a la correcta aplicación de los mismos.

Por otra parte, se pone en juego también del derecho a la intimidad o, mejor dicho, de la privacidad y, como concepto más amplio pero igualmente protegible, ha de considerarse la protección de los datos de carácter personal.

Igualmente, también se pone en juego el deber de secreto profesional y el mismo derecho de defensa.

Todos estos deberes y derechos tienen rango constitucional, de modo que el conflicto entre distintos bienes se produce en el ámbito de la norma superior del Ordenamiento Jurídico, exigiendo una cuidadosa consideración de cada uno de ellos con objeto de deducir las reglas por las que han de conciliarse los distintos intereses en juego en torno a una solución que sea conforme a Derecho.

Conviene, por tanto, exponer con cierto detenimiento el régimen jurídico del deber de información tributaria en el ámbito de la colaboración con la Hacienda Pública, considerando la protección del derecho a la intimidad y privacidad, incluyendo aquí el derecho a la protección de datos de carácter personal, y el derecho de defensa y el derecho/deber de secreto profesional.

## **2. EL DEBER DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA EN EL ÁMBITO DE LA COLABORACIÓN CON LA HACIENDA PÚBLICA**

### **2.1. Fundamento y extensión del deber**

El fundamento del deber de información tributaria se encuentra en el artículo 31.1 de la Constitución, que dice:

*“Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá carácter confiscatorio”.*

En este mismo precepto, en su número 3, se dice:

*“Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley”.*

De esta norma constitucional se deducen ya dos conclusiones. En primer lugar, que el deber de información lo es en cuanto sea necesario para la aplicación de los tributos que conforman un sistema tributario justo. En segundo lugar, que las prestaciones personales, entre las que hay que considerar el deber de información aquí tratado, han de establecerse respetando el principio de legalidad.

El fundamento en la legalidad ordinaria del deber de información resulta de lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, Ley General Tributaria (en lo sucesivo LGT), artículos 93 a 95 de la misma.

En el artículo 93.1 de la LGT se dispone:

*“Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, así como las entidades mencionadas en el apartado 4 del art. 35 de esta ley, estarán obligadas a proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas”.*

La Ley obliga a todos, personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, a facilitar a la Administración tributaria información propia y de terceros siempre que tenga trascendencia tributaria.

Este precepto se refiere en particular a diversos “obligados” a suministrar información

Entre estos están, desde luego, los profesionales de la abogacía a los que es de aplicación la limitación general que resulta del número 5 del precepto citado, sobre secreto profesional, que será expuesta más adelante

Interesa destacar lo establecido en el artículo 94 de la LGT que determina las autoridades sometidas al deber de informar y colaborar.

Respecto a las autoridades sometidas, el apartado 1 del citado artículo 94 menciona expresamente a “*las cámaras y corporaciones, colegios y asociaciones profesionales*”.

El número 3 de ese precepto establece a su vez:

*“Los juzgados y tribunales deberán facilitar a la Administración tributaria, de oficio o a requerimiento de la misma, cuantos datos con trascendencia tributaria se desprendan de las actuaciones judiciales de las que conozcan, respetando, en su caso, el secreto de las diligencias sumariales”.*

Como puede apreciarse, el fundamento constitucional y legal del deber de información a la Hacienda Pública y su extensión ha sido claramente formulado y, en una primera consideración, parece un deber irresistible.

En efecto, partiendo de las premisas constitucionales expuestas debe destacarse que la Administración tributaria actúa, en este ámbito, con una especial potestad que le permite requerir todo lo necesario para exigir el exacto cumplimiento de las obligaciones fiscales por parte de los contribuyentes.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril, ya estableció la siguiente doctrina:

*“No cabe, en efecto, sostener que la Administración tributaria y el contribuyente se encuentren en la misma situación como si de una relación jurídico-privada se tratara. Como antes se vio, esa pretendida igualdad resulta desmentida por el artículo 31.1 de la Constitución que, al configurar el deber tributario como deber constitucional, está autorizando al legislador para que, dentro de un sistema tributario justo, adopte las medidas que sean eficaces y atribuya a la Administración las potestades que sean necesarias para exigir y lograr el exacto cumplimiento de sus obligaciones fiscales por parte de los contribuyentes, potestades que por esencia sitúan a la Administración como potior persona en una posición de superioridad sobre los contribuyentes”.*

Finalmente, debe dejarse constancia también que la potestad de exigencia de información se ha ampliado más allá del ámbito tributario para imponerse como instrumento de la potestad recaudatoria de todo tipo de deudas con la Hacienda Pública.

El Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, dispone en su artículo 10.2 que *“los funcionarios que desempeñen funciones de recaudación podrán realizar actuaciones de obtención de información previstas en los arts. 93 y 94 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria”*.

Así resulta, también, de lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, Ley General Presupuestaria, que establece:

*“Sin perjuicio de las prerrogativas establecidas para cada derecho de naturaleza pública por su normativa reguladora, la cobranza de tales derechos se efectuará, en su caso, conforme a los procedimientos administrativos correspondientes y gozará de las prerrogativas establecidas para los tributos en la Ley General Tributaria, y de las previstas en el Reglamento General de Recaudación”*.

## **2.2. Los modos en que puede solicitarse la información**

El artículo 93.2 de la LGT, con referencia al punto 1 del mismo, expuesto sumariamente en el anterior apartado, establece:

*“Las obligaciones a las que se refiere el apartado anterior deberán cumplirse con carácter general en la forma y plazos que reglamentariamente se determinen, o mediante requerimiento individualizado de la Administración tributaria que podrá realizarse en cualquier momento posterior a la realización de las operaciones relacionadas con los datos o antecedentes requeridos”*.

Se destacan en este precepto dos formas de cumplir con el deber de información por los obligados tributarios.

Por un lado, esta obligación puede cumplirse con carácter general en la forma y plazos que reglamentariamente se determinen, mediante declaraciones formales y predeterminadas en el tiempo exigidas a determinados obligados tributarios que se encuentran una singular situación jurídica. Por otro lado, y en contraposición a estos, la estudiada obligación de información puede cumplirse mediante requerimientos individualizados.

El desarrollo reglamentario de esta obligación se realiza por el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedi-

mientos de aplicación de los tributos, que se aprobó por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (en lo sucesivo RGI).

El artículo 30 del citado RGI distingue estos dos modos de cumplimiento de la obligación de información y, en relación con los requerimientos individualizados, que son los que interesan a este Informe para resolver la consulta planteada, dice en el apartado 3 del citado artículo 30:

*“El cumplimiento de la obligación de información también podrá consistir en la contestación a requerimientos individualizados relativos a datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas, aunque no existiera obligación de haberlos suministrado con carácter general a la Administración tributaria mediante las correspondientes declaraciones”.*

En el primer inciso del último párrafo de este artículo 30.3 del RGI se dice:

*“Los requerimientos individualizados de obtención de información respecto de terceros podrán realizarse en el curso de un procedimiento de aplicación de los tributos o ser independientes de este”.*

Estos requerimientos individualizados no significan que deban realizarse, necesariamente, a sujetos tributarios concretos y sobre tributos singulares, como se va a tener la oportunidad de comprobar en la exposición de la jurisprudencia dictada sobre este particular.

Como resulta del citado precepto la información se puede referir a la aplicación de un tributo, respecto del cual haya abierto un procedimiento de aplicación del mismo, o a una información que es independiente de un procedimiento específico de aplicación de tributos.

No obstante, la regulación de la LGT y del RGI proporcionan determinadas pautas, útiles a la interpretación, que muchas veces son ignoradas en la solución de los casos concretos, incluso por la jurisprudencia que se ha tenido la oportunidad de estudiar.

Por una parte, el artículo 93.2 de la LGT, como se ha transcrito anteriormente, dice que el requerimiento individualizado *“podrá efectuarse en cualquier momento posterior a la realización de las operaciones relacionadas con los datos o antecedentes requeridos”*.

Está implícita en esta exigencia que ha de existir una cierta determinación de las operaciones sobre las que versa la información requerida, es decir, esta ha de relacionarse con operaciones determinadas o determi-

nables, ya realizadas y sometidas a investigación, se haya o no abierto un procedimiento de aplicación de un tributo.

Por su parte, el artículo 55.1 del RGI establece lo que debe incluirse por la Administración en los requerimientos individualizados de información tributaria, estableciendo en su apartado c) que en el mismo se habrá de contener:

*“Los datos relativos a los hechos respecto de los que se requiera la información”.*

Se corrobora así lo establecido en la LGT, exigiendo que el requerimiento individualizado de información tributaria identifique los hechos sobre los que versa la información. No es exigible, como acaba de decirse y conforme a la jurisprudencia aplicable, que se refiera a un sujeto singular y a un impuesto específico. Pero sí es exigible que el requerimiento de información determine el hecho o hechos que se investigan, aunque sean de carácter general y referidos a un conjunto de potenciales sujetos tributarios. Por tanto, no pueden admitirse requerimientos de información sin concreción alguna a hechos representativos de operaciones identificadas.

En definitiva, esto no es otra cosa que una exigencia de motivación del requerimiento de información, que la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo exige, como se expondrá seguidamente.

Finalmente, en relación con la consulta sobre los requerimientos realizados a Juzgados y Tribunales, debe destacarse el artículo 56 del RGI, que establece algunas exigencias adicionales sobre la competencia para realizarlos, que son las siguientes:

*“Los requerimientos individualizados de información que se efectúen a las entidades y órganos a que se refiere el art. 94.3 y 4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se realizarán directamente por el superior jerárquico del órgano actuante que pretenda obtener la información”.*

No solo esto, sino que este mismo artículo 56 del RGI, en relación con los requerimientos a los Juzgados y Tribunales y el ámbito de las competencias del Estado, dispone que:

*“El órgano competente para realizar los requerimientos de información a que se refiere el art. 94.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, será el director general, los directores de departamento o los delegados de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de los que dependa el órgano actuante que solicita la información”.*

Por tanto, si el órgano actuante que solicita la información es el departamento regional de inspección de una Delegación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, quien debe realizar formalmente el requerimiento es el Delegado de la Agencia correspondiente.

En cualquier caso, y finalmente, el requerimiento ha de estar justificado en estos casos especialmente de solicitudes de información a Juzgados y Tribunales, como lo exige este artículo 56 del RGI:

*“En estos casos, el órgano actuante que pretenda obtener la información dirigirá una solicitud debidamente justificada al órgano competente para realizar el requerimiento”.*

El subrayado pone de manifiesto un deber singular de justificación que, en el caso de requerimientos a Juzgados y Tribunales, es importante porque, a juicio de esta Comisión, esta exigencia a los Tribunales debe ser excepcional y relacionada siempre con operaciones o situaciones determinadas.

Los Juzgados y Tribunales tienen una función delimitada constitucionalmente, como resulta del artículo 117.4 de la Constitución:

*“Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.*

En principio la constitución quiere, sin duda, preservar la exclusividad de la función jurisdiccional en los Juzgados y Tribunales, como resulta del punto 2 de ese mismo precepto constitucional, sin sobrecargarles con otras funciones que puedan ir en detrimento de esa función y del ejercicio independiente de la misma.

Esa misma exclusividad en el ejercicio de la función jurisdiccional y la limitación para la realización de otras funciones resulta del artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial.

Ahora bien, la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/1988, de 12 de julio, no ha considerado estos preceptos, que conforman el bloque de la constitucionalidad, como una limitación para que los Juzgados y Tribunales puedan realizar otras funciones distintas de las meramente jurisdiccionales, como se dice literalmente en la misma:

*“(…) esta exclusividad no impide que, en virtud del deber de colaboración entre todos los poderes del Estado, puedan imponerse al Juez obligaciones encaminadas a logro de otras finalidades públicas, entre las cuales puede figurar la de comunicar la existencia de un documento respecto al cual no se ha hecho efectivo el pago de un tributo”.*

Aceptado este deber de colaboración en estos requerimientos dirigidos a Jueces y Tribunales, cobra una especial importancia la concreción de los datos de trascendencia tributaria que se soliciten, con una singular exigencia también de justificación como establece el citado artículo 56 del RGI.

La dicción literal del artículo 94.3 de la LGT establece que se faciliten “*cuantos datos de trascendencia tributaria se desprenden de las actuaciones judiciales de las que conozcan*”, pero esto no puede interpretarse como una obligación de facilitar cualesquiera datos de estas características y en cualquier circunstancia.

Como se expone, los datos de trascendencia tributaria que se aportan a los procedimientos judiciales son numerosísimos, porque en la vida real todo acto reviste trascendencia tributaria y es susceptible de incidir de alguna manera en un hecho imponible, habida cuenta de la exhaustividad con la que de nuestro sistema fiscal grava las distintas actividades representativas de algún tipo de capacidad económica. Especialmente se puede predicar esto de los datos que se ponen en juego en la mayor parte de las disputas jurisdiccionales.

En consecuencia, si los requerimientos dirigidos a los Juzgados y Tribunales no realizaran una “selección” de los datos a proporcionar a la Administración Tributaria y no los refirieran a situaciones determinadas, se convertirían aquellos, de hecho, en una “prolongación” de los órganos de esa Administración, desnaturalizando su función esencial, que es la jurisdiccional, y sobrecargando a los mismos con una labor impropia.

### 2.3. Límites generales

- Datos privados no patrimoniales.

Delimitado el fundamento, la extensión del deber y los modos de realizar los requerimientos, procede considerar ahora sus límites generales establecidos en LGT, que han de permitir perfilar el deber de información exigido legalmente.

En primer lugar debe destacarse que la obligación de los profesionales no alcanzará a los datos privados no patrimoniales, como ya destacó la Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, de 26 de noviembre.

Así lo recoge el artículo 93.5, primer inciso del mismo, que dispone:

*“La obligación de los demás profesionales de facilitar información con trascendencia tributaria a la Administración 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”.*

- El secreto profesional

En segundo lugar, el último inciso de este mismo artículo 93.5 de la LGT, en relación con el alcance de esta obligación de los profesionales establece:

*“Tampoco alcanzará a aquellos datos confidenciales de sus clientes de los que tengan conocimiento como consecuencia de la prestación de servicios profesionales de asesoramiento o defensa.*

*Los profesionales no podrán invocar el secreto profesional para impedir la comprobación de su propia situación tributaria”.*

La redacción de este precepto procede de la reforma de la LGT realizada por la Ley 10/1985, que restringió notablemente la referencia a esta limitación con respecto a la que se establecía en la redacción originaria del año 1963 del artículo 111. En esta se excluía al profesional del deber de información respecto de los asuntos amparados por el secreto profesional.

Una sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1972 “sugería” al legislador la eliminación del secreto profesional como límite al deber de información.

A partir de esta temprana sentencia la delimitación de este derecho y su “convivencia” con el deber de cumplir con los requerimientos de la Hacienda Pública ha sido realizada por el Tribunal Constitucional y asumida por el Tribunal Supremo.

La citada Sentencia 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”.

Por tanto, en el caso de que la Inspección, al pedir los datos o antecedentes de determinadas operaciones, le fuera permitido entrar en el ámbito de las relaciones profesionales concretas entre cliente y abogado, podría este alegar el secreto profesional.

La identificación del cliente y lo que este paga al abogado no es un dato, en definitiva, que pueda ampararse en el secreto profesional. Sin embargo, es discutible que no pueda ser amparado en el mismo el hecho de no atender a una solicitud directa sobre tipos de procedimientos y cuantía, porque la combinación de ambos permite conocer la razón última de la relación profesional del abogado con su cliente. Cuestión distinta es que estos datos se pidan a terceros, como son los Juzgados y Tribunales, como es el caso sometido a consulta.

- Protección de datos de carácter personal

En tercer lugar, respecto al consentimiento del afectado por la cesión de datos de carácter personal, el citado precepto en su número 4 dispone:

*“La cesión de datos de carácter personal que se deba efectuar a la Administración tributaria conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, en los apartados anteriores de este artículo o en otra norma de rango legal, no requerirá el consentimiento del afectado. En este ámbito no será de aplicación lo dispuesto en el apartado 1 del art. 21 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”.*

Se excluye, por tanto, de forma directa y expresa la protección que proporciona la LOPD, como ha corroborado la doctrina jurisprudencial que se expondrá más adelante, entre otras la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, que directa y claramente dice:

*“Y el artículo 18.1 CE hay que entender que impide injerencias en la intimidad arbitrarias o ilegales, como dice claramente el artículo 17.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Pacto de Nueva York), ratificado por España y con arreglo al cual, de acuerdo con el artículo 10.2 CE, hay que interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales que la constitución reconoce, y entre ellos el derecho a la intimidad personal y profesional. Es de señalar que con arreglo a estos criterios la LO 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que no se refiere expresamente a las cuestiones planteadas en el presente recurso, establece que no se consideran con carácter general intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley (art. 8.1). Entiéndase que la Ley solo puede autorizar esas intromisiones por imperativos de interés público, circunstancia que se da en los supuestos aquí contemplados”.*

Se trataba de un requerimiento de información sobre cuentas bancarias que, sin tal imperativo de interés público, hubiera sido un ámbito protegido por el artículo 18.1 de la Constitución.

- El objeto de la información.

En cuarto lugar, respecto a los eventuales límites referidos al objeto de la información, son cuatro los elementos que lo definen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93.1 de la LGT.

Lo que se está obligado a proporcionar son toda clase de *datos, informes, antecedentes* y *justificantes*, dice literalmente el citado precepto.

La dicción del mismo es muy amplia y parece abarcar todo tipo de información en muy diversos soportes y formas. Sin embargo, esta redacción del precepto que se viene arrastrando desde la versión originaria de la Ley de 1963 y su reforma en 1977, debe someterse a algunas matizaciones.

La expresión “*datos, informes, antecedentes y justificantes*” hace referencia no a un conjunto heterogéneo de datos, sino a un conjunto de instrumentos, alimentados con datos y conformados de forma racional y sistemática.

La comprensión de lo que sea el dato o un antecedente nos ha de venir facilitada por el sentido que resulta del Diccionario de la Real Academia Española. Dato es “*antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de algo o para deducir las consecuencias legítimas de un hecho*”. Antecedente es “*acción, dicho o circunstancia que sirve para comprender o valorar hechos posteriores*”.

Habrà de convenirse que la diferencia entre dato y antecedente viene dada por su referencia al presente o al pasado, respectivamente.

La comprensión de lo que es informe es algo más compleja. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española es la “*descripción, oral o escrita, de las características y circunstancias de un suceso o asunto*”.

Esta idea de informe lleva consigo un matiz subjetivo, un juicio de valor, sobre personas o hechos que, en materia tan delicada y sensible como la fiscal, parece hacerle difícilmente compatible con el deber de información. No tiene sentido que junto al mero dato pueda verse trasladado ese juicio hacia las dependencias de la Hacienda Pública, cuando lo que es o debería ser el objeto de la información es el dato objetivo con trascendencia tributaria.

En este sentido, podría decirse que es incoherente con la propia finalidad del requerimiento de información, que es la de obtener datos fiables para contrastarlos con los aportados por los sujetos pasivos, el tamizar esa fiabilidad mediante juicios de valor u opiniones propios de un Informe, entendido en su estricto significado.

En nuestro entendimiento por informe no debe entenderse algo diferente de dato o antecedente, expresiones a las que ahora se añade la de justificante, esto es, el de datos de trascendencia tributaria, pero no concebidos como un conjunto heterogéneo de datos, sino como una serie de ellos facilitados de forma racional y sistemática.

En cualquier caso, el dato, informe, antecedente o justificante ha de tener *trascendencia tributaria*, como se acaba de indicar, estableciéndose así un importante límite objetivo que no es otro que el anudado a una finalidad investigadora que permite y hace lícito el ejercicio de la potestad estudiada.

Qué deba entenderse por “*trascendencia tributaria*”, como ya se dijo anteriormente, es también cuestión abierta, sometida a la interpretación de cada caso, que los Tribunales y los órganos administrativos de control de la aplicación de los tributos, los Tribunales Económico-Administrativos, han venido perfilando.

Se trata de un concepto muy general y muy ambiguo a la vez, que hace susceptible de ser objeto de la información, que debe darse a la Administración tributaria, a la práctica totalidad de los datos que pongan de manifiesto un cierto atisbo de capacidad económica y estén legalmente incorporados a un hecho imponible. Además, actualmente, pocos aspectos de la realidad económica escapan a la posibilidad de ser embebidos en un hecho imponible.

En relación con este punto, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de junio de 1989 declaró:

*“La función investigadora de la Administración de la Hacienda Pública puede y debe dirigirse a aquellos hechos que tienen trascendencia tributaria, es decir, en general sobre aquellos acontecimientos o circunstancias que determinan el hecho del nacimiento del hecho imponible pues es a partir de ese momento, en cualquier*

*Impuesto de que se trate, cuando el hecho tiene esa trascendencia tributaria y de él derivan exenciones, deducciones, hecho liquidable, cuota, sujeto, etc”.*

Puede comprobarse la amplitud del concepto y, por esta razón, solamente con la jurisprudencia puede intentarse una delimitación sobre el alcance del deber de cumplir con los requerimientos de información de la Administración Tributaria.

Debe, por tanto, exponerse seguidamente cómo han interpretado los Tribunales estos límites, para poder valorar adecuadamente los requerimientos objeto de estudio en este Informe.

#### **2.4. Interpretación de los Tribunales**

La citada sentencia de la Audiencia Nacional no hacía otra cosa que hacerse eco de la doctrina administrativa.

En efecto, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 23 de noviembre de 1987 se planteó la validez del requerimiento de información a una entidad bancaria sobre el censo de titulares de tarjetas de crédito, estableciéndose una doctrina sobre qué ha de entenderse por datos, informes o antecedentes de trascendencia tributaria que merece la pena exponer literalmente:

*“Estos han de ser susceptibles de tener consecuencias jurídicas de forma directa o indirecta, según señala el artículo 140 d) de la Ley General Tributaria, en aplicación de los tributos, esto es, en un procedimiento tributario que no es preciso que ya esté iniciado y, por tanto, han de estar o ser proporcionados a los resultados que pueden producir en el referido procedimiento y tienen carácter instrumental respecto de la exacción de los impuestos determinados; que tales proporcionalidad y carácter instrumental entre lo solicitado por la Administración y las consecuencias reales que en el ámbito tributario hayan de producirse, exigen que se de, entre ambas, un nexo que no tiene por qué conducir exclusivamente a algún hecho imponible de cualquier tributo, sino que puede suministrar una información tendente, en una investigación, al descubrimiento de hechos ignorados por la Administración o a la determinación de bases total o parcialmente ocultadas por el contribuyente, siendo suficiente que, razonablemente, pueda pensarse en una obligación tributaria”.*

El concepto delimitado e interpretado así de forma tan amplia hace difícil concebir un dato, informe, antecedente o justificante, extraído de relaciones económicas, profesionales o financieras, que escape al mismo.

La seguridad jurídica exigiría, sin embargo, una cierta delimitación del concepto. Esta se ha venido construyendo en torno a la idea de concreción de los datos, esto es, el requerimiento individualizado se habría de referir a información personalizada o, al menos singularizada, esto es, el dato

debe estar referido a los hechos que sean imputables a un contribuyente o a contribuyentes determinados o susceptibles de ser considerados obligados tributarios por encontrarse en situaciones sobre las que se estuviera realizando una investigación o estuvieran contempladas en los planes de inspección, aunque no estuvieran previamente identificados.

Ciertamente, no puede considerarse que exista una jurisprudencia que haya precisado el concepto de trascendencia tributaria y haya prohibido los requerimientos masivos de información, en la medida en que no contuvieran referencia a *personas concretas* y a *tributos singulares*.

Por el contrario, la jurisprudencia ha ido perfilando, en torno a la idea de que los datos pudieran tener trascendencia tributaria indirecta, una serie de decisiones en las que esa concreción, aunque exigida respecto de personas concretas o susceptibles de serlo, no era predicable respecto de tributos singulares.

Así la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de mayo de 1990 describió la trascendencia tributaria de la siguiente forma:

*“La cualidad de aquellos hechos o actos que pueden ser útiles a la Administración para, con respeto a los derechos humanos, averiguar si ciertas personas cumplen o no con la obligación establecida en el artículo 31.1 CE de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica y poder, en caso contrario, obrar en consecuencia de acuerdo con la Ley. Esa utilidad puede ser directa cuando la información solicitada se refiere a hechos imponibles, es decir, a actividades, titularidades, actos y hechos a los que la ley anuda el gravamen, o indirecta, cuando la información solicitada se refiere a datos colaterales que puedan servir de indicio para después buscar hechos imponibles presuntamente no declarados o, sencillamente, para guiar después la labor inspectora —que, no se olvide, no debe alcanzar a absolutamente todos los sujetos pasivos por ser ello materialmente imposible— hacia ciertas y determinadas personas”.*

Esta jurisprudencia ha sido ratificada por el Tribunal Supremo, pero en ciertas decisiones se ha llegado incluso a permitir requerimientos genéricos, exigiendo listados generales sin apenas datos de discriminación por singularidades, aunque estas decisiones se han referido a entidades bancarias en supuestos específicos que conviene tener presente y no extrapolar ciertas conclusiones a todos los casos, que harían de este poder de la Administración Tributaria algo irresistible y, lo que es más grave, sin exigencia alguna de motivación.

Dos recientes Sentencias del Tribunal Supremo han permitido, ciertamente, requerimientos generales de información, con ciertas matizaciones, al resolver determinados recursos interpuestos por entidades bancarias frente a los mismos.

El Tribunal Supremo en estas resoluciones ha introducido, efectivamente, relevantes matizaciones en su doctrina abriendo la posibilidad de requerimientos genéricos de información, sin referencia a tributos concretos ni a personas determinadas, aunque no debe perderse de vista en qué casos admite esto, ni la especialidad con la que el artículo 94.3 se refiere a este tipo de requerimientos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2011 (recurso de casación 2117/2009)<sup>1</sup>, que transcribe otras sentencias que se habían pronunciado sobre cómo debía entenderse el concepto de trascendencia tributaria y de motivación, es muy escueta y poco precisa, no obstante desestimar el recurso de casación de la entidad bancaria, declarando la conformidad a derecho de un requerimiento planteado en esos términos tan genéricos.

Respecto a la idea de trascendencia tributaria se dice en dicha sentencia que el requerimiento del Equipo Central de Información de la ONIF tenía dicha trascendencia y que así lo expresó claramente, se afirma, “*al especificar que dicha información resulta necesaria para el desarrollo de las actuaciones que tienen encomendados los Servicios de Inspección de la A.E.A.T.*”.

Respecto de la motivación, el también escueto razonamiento de la Sentencia resulta además un tanto tautológico, porque dejando aparte la transcripción de la doctrina de otras sentencias, en relación con el caso que resuelve se limita a decir:

*“No cabe duda que el requerimiento objeto de la presente casación refleja y justifica, como ya se ha mencionado en el fundamento jurídico anterior, la trascendencia tributaria de la información solicitada, de ahí que el requisito de la motivación deba entenderse también cumplido en este caso”.*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2012, que también acepta un requerimiento absolutamente genérico y masivo<sup>2</sup>, está mejor argumentada respecto a la motivación con referencia a al caso singular

---

<sup>1</sup> En esta sentencia se impugnaba un requerimiento de información a un Banco consistente en proporcionar la relación de cuentas que en ejercicio del 2005 hubieran mantenido un importe anual total por suma de apuntes en el Haber de 3.000.000,00 de euros, identificando al cliente y el importe exacto de la cuenta.

<sup>2</sup> El caso planteado en esta sentencia se sometía al Tribunal un requerimiento en el que se reclamó una relación de titulares de contratos de alquiler de cajas de seguridad concertados con la entidad bancaria requerida, con expresión del número y localización física de las cajas. La Audiencia Nacional había anulado el requerimiento en sentencia de 14 de septiembre de 2009 y el Tribunal Supremo la confirma.

que resuelve, que no es decisivo ni se centra en los requerimientos de la Inspección, pues lo que pretende es remarcar, sobre todo, la menor amplitud de la potestad de los órganos de recaudación, frente a los de inspección, para realizar este tipo de requerimientos.

Así, se destaca en esta Sentencia en primer lugar la necesidad de una actividad inspectora eficaz en los siguientes términos:

*“No cabe olvidar que la amplitud y la complejidad de las funciones que asume el Estado hacen que los gastos públicos sean tan cuantiosos que el deber de una aportación equitativa para su sostenimiento resulta especialmente apremiante. De otra forma se produciría una distribución injusta en la carga fiscal, ya que las sumas que unos no paguen debiendo hacerlo tendrán que ser afrontadas por otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar. De ahí la necesidad de una actividad inspectora especialmente vigilante y eficaz, aunque pueda resultar a veces incómoda y molesta (sentencia del Tribunal Constitucional 50/1995, FJ 6º).*

*Por lo tanto, en principio y con carácter general, no cabe apreciar violación del artículo 18.1 de la Carta Magna por el hecho de que los ciudadanos queden obligados a facilitar una información que, pese a pertenecer a la esfera de su intimidad, tiene relevancia tributaria; ahora bien, solo será así si el deber de colaboración y los eventuales requerimientos en que se articula se ajustan al régimen jurídico diseñado por el legislador [sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 21 de noviembre de 2005 (casación 2294/04, FJ 3º) y auto del Tribunal Constitucional 642/1986, FJ 3º].”*

De esta forma, después de recordar la doctrina general sobre los requerimientos de información tributaria, se concluye sobre los requerimientos de información realizados por los órganos de recaudación tienen un alcance más limitado y se alude a que los mismos no pueden tener el carácter genérico que sí puede ser aceptado en los requerimientos de la Inspección. Los términos en los que se pronuncia la citada Sentencia son los siguientes:

*“En otras palabras, por definición un órgano de recaudación no puede practicar requerimientos genéricos de información. Mientras que, en principio, todo sujeto pasivo de no importa qué tributos está sujeto a la potestad de comprobación e inspección de la Administración tributaria, justificándose así la existencia de requerimientos generales de información, siempre que aparezcan suficientemente motivados y se adopten siguiendo los cauces previstos en la norma, solo quedan sometidos al ámbito competencial de los órganos de recaudación quienes aparezcan como deudores de la Hacienda Pública, no cabiendo por ello, practicar requerimientos generales en este ámbito. En suma, tratándose de la recaudación y, por tanto, de los órganos administrativos que la tienen encomendada, no cabe practicar requerimientos desvinculados del cobro o de la exacción de créditos concretos y específicos.”*

Partiendo de esta doctrina, las Sentencias de la Audiencia Nacional de 12 y 26 de julio de 2012<sup>3</sup>, cambiando de criterio y adoptando esta doctrina, tal vez por este cambio obligado, con unos pronunciamientos poco temperados, han concluido lo siguiente:

- √ Los requerimientos de la Inspección no han de realizarse en relación con la aplicación de un tributo concreto, sino para la persecución del Fraude, por lo que no cabe alegar una posible ausencia de justificación de la trascendencia tributaria de los datos cuya información se solicita, ya que *“los datos por sí solos, así como los informes, no tienen por sí mismos un contenido tributario, pero en la medida en que se ponen en contacto con otros datos pueden tener un significado de trascendencia tributaria que es lo que se pretende en el presente caso”*.
- √ En relación con la posible falta de individualización de las personas afectadas por el requerimiento, las citadas sentencias consideran que *“no se piden extractos de cuentas, ni datos particularizados, sino un informe que recoja un resultado concreto, sin que interesen las distintas operaciones individualizadas que hayan dado lugar a dicho resultado”* por lo que no resultaría necesario cumplir con las formalidades del artículo 93.3 de la LGT.
- √ El argumento de falta de motivación se desestima entendiendo que el requerimiento refleja y justifica la trascendencia tributaria de la información que solicitó, al indicar que dicha información *“resulta necesaria para el desarrollo de las actuaciones encomendadas a los Servicios de Inspección de la AEAT”*.

Ahora bien, el Tribunal Supremo insiste en que no es posible establecer una solución única y general sobre los términos en los que deben estar realizados los requerimientos, sino que *“será preciso, en cada caso concreto, comprobar si los límites sustantivos y procedimentales a través de los cuales ha de canalizarse la obtención de información han sido respetados por la Administración y si, en consecuencia, el quebranto de valores y derechos constitucionalmente protegidos está justificado”*.

Así lo dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2013, que vuelve a insistir en las exigencias de motivación e individualiza-

---

<sup>3</sup> En estas se desestiman sendos recursos presentados por las entidades mercantiles SISTEMAS 4B, S.A. y FINANCIERA EL CORTE INGLÉS FC, S.A. contra requerimientos de información realizados por el Departamento de Inspección de la AEAT en los que se solicitaban la relación de personas o entidades titulares de tarjetas de crédito y débito que hubieran realizado pagos por un importe total o igual o superior a 30.000 euros.

ción porque “*están proscritas las injerencias arbitrarias o desproporcionadas en el derecho a la intimidad de las personas*”.

Esta Sentencia estima el recurso de casación de la AEAT, permitiendo un requerimiento genérico de información<sup>4</sup> pero, no obstante, establece una doctrina sobre la necesidad de motivación que es importante destacar.

Esta Sentencia reitera que este tipo de litigios exigen “*un examen riguroso del cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales en cada caso concreto a los efectos de verificar si el requerimiento de información se ha realizado conforme al régimen jurídico legalmente dispuesto*”.

A partir de esta premisa, esta Sentencia de 28 de noviembre de 2013 se detiene especialmente en el requisito de la motivación, con referencia a doctrina jurisprudencial anterior, que puede entenderse consolidada, en los siguientes términos:

*“La motivación del requerimiento de información se convierte en uno de los requisitos sustanciales, y ello no empece que no tenga refrendo expreso legal, puesto que como se ha puesto de manifiesto por este Tribunal cuantas ocasiones hemos tenido oportunidad, valga por todas la sentencia de 12 de marzo de 2009 (casación 4549/04, FJ 3º), el requerimiento de información debe estar motivado; aun mas, ha de cumplir con la previsión de individualización que el tipo de información demandada exige, debiendo concurrir una justificación específica y suficiente que fundamente el requerimiento, según afirmamos en la sentencia de 12 de noviembre de 2003 (casación 4783/98, FJ 4º)”.*

Seguidamente esta sentencia destaca dos requisitos más exigibles a los requerimientos de información, que son la proporcionalidad y la acreditada trascendencia tributaria de los datos requeridos. Dice esta sentencia:

*“Y ya en la sentencia de 3 de febrero de 2001, abordamos el alcance de este concepto jurídico indeterminado de trascendencia tributaria y delimitamos la exigencia de proporcionalidad en los siguientes términos, ‘la información puede solicitarse en cuanto sirva o tenga eficacia en la aplicación de los tributos, obviamente tomando la frase en términos generales, pues la norma no se refiere a la comprobación e investigación de una determinada relación tributaria, sino que busca habilitar para recabar información, tanto de particulares como de organismos, para cuanto conduzca a*

---

<sup>4</sup> El caso planteado es esta sentencia se sometía al Tribunal un requerimiento en el que se reclamó una relación de las operaciones de caja con billetes de 500 € en un periodo determinado, con identificación de las personas que hubieran realizado operaciones de ingreso o de retirada de cantidades superiores a 100.000 €, así como los beneficiarios en cada ingreso y el ordenante en cada retirada; también en el caso de que el saldo inicial o final de caja en el día de referencia, en billetes de 500 €, fuera superior a 100.000 debía mandarse la misma información citada anteriormente.

*la aplicación de los tributos. Y naturalmente, aunque no se diga expresamente, la Administración habrá de atemperar el requerimiento de información al principio de proporcionalidad (tercera acotación) que irradia sobre toda la actuación administrativa, limitando los extremos solicitados al fin expresado de la aplicación estricta de los tributos, siendo demostración nuestra sentencia de 24 de junio de 1999, al afirmar que están proscritas las injerencias arbitrarias o desproporcionadas en el derecho a la intimidad de las personas en la exigencia del deber de información y colaboración tributaria”.*

La Sentencia reitera también su doctrina sobre la idea especial de la diferenciación entre la trascendencia tributaria “directa” e “indirecta”, que es una de las principales vías que permiten requerimientos generales y abiertos, en los siguientes términos:

*“Y esa utilidad puede ser ‘directa’ (cuando la información solicitada se refiere a hechos imponible, o sea, a actividades, titularidades, actos o hechos a los que la Ley anuda el gravamen) o ‘indirecta’ (cuando la información solicitada se refiere solo a datos colaterales, que puedan servir de indicio a la Administración para buscar después hechos imponible presuntamente no declarados o, sencillamente, para guiar después la labor inspectora –que no se olvide, no puede alcanzar a absolutamente todos los sujetos pasivos, por ser ello materialmente imposible- hacia ciertas y determinadas personas (FD cuarto; en el mismo sentido, sentencia de 14 de marzo de 2007, recurso de casación 1320/2002)”.*

Ha sido esta concepción de la trascendencia tributaria indirecta la que ha permitido al Tribunal Supremo aceptar los requerimientos genéricos de información, sin referirse a personas determinadas, aunque siempre con un límite solo aplicable a cada caso, que es el de la específica motivación en cada caso, puesto que como dice la misma sentencia, con cita de otra de 14 de febrero de 2006:

*“La motivación exige que la resolución contenga una fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del Derecho a un supuesto específico permitiendo a un observador saber cuáles son las razones que sirven de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad”.*

En el caso resuelto por la citada Sentencia de 28 de noviembre de 2013 el Tribunal Supremo entiende que el requerimiento genérico, sin referencia a personas concretas, de información es conforme a Derecho por que:

*“En resumidas cuentas, lo que se pretende es conocer con detalle determinadas operaciones realizadas con billetes de 500 euros, que se concretan con referencia sucursales y fechas, a nuestro entender, dichos datos y operaciones, de una cuantía ciertamente significativa, con una clara relevancia económica, no solo por su importante cuantía, sino aún más si cabe por los billetes con los que se llevan a cabo,*

*de notoria significación en determinadas transacciones al margen de la legalidad, sin mayor justificación adicional, evidencia la trascendencia tributaria que se exige para su conformidad jurídica, lo que viene a ratificarlo, como señala el Sr. Abogado del Estado, el que figure entre las directrices del Plan General de Control Tributario para 2007, aprobadas por Resolución de la Dirección General de la A.E.A.T. de 17 de febrero de 2007 en cuya ejecución se dictó el requerimiento de información para la represión del fraude fiscal, incluyéndose expresamente en el Plan Parcial de Inspección las actuaciones de investigación en control de operaciones con empleo de billetes de alta denominación, lo cual, a nuestro entender, viene a abundar sobre la suficiencia de motivación”.*

Este ejemplo de valoración de la motivación de un caso concreto, como el expuesto, es muy ilustrativo de la aplicación práctica de la doctrina jurisprudencial, que es de especial importancia para resolver la consulta objeto de este Informe.

## **2.5. Límites singulares para Juzgados y Tribunales: del secreto de las diligencias sumariales**

El artículo 94.1 de la LGT, al establecer la obligación de los juzgados y tribunales de facilitar a la Administración tributaria la información requerida destaca que se ha de hacer *“respetando, en su caso, el secreto de las diligencias sumariales”*.

Con carácter general el artículo 232.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que *“las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”*.

El artículo 301.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que *“las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley”*.

En consecuencia, el secreto que se recoge como excepción al deber de atender a los requerimientos de la Administración tributaria se refiere, por tanto, exclusivamente al orden penal.

## *2.6. El derecho de defensa: el derecho a no autoinculparse*

Se ha de considerar también cómo opera el derecho de defensa como límite de la obligación que deriva de estos requerimientos individualizados de datos de trascendencia tributaria.

En primer lugar, con carácter general, debe indicarse que la aportación de datos a los procedimientos judiciales, realizados por los abogados en defensa de los intereses de sus clientes, en la medida en que fueran solici-

tados a los mismos abogados (que no son los casos sometidos a consulta) estarán, normalmente, protegidos por el secreto profesional, con las limitaciones que resultan de la doctrina constitucional, expuesta sumariamente más arriba.

La eventual colisión del derecho de defensa con el deber de cumplimiento de los requerimientos de la Agencia Tributaria se centra en el derecho a no declarar contra sí mismo o a no autoinculparse.

Este eventual conflicto se produce, realmente, cuando el requerimiento va dirigido directamente al obligado tributario, como consecuencia de que los datos obtenidos por medio de este tipo de requerimientos pudiera servir, no solo para pagar lo debido fiscalmente, sino también para apreciar infracciones administrativas e imponer sanciones, incluso para imputar un delito.

No se produce este conflicto en la petición por la Agencia Tributaria de datos a terceros, exigiéndoles un deber legal de colaboración, como es el caso de los requerimientos a los Jueces y Tribunales y aun a los Colegios Profesionales

No obstante, aunque esta eventual limitación no operaría en los supuestos sometidos a este Informe, no está demás dejar constancia del estado de la cuestión, según nuestra jurisprudencia constitucional.

El principio de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo forma 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.

Como se sabe, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1981 (Recurso de Amparo 101/80) concluyó que:

*“(...) los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad), y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala Cuarta de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio artículo 25, en su número 3º, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad.*

*(...) los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución”.*

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, fundamentalmente en su artículo 134 y siguientes, y el artículo 34 de la LGT han incorporado estos principios desde el punto de vista procedimental, pero la cuestión esencial de fondo subsiste.

Cabe preguntarse hasta donde puede, legítimamente, la Administración Tributaria exigir la colaboración, mediante la petición de datos, al contribuyente sin lesionar su derecho a no autoinculparse. Debe tenerse en cuenta, que la información así obtenida podría utilizarse para imponer una sanción al contribuyente que presta su colaboración.

En relación con este punto, la doctrina del Tribunal Constitucional, sin realizar ahora un estudio sobre las matizaciones ulteriores por no ser esta cuestión esencial para la resolución de la consulta, se establece en la importante y contundente Sentencia 76/1990, de 26 de abril, que dedicó su fundamento jurídico 10 a este tema. Aunque, la extensión del fundamento es considerable, merece la pena dejar aquí constancia de su contenido:

*“El último de los motivos de inconstitucionalidad aducidos consiste en la presunta vulneración del art. 24.2 CE por el art. 83.3.f) LGT, según la redacción dada al mismo por el art. 4 L 10/1985. Conforme a este artículo, se prevé una sanción de multa por “la falta de aportación de pruebas y documentos contables o la negativa a su exhibición”. La Sala 3ª del Tribunal Supremo considera que no es posible traer a colación en este caso el deber de colaboración de los contribuyentes con la Administración; porque, si bien ha 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 la Sala es 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 autoinculparse como un elemento de protección de su presunción de inocencia”. Por consiguiente, la Sala no discute la presencia de un genérico deber de colaboración del contribuyente con la Administración tributaria, pero encuentra un límite de ese deber en el derecho del contribuyente a no “autoinculparse”.*

*Son dos, por tanto, los derechos fundamentales que la Sala considera afectados e íntimamente unidos en esta cuestión: el derecho a no confesarse culpable y el derecho a la presunción de inocencia, derechos que el art. 24.2 CE enuncia y garantiza, como es notorio, de forma separada. De la conexión entre ambos, la Sala deduce lo que podría considerarse como un genérico derecho del contribuyente a la reserva de sus datos económicos frente a la Administración tributaria.*

*Però esta construcción argumental no puede ser acogida, y así lo ha señalado este Tribunal en diversos pronunciamientos. En la STC 110/1984 tuvimos ya la oportunidad de declarar que la Inspección de los Tribunales tiene por finalidad verificar la conducta fiscal del contribuyente y comprobar la veracidad de sus declaraciones a la Hacienda Pública. Esta actividad investigadora puede conducir, en efecto, a la obtención de elementos probatorios de que el contribuyente ha defraudado al Fisco, pero es evidente que con ello no se está exigiendo a aquél la difícil prueba de su inocencia, ya que lo único que se le impone es el “deber de aportar los datos que puedan ayudar a la investigación”. Se comprende, por lo demás, que sin la colaboración del*

contribuyente y la aportación por éste de datos personales de alcance económico la labor inspectora resultará prácticamente imposible cuando no fuera factible solicitar los mismos datos de terceras personas.

Todavía con mayor rotundidad, en el ATC 642/1986 (f. j. 2º) se afirmó 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 es 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. Y si en la sentencia antes citada sostuvimos que el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) no puede entenderse de tal modo que constituya un obstáculo que haga imposible o dificulte el cumplimiento del deber declarado en el art. 31 CE, otro tanto cabe decir cuando se invoca con pareja finalidad el art. 24.2 CE, como ahora ocurre, pues es una misma la razón de decidir allí y aquí.

En efecto, 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. Tal pretendido derecho 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 que el art. 31.1 CE consagra; lo que impediría una distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos en cuanto bien constitucionalmente protegido.

Pero, además de lo que hasta ahora se ha dicho, y como recuerda el Abogado del Estado, la Sala parte en su razonamiento de una equívoca comprensión de lo que supone la aportación de documentos contables en el art. 83.3.f) LGT. Los documentos contables son elementos acreditativos de la situación económica y financiera del contribuyente; situación que es preciso exhibir para hacer posible el cumplimiento 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 arts. 17.3 y 24.2 CE. Del mismo modo que el deber del ciudadano de tolerar que se le someta a una especial modalidad de pericia técnica “verbi gratia”, el llamado control de alcoholemia) no puede considerarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y al de no declararse culpable (SSTC 103/1985, 145/1987, 22/1988, entre otras muchas), 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 impone aquí de nuevo la prudencia frente a intentos apresurados de trasladar mecánicamente garantías y conceptos propios del orden penal a actuaciones y procedimientos administrativos distintos y alejados del mismo, como es, en este caso, el de gestión tributaria (...).”

Esta doctrina contrasta con la línea seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, 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.

### **3. VALORACIÓN JURÍDICA DEL REQUERIMIENTO REALIZADO POR EL DEPARTAMENTO REGIONAL DE LA INSPECCIÓN DE LA AEAT DIRIGIDO AL JUEZ DECANO DE PONFERRADA**

#### **3.1. Breve consideración previa sobre la competencia**

Como se ha expuesto anteriormente, el RGI establece normas precisas sobre la competencia para realizar requerimientos de información de trascendencia tributaria a los Juzgados y Tribunales.

Estos, de conformidad con el citado artículo 56 del RGI, cuando se realicen por un Departamento de una Delegación de la AEAT, deben firmarse por el Delegado, sin que sea suficiente que se realice por el Inspector coordinador del Departamento Regional de Inspección.

En la medida en que el citado requerimiento realizado al Juez Decano de Ponferrada no sea firmado por el Delegado de la AEAT en León o, en su caso, por la Delegado Especial de Castilla León, se habrá dictado por un órgano sin competencia y el mismo será contrario a derecho.

#### **3.2. La falta de motivación del requerimiento**

Sin perjuicio de esta cuestión formal, que siempre puede ser subsanada, a la vista de los términos del requerimiento, puede concluirse que el mismo carece de la mínima justificación exigible, por lo que infringe lo dispuesto en el artículo 93.2 de la LGT y en el artículo 55.1 c) del RGI.

En efecto, como se ha expuesto en los antecedentes, el requerimiento del Departamento Regional de Inspección se hace en los siguientes términos:

*“Datos identificativos de las personas y profesionales que hayan participado en procedimientos judiciales en el ámbito de ese Decanato y que incluyan a ser posible*

- Número de asunto y tipo de procedimiento.*
- Identificación de los interesados en los procedimientos.*
- Identificación de los procuradores y letrados.*
- Cuantía de los procedimientos.*

*La información solicitada se referirá a todos los procedimientos iniciados desde el año 2009 hasta la fecha del presente requerimiento”.*

Como se ha expuesto, el artículo 93.2 de la LGT presupone la existencia de operaciones con las que se relacionen los datos o antecedentes requeridos y que deben ser anteriores al requerimiento mismo.

Por tanto, ha de actuar la AEAT o bien aplicando un tributo concreto o bien investigando sobre hechos o indicios que le pueden llevar a descubrir hechos imponibles hasta ese momento desconocidos, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta. Pero, en cualquier caso, por muy genérico que quiera ser el requerimiento de información este ha de señalar operaciones y, en consecuencia, hechos susceptibles de configurarse como indicios útiles para la aplicación de los tributos en particular y de prevenir el fraude en general.

En el requerimiento realizado al Juez Decano de Ponferrada falta por completo una mínima referencia a los “*hechos respecto de los que se requiere la información*”, como exige el citado artículo 55.1 c) del RGI.

La información solicitada se refiere de forma indiscriminada a todos, absolutamente a todos los procedimientos tramitados en Ponferrada, sin distinción de su naturaleza, cuantía o de cualquier otro aspecto que se pudiera considerar como un hecho de relevancia para la Hacienda Pública,

Se trata, por tanto, de un requerimiento de información indiscriminada, masiva, con la que se pretende obtener un listado de demandantes y demandados, claramente identificados, con indicación del tipo de procedimiento, la cuantía de los mismos y la identidad de los letrados y los procuradores.

Sin embargo, se insiste en esta idea, los requerimientos de información sobre datos de trascendencia tributaria, de acuerdo con lo expuesto en este Informe, requieren un mínimo de justificación, que no ha de limitarse a la invocación formal de los correspondientes preceptos de la LGT, y pedir un listado de toda la actividad del tercero requerido en relación con todos sus “clientes”, sino que ha de referirse a hechos y operaciones sobre los que se requiera la información, que puedan tener relevancia fiscal, bien sea porque existe una investigación abierta sobre los mismos, en el marco de aplicación de un tributo, bien sea porque forma parte de un Plan de Inspección de investigación, aunque no existiese un procedimiento específico de aplicación de tributos.

Como se ha expuesto en este Informe, son lícitos los requerimientos genéricos, sin referencia a personas concretas y sin referencia tampoco a tributos específicos, sobre todo teniendo en cuenta la jurisprudencia consolidada, ya expuesta, sobre lo que debe entenderse por datos de trascendencia tributaria indirecta.

Pero también se ha expuesto que aun esta misma doctrina jurisprudencial que da carta de naturaleza a este tipo de requerimientos, exige que estos sean motivados en cada caso, atendiendo a la circunstancias específicas del mismo.

De acuerdo con este planteamiento, es importante la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2013, que exige la debida motivación y proporcionalidad al requerimiento de información, proscribiendo las injerencias arbitrarias y desproporcionadas en el derecho a la intimidad de las personas.

En esta sentencia, para confirmar la legalidad de un requerimiento genérico, sin referencia a personas concretas y sin conexión con la aplicación de tributos determinados, apreció que aquel había proporcionado datos sobre hechos, aportados con la motivación del requerimiento, como fueron i) cuantía de referencia por encima de la cual se solicitaba la información; ii) referencia a sucursales concretas y fechas precisas en las que se habían producido las operaciones y iii) que se tratase de operaciones realizadas con billetes de 500 euros.

Además, se argumentó por el requirente que se actuaba en cumplimiento de un Plan General de Control Tributario para el año 2007, aprobado por la Dirección General de la AEAT el 17 de enero de 2007.

Puede apreciarse la diferencia entre esa motivación y precisión de hechos sobre los que debía versar la información requerida, con la indiscriminada solicitud de información sobre todos los procedimientos de todos los Juzgados de Ponferrada desde el año 2009 a la fecha del requerimiento, cualquiera que fuese su naturaleza y su cuantía.

Si hubiera que cumplir el requerimiento aquí estudiado, el Departamento Regional de la Inspección de la AEAT de León tendría una completa información no solo de quien en Ponferrada ha reclamado una cantidad cualquiera a otra persona o empresa, que alguna relación tendría con hechos susceptibles de relacionarse con la capacidad económica gravada por el sistema fiscal, sino que también sabría quien habría solicitado un divorcio, quien habría instado un desahucio y quien habría sido desahuciado, quien habría solicitado, por ejemplo, ser reconocido como hijo de otra persona, quienes se habrían disputado judicialmente por una herencia, etc.

Ciertamente, la idea de trascendencia tributaria en su sentido más amplio podría “justificar” que de todas esas informaciones pudieran, finalmente, relacionarse con hechos imponibles.

Pero tal forma de proceder es, a nuestro juicio, desproporcionada y arbitraria.

Desproporcionada, porque no discrimina o destaca hechos o tipo de procedimientos en los que puedan haberse aportados hechos o datos concretos sobre los que la Administración tributaria esté investigando en su lucha contra el fraude fiscal.

Arbitraria, porque el requerimiento de información así formulado llevaría al conocimiento de la AEAT un conjunto de datos que ella misma tendría que filtrar y seleccionar y que, en una buena proporción, tendrían un carácter personal e íntimo.

En efecto, en el caso de cumplir con el requerimiento realizado y se proporcionara a la AEAT un listado de todos los procedimientos tramitados por los Juzgados de Ponferrada desde el año 2009 hasta la fecha, se produciría una infracción de la normativa de protección de datos de carácter personal, vulnerando el artículo 94.5 de la LGT, en relación con el artículo 21 de la LOPD.

Puede concluirse que el requerimiento realizado al Juez Decano de Ponferrada, tal y como está formulado, constituye una injerencia arbitraria en derecho a la intimidad de las personas que tienen o han tenido desde 2009 litigios abiertos en los Juzgados de dicha ciudad, además de ser una manifestación del poder de la Administración Tributaria que atenta contra el principio constitucional de seguridad jurídica.

### **3.3. La improcedencia de requerimientos genéricos dirigidos a Juzgados y Tribunales**

Como se ha expuesto anteriormente, al estudiar el artículo 56 del RGI, los requerimientos realizados a los Juzgados y Tribunales exigen una justificación más precisa que en otros casos.

La explicación está en que los órganos jurisdiccionales tienen la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, como función constitucional esencial. Ciertamente, que el Tribunal Constitucional no les exime por esto del deber de colaboración con los otros poderes públicos. Pero la colaboración exige un objeto preciso sobre el que ha de versar la misma y, por esta razón, el citado artículo 56 dice exige “*una solicitud debidamente justificada*”.

Si no fuera así y fuera permitido efectuar un requerimiento como el que se ha realizado al Juez Decano de Ponferrada, los Juzgados y Tribunales se convertirían, de hecho, en una especie de dependencias auxiliares de la Administración Tributaria, auxiliares de la Inspección, ajena a su misión fundamental que es la jurisdiccional.

#### **4. VALORACIÓN JURÍDICA DEL REQUERIMIENTO REALIZADO POR EL DEPARTAMENTO REGIONAL DE LA INSPECCIÓN DE LA AEAT AL ILUSTRE COLEGIO DE PROCURADORES DE MÁLAGA**

##### **4.1. La información requerida carece de trascendencia tributaria, en general y, particularmente, la referida a las cantidades de costas por excesivas por ser créditos de los clientes y no de los abogados**

Los requerimientos que, al parecer viene haciendo la AEAT, además del indicado en los antecedentes de este Informe, a los Colegios de Abogados para que se de información a la AEAT acerca de los informes emitidos por el Colegio en procedimientos de tasación de costas y de jura de cuentas, son contrarios a derecho.

Es asumible la argumentación tanto de la APD del Estado como la Agencia de Protección de Datos Catalana, que concluye que los datos, obviamente provisionales e insertos en un procedimiento judicial que resolverá o no con arreglo a dichos informes, no son datos de trascendencia tributaria que puedan ser exigidos con base en el artículo 93.1 de la LGT.

Son datos provisionales que no pueden tener repercusión fiscal alguna, puesto que hasta que no se pronuncie el Secretario judicial de acuerdo con el artículo 246 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no existirá un dato definitivo de trascendencia tributaria, susceptible de ser interesado por medio de este tipo de requerimientos.

Más evidente aún, a los efectos de poner de manifiesto la falta de trascendencia tributaria de los informes requeridos, al menos respecto de las costas judiciales impugnadas, sometidas a informe del colegio por excesivas, es que las mismas ni tan siquiera son derechos de crédito del abogado, sino que pertenecen a su cliente, en principio, y se tasan con arreglo a criterios orientativos que no necesariamente tienen que coincidir con los honorarios pactados entre abogado y cliente.

Merece la pena resaltar este punto porque el error, jurídico en este caso, que padece el requerimiento es evidente.

Recientemente, se ha modificado la normativa estatal de Colegios Profesionales para, por un lado, prohibir por completo que los colegios profesionales, entre ellos el de abogados, puedan establecer criterios orientativos a los efectos de fijar los honorarios profesionales y, por otro lado, se han admitido este tipo de criterios única y exclusivamente para establecer

una referencia normativa en los procesos de jura de cuentas y tasaciones de costas.

Así resulta de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, modificada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre.

Es clara, en consecuencia, la diferenciación entre honorarios libremente pactados entre cliente y abogado y los criterios orientativos para concretar el concepto jurídico indeterminado de “honorarios excesivos” que pueden repercutirse a la parte condenada en costas.

Lo que tiene trascendencia tributaria en un requerimiento dirigido a un Colegio de Abogados, a los efectos perseguidos por la Administración tributaria, serían los honorarios que cobra realmente un abogado.

Partimos de la consideración de que no sería un requerimiento válido, dirigido al Colegio de Abogados, el que tuviera por fin conocer las costas que paga una parte a la otra, con objeto de investigar los ingresos de la parte en la aplicación de tributos que gravan a la misma, puesto que con ninguna de ellas tiene relación “profesional” el Colegio requerido. Por tanto, un requerimiento así entendido infringiría el artículo 93,1 de la LGT.

La información requerida sobre honorarios se refiere a los del abogado y los mismos se informan con base a unos criterios orientativos que, por Ley, necesariamente deben estar desligados de los honorarios reales pactados. Se trata de una cantidad que no tiene por qué coincidir con los honorarios pactados y realmente cobrados por el abogado a su cliente.

En definitiva, sobre la carencia de trascendencia tributaria del requerimiento de información así realizado, a la provisionalidad del dato, citada anteriormente, se añade el hecho de que ese preciso dato sobre el que se pide información no se configura como honorarios sino como costas judiciales.

Cabe poner algunos ejemplos típicos en los que esa coincidencia no se dará claramente, confirmándose así que lo requerido como información carece por completo de trascendencia tributaria para el abogado afectado.

Cabe imaginar litigios en los que intervienen Administraciones Públicas y sus abogados, empresas con sus abogados internos, Sindicatos con sus abogados de plantilla, abogados que trabajan con iguales, etc.

Difícilmente la Administración Tributaria podría considerar que unos cuantiosos honorarios, aplicando para su valoración en el procedimiento de impugnación de costas la parte más alta de la correspondiente escala de los criterios del Colegio aplicables, fueran atribuibles personalmente al abogado del Estado o al letrado de la Comunidad Autónoma o Ayunta-

miento, ni al letrado de la compañía correspondiente ni al del Sindicato ni, en definitiva, a un abogado que trabaja con iguala.

De la misma forma, tampoco podría considerar en general que ese sea un dato de trascendencia tributaria en una relación de cualquier abogado con su cliente, que se hubiera establecido sin esas limitaciones, esto es, por medio de un pacto libre, caso por caso.

#### **4.2. Falta de motivación**

Pero, además, de acuerdo con lo expuesto en este Informe, puede concluirse también que dichos requerimientos carecen también de la suficiente justificación o motivación por la falta de referencia a hechos que justifiquen la solicitud de la información.

La AEAT ha solicitado la *“relación de informes o dictámenes emitidos por ese Ilustre Colegio en los ejercicios 2009, 2010, 2011 y 2012 referentes a minutas de sus colegiados, sean como consecuencia de procedimientos de ‘jura de cuentas’, reclamaciones judiciales, o referentes a determinación de costas procesales”*.

Se solicita, por tanto, una relación general de todos los informes o dictámenes emitidos en los cuatro años indicados en el requerimiento.

Los argumentos expuestos anteriormente son de aplicación a este supuesto. El requerimiento debe ir referido a operaciones, hechos o situaciones concretas que sirvan de fundamento a una investigación fiscal.

La presunción latente en el requerimiento de que, habiendo sido impugnadas las costas o juradas las cuentas, hay un exceso, aparte de su trascendencia puramente económica, no puede llevar a una implícita conexión con un posible fraude fiscal.

Esta conexión implícita constituye una auténtica arbitrariedad en el ejercicio del poder de requerimiento de información.

La AEAT puede estar legítimamente interesada en saber lo que cobran los abogados a sus clientes y, desde luego, tiene medios para comprobar la realidad de tales cobros y compararla con las declaraciones fiscales realizadas.

Lo que resulta arbitrario es solicitar la lista de los abogados a los que les han sido impugnados sus honorarios por excesivos o que, en su caso, han jurado las cuentas a un cliente, para considerar que este hecho puede tener una trascendencia en el descubrimiento de hechos imponderables ocultos, esto es, que puedan ser útiles a la Administración para averiguar si ciertas

personas cumplen o no con sus obligaciones fiscales, como dice la citada sentencia de 28 de noviembre de 2013.

En definitiva, este tipo de requerimientos resultan inmotivados, desproporcionados y arbitrarios o, como dice la citada sentencia, carentes de “*una motivación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación del Derecho a un supuesto específico permitiendo a un observador saber cuáles son las razones que sirven de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad*”.

## 5. CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Los requerimientos de información de la Administración Tributaria a terceros de información de datos, informes, antecedentes y justificantes pueden ser genéricos, sin referencia a obligados tributarios concretos ni a tributos específicos, siempre que no procedan de los órganos de recaudación.

**SEGUNDA.-** En cualquier caso, estos requerimientos deben estar motivados, con referencia a hechos y operaciones sobre las que haya de versar la información requerida, suficientemente concretadas, en cada caso, para evitar intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad establecido en el artículo 18.1 de la Constitución y su calificación como arbitrarios y desproporcionados.

**TERCERA.-** El requerimiento de información realizado por el Departamento Regional de Inspección de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria al Juez Decano de Ponferrada, en la medida en que no está apoyado por el Delegado de la Agencia de León, es contrario a Derecho por haber sido realizado por órgano incompetente.

**CUARTA.-** El citado requerimiento dirigido al Juez Decano de Ponferrada es contrario a Derecho por carecer de motivación suficiente, de acuerdo con lo expuesto, infringiendo el artículo 93.2 de la Ley General Tributaria, en relación con el artículo 55.1 c) y 56, párrafo segundo, del Reglamento de Procedimiento de Gestión y de Inspección.

**QUINTA.-** El requerimiento dirigido al Juez Decano de Ponferrada es contrario a derecho por afectar ilegítimamente al derecho constitucional a la intimidad del artículo 18.1 de la Constitución, con infracción también del artículo 93.5 de la Ley General Tributaria por afectar a datos privados no patrimoniales y del artículo 94.5 por afectar a datos de carácter perso-

nal, sin el consentimiento de su titular contraviniendo lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Protección de Datos.

**SEXTA.-** Los requerimientos que se vienen realizando a los Colegios de Abogados sobre información sobre dictámenes o informes emitidos en procedimientos de tasación de costas y de jura de cuentas son contrarios a Derecho por infringir el artículo 93.1 de la Ley General Tributaria al referirse a datos que no tienen trascendencia tributaria.

**SÉPTIMA.-** Estos requerimientos son contrarios a Derecho por carecer de motivación suficiente, de acuerdo con lo expuesto, infringiendo el artículo 93.2 de la Ley General Tributaria, en relación con el artículo 55.1 c) del Reglamento de Procedimiento de Gestión y de Inspección.



# **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 9/2014)*

## **1. ANTECEDENTES**

Tras la reforma operada en la Ley de Colegios profesionales por la denominada Ley Ómnibus (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) se comenzó a plantear el problema de las cuotas colegiales y su suficiencia para la financiación colegial. La modificación sustancial en este punto se produjo con respecto al art. 3.2, que pasó a tener la siguiente redacción:

*“... La cuota de inscripción o colegiación no podrá superar en ningún caso los costes asociados a la tramitación de la inscripción”.*

Los Colegios regulaban esas cuotas de nueva incorporación y las venían fijando en cuantías variables atendiendo a las circunstancias y necesidades de cada uno de ellos. Por otra parte, los ingresos derivados de las cuotas de nueva incorporación no se dedicaban a cubrir el coste de un servicio determinado, sino a subvenir las necesidades generales de cada Corporación, teniendo en cuenta que el nuevo colegiado accede mediante su incorporación no sólo a un ejercicio profesional reservado o exclusivo, sino también a la condición de miembro de la Administración corporativa de base asociativa. Esto implica que se puede beneficiar de todos los servicios que presta el Colegio y también de la garantía que supone la titularidad de un patrimonio.

Como consecuencia de la reforma legislativa los Colegios debieron adaptar sus cuotas a la nueva realidad jurídica, lo que ha implicado en la generalidad de supuestos una reducción de tales cuotas de incorporación, con la consiguiente disminución de ingresos económicos para los Colegios.

Ahora bien, eso no es nada si lo comparamos con lo que ocurrirá en caso de que el Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales (en adelante, el Anteproyecto) se convierte en Ley con su redacción actual, tras haber sido ya dictaminado por el Consejo de Estado. La cuota de inscripción o colegiación desaparecerá y la cuota tradicionalmente denominada “ordinaria” u obligatoria verá limitada su cuantía hasta una cifra que muchos Colegios vienen considerando insuficiente para su subsistencia como tales Corporaciones.

Estas novedades introducidas en la última versión del Anteproyecto parten de la consideración de la cuota de inscripción como una barrera de entrada, calificación de todo punto improcedente. En el caso de los Colegios de Abogados satisface la prestación de servicios relacionados con la comprobación por la organización colegial de la veracidad de la información presentada por el interesado, relacionada con la adecuada ordenación de la profesión, así como la gestión de su incorporación al Colegio. Su abono no es una barrera de entrada que tenga el efecto de expulsar supuestos competidores.

Se modificará así sustancialmente la previsión de la vigente Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, que atribuye a los Estatutos Generales de la profesión la regulación con libertad del “*Régimen económico y financiero y fijación de cuotas y otras percepciones y forma de control de los gastos e inversiones para asegurar el cumplimiento de los fines colegiales*” (art. 6.3.f), sin limitaciones cuantitativas o porcentuales de origen legal o reglamentario.

El Anteproyecto define un marco general económico-financiero aplicable a todos los Colegios, tanto de colegiación obligatoria como voluntaria, en su art. 46 (“*Régimen económico*”) del siguiente tenor:

*“Los recursos económicos de las corporaciones colegiales procederán de las cuotas, de los ingresos propios que perciban como contraprestación por las actividades que realicen, del rendimiento que obtengan de los bienes y valores que constituyan su patrimonio, de las aportaciones voluntarias a título gratuito de entidades privadas y de particulares, o de cualesquiera otros ingresos ordinarios o extraordinarios que perciban de acuerdo con sus Estatutos”.*

Ahora bien, las normas específicas para los Colegios de colegiación obligatoria, que son las trascendentes a los efectos de este informe, se contienen en su art. 47, que prevé lo que sigue:

*“1. Estos Colegios Profesionales no podrán exigir para la colegiación del profesional cuota de inscripción, de colegiación o de alta, o pago de efecto equivalente, con independencia de su denominación.*

**2. Los colegiados estarán obligados al pago de las cuotas necesarias para el sostenimiento de las funciones públicas y los servicios obligatorios que ha de prestar el Colegio Profesional y, cuando proceda, las funciones del Consejo General, previstas en el artículo 34, salvo la establecida en el párrafo g) del apartado 2, y las funciones que la normativa autonómica establezca para el Consejo Autonómico, incluidos los medios humanos y materiales necesarios para llevarlos a cabo. Las funciones públicas y los servicios obligatorios de los Colegios son los previstos en los artículos 30.1, 31, 32, 43 y 44. En relación al visado, sólo se entenderá como servicio obligatorio cuando sea preceptivo. Dicha cuota colegial obligatoria será fijada de forma indelegable por la Asamblea General u órgano equivalente por una mayoría de tres quintos de los colegiados presentes y representados. La convocatoria de la Asamblea General u órgano equivalente que vaya a debatir y, eventualmente, aprobar la fijación de la cuota se producirá al menos con veinte días hábiles de antelación. En la citada convocatoria se remitirá a los colegiados la propuesta motivada de fijación de la cuota colegial. En relación al importe máximo, se estará a lo dispuesto en la disposición adicional decimoprimer.**

**3. Las cuotas obligatorias serán iguales para todos los colegiados, sin perjuicio de que puedan establecerse cuotas reducidas para los colegiados de menor antigüedad o para los no ejercientes. En todo caso se deberán establecer unos regímenes especiales bonificados para aquellos profesionales que acrediten estar desempleados.**

**4. Las corporaciones podrán cobrar por los servicios voluntarios que decidan prestar. En ningún caso podrá obligarse al colegiado a contratar los servicios voluntarios de la corporación colegial.**

**5. Las corporaciones deberán distinguir el importe de las cuotas desglosadas por concepto y por el tipo de servicio prestado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.**

**6. La suscripción de seguros y la prestación de servicios de protección social complementaria a través de las corporaciones colegiales será en todo caso considerado servicio voluntario”.**

En consecuencia, sólo podrán dedicarse los recursos obtenidos por el pago de las cuotas ordinarias de los colegiados a sufragar los servicios obligatorios del Colegio y los que supongan el ejercicio de funciones públicas, pero no otros distintos.

Además el apartado tercero del precepto impone a los Colegios de colegiación obligatoria el establecimiento de “*regímenes especiales bonificados [de cuotas] para aquellos profesionales que acrediten estar desempleados*”, así como la posibilidad de cuotas reducidas para los colegiados de menos antigüedad y los no ejercientes.

Por su parte, la disposición adicional decimoprimer, que lleva por rúbrica “*Importe máximo de la cuota colegial obligatoria en las profesiones de colegiación obligatoria*”, viene a disponer lo siguiente:

**“1. La cuota colegial obligatoria a que se refiere el artículo 47.2 no podrá superar los 250 euros por año. No obstante, de forma indelegable, la Asamblea General u órgano equivalente podrá aumentar esta cantidad, cuando:**

a) *el incremento se apruebe por una mayoría de tres quintos de los colegiados presentes y representados, y*

b) *la convocatoria de la Asamblea General u órgano equivalente que vaya a debatir y, eventualmente, aprobar el aumento de la cuota se produzca al menos con veinte días hábiles de antelación. En la citada convocatoria se remitirá a los colegiados la propuesta motivada de modificación de la cuota colegial.*

2. *Se habilita al Gobierno para actualizar, de forma justificada y razonada, los costes máximos previstos en el apartado anterior”.*

En cuanto a la determinación de esta concreta cuantía, la Memoria del Anteproyecto se ha limitado a razonar sucintamente que “*el techo para la cuota colegial obligatoria en 250 euros anuales (...) se ha fijado en función del promedio de las cantidades deducidas por dicho concepto en las declaraciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF)*”, lo que, como sabemos, tiene un déficit teórico relevante, toda vez que se toma como criterio el límite de deducción impuesto por el propio legislador, en lugar de justificarlo en una estimación de los servicios que se prestan por los Colegios.

El Consejo de Estado no ha objetado tal determinación sobre la base de que se habilita al Gobierno —mediante Real Decreto del Consejo de Ministros— “*para actualizar, de forma justificada y razonada, los costes máximos previstos en el apartado anterior*” (apartado 2), evitando así la congelación en norma de rango legal del mandato y permitiendo cierta flexibilidad y capacidad de ajuste frente a las cambiantes circunstancias económicas. No obstante, esta reflexión de carácter técnico no entra a analizar la idoneidad de una limitación como la prevista en el Anteproyecto.

La determinación de qué funciones y servicios tienen carácter de funciones públicas y servicios obligatorios es objeto de otro informe de esta Comisión Jurídica. Como quiera que sólo éstos pueden ser financiados con las cuotas obligatorias u ordinarias, será conveniente realizar una lectura conjunta de los dos informes de la Comisión. Se obtendrá así una imagen global de la situación existente en cuanto a los ingresos ordinarios de los Colegios y Consejos que posibilitará un análisis más o menos sosegado de su necesaria distribución entre Colegios y Consejos para financiar esos servicios públicos y las consecuencias de ello. El resto de servicios y funciones deberán ser satisfechos por los colegiados que voluntariamente los reciban.

En todo caso, recordaremos que las citadas funciones y servicios de carácter público son los recogidos en los arts. 30.1, 31, 32, 43 y 44 del texto remitido al Consejo de Estado. El art. 30.1 del Anteproyecto determina las funciones públicas, cuyo ejercicio será impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa (apartado 2).

El art. 31 se refiere al visado, por lo que carece de importancia a los efectos de este informe, relativo a Colegios de Abogados. El art. 32, por su parte, regula el *Servicio de atención a los colegiados y a los consumidores o usuarios*. Por último, los arts. 43 y 44 regulan la *Ventanilla única* y la *Memoria anual* de forma análoga a la vigente Ley de Colegios Profesionales.

Pues bien, éstos y sólo estos servicios y funciones pueden ser financiados con las cuotas obligatorias u ordinarias de los colegiados que, no lo olvidemos, previsiblemente no superarán los 250 euros al año.

Ya sabemos que los Colegios mantienen otros servicios que no tienen la consideración de públicos, sino puramente privados para facilitar el ejercicio profesional de sus colegiados o para intervenir en la sociedad, que relaciona el Anteproyecto en su art. 30.3.

Por si hubiera aun alguna duda acerca del carácter que corresponde a los servicios de suscripción de seguros y de protección social —que se han planteado reiteradamente en la práctica—, el art. 47.6 las zanja taxativamente al disponer expresamente que “*la suscripción de seguros y la prestación de servicios de protección social complementaria a través de las corporaciones colegiales será en todo caso considerado servicio voluntario*”.

El Anteproyecto es claro en cuanto a que los servicios voluntarios o no obligatorios deberán financiarse con cargo a ingresos distintos de las cuotas, lo que parece implicar una evidente voluntariedad en la recepción de los servicios por parte de los colegiados, que deberán pagar el precio pertinente, con las consecuencias fiscales pertinentes. El art. 47.4 aclara que:

***“4. Las corporaciones podrán cobrar por los servicios voluntarios que decidan prestar. En ningún caso podrá obligarse al colegiado a contratar los servicios voluntarios de la corporación colegial”.***

Y para evitar malas interpretaciones, el apartado quinto del mismo art. 47 añade que “*las corporaciones deberán distinguir el importe de las cuotas desglosadas por concepto y por el tipo de servicio prestado*”.

Por último, las funciones de los Consejos Generales se recogen en el art. 34 del Anteproyecto, resultando financiadas todas ellas con las cuotas obligatorias colegiales, tal y como determina el ya visto art. 47.2, con la salvedad de la recogida en el apartado 2.g), que se refiere a “*organizar con carácter nacional instituciones y servicios de asistencia y previsión*”.

## 2. LAS CUOTAS COLEGIALES. NATURALEZA

En ésta, como en otras muchas materias relacionadas con el régimen jurídico de los Colegios, es preciso deslindar en qué ámbito nos encontramos. Es sabido que la especial naturaleza de los Colegios Profesionales implica necesariamente un régimen jurídico específico —como una suerte de islote en el ordenamiento jurídico (compartido con otras instituciones como las Cámaras de Comercio o las Federaciones deportivas)—, de carácter mixto, integrado por unas normas de carácter público y otras de carácter privado.

El régimen económico de los Colegios Profesionales comparte naturaleza con el de las asociaciones, esto es, se trata de un régimen de naturaleza fundamentalmente privada, al estar basado en el sostenimiento económico del Colegio por parte de sus miembros (colegiados), sin financiación propiamente pública salvo la que pueda corresponder vía subvenciones concretas para el desarrollo de actuaciones determinadas, como las que podría recibir cualquier otra asociación o entidad con o sin ánimo de lucro.

Los Colegios Profesionales gozan, por tanto, de autonomía financiera, principio que tiene reconocimiento en el antes citado art. 6.3. f) de la vigente Ley de Colegios Profesionales.

El régimen económico se integra fundamentalmente, en cuanto interesa a este informe, por dos tipos de actuaciones colegiales, como son las relativas al presupuesto colegial y, dentro del mismo en el lado de los ingresos, la fijación y cobro de las cuotas colegiales.

A.- En materia presupuestaria colegial, se viene reconociendo con carácter general por una consolidada doctrina del Tribunal Supremo que el presupuesto colegial, en cuanto a la procedencia y destino de las partidas de ingresos y gastos y a su cuantificación, no supone el ejercicio de actividad pública que esté sometida al Derecho administrativo, aunque de su ejecución dependa el funcionamiento del Colegio y la posibilidad de que se puedan ejercitar de modo efectivo las funciones de carácter público que le han sido atribuidas.

Esto es así porque —tal como recoge el Tribunal Constitucional en sus sentencias 20/1988, de 18 de febrero y 87/1989, de 11 de mayo— el carácter de Corporaciones públicas de los Colegios no logra oscurecer la naturaleza privada de sus fines y cometidos principales, quedando limitada su equiparación a las Administraciones públicas de carácter territorial “a los aspectos organizativos y competenciales en los que se concreta y singulariza la dimensión pública de los Colegios”. Puede citarse asimismo el contenido de

la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012 (que a su vez recoge el de, entre otras muchas, las sentencias de la Sala Tercera de 12 de noviembre de 2010 y 17 de junio de 2008):

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

Ahora bien, existen importantes excepciones que la práctica ha ido abriendo. Por una parte, sí constituye materia pública la referente a la formación de voluntad de los órganos colegiados, por lo que los acuerdos que aprueban el presupuesto y las cuentas sí podrían ser objeto de control por parte del orden contencioso-administrativo, pero ésta es una cuestión de carácter formal y procedimental.

En todo caso, partiendo de que el presupuesto se apruebe por órgano competente y de que el procedimiento de aprobación respete la normativa aplicable a la formación de voluntad del órgano, cualquier cuestión que quiera plantearse en relación con el contenido de dicha actuación colegial (posibles desfases, inclusión o no de determinadas partidas, así como su cuantía u otros) no es actuación que se pueda estimar inserta entre las actuaciones públicas sujetas al Derecho Administrativo, como es de necesaria concurrencia para que pueda ser enjuiciada por la jurisdicción contencioso administrativa (por todas, sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2006).

Para los Consejos Generales se aplican las mismas normas. De hecho, la mayor parte de las resoluciones judiciales se han dictado en relación con actuaciones presupuestarias de Consejos Generales. Lo sintetiza correctamente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (órgano especialmente relevante, tomando en consideración la competencia residual de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de estos Tribunales que prevé el artículo 10.1.m de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y que la mayor parte de Consejos Generales tienen su sede en Madrid) nº 434/2001, de 18 de abril, al afirmar que:

*“Partiendo de este esquema básico, la revisión jurisdiccional del Acuerdo impugnado ha de quedar limitada al examen de los presupuestos necesarios para la formación de voluntad de la Junta Plenaria reunida en sesión Ordinaria el 17 de diciembre de 1997, sin que, a juicio de esta Sala y Sección, quepa analizar el contenido del Acuerdo impugnada salvo que infringiera un precepto estatutario de naturaleza administrativa.*

*Rechazada, pues, esta causa de anulabilidad, es menester recordar a la recurrente que la aprobación —o no— de los Presupuestos del Consejo General de Colegios de Veterinarios de España es competencia de la Junta Plenaria, por lo que una vez constituida aquélla válidamente y adoptado el acuerdo con el quorum de asistencia y la mayoría exigible —extremos que no se cuestionan en este recurso—, todos los Colegios —incluidos los que hubieran discrepado del voto mayoritario— quedan vinculados por el Acuerdo sin que corresponda a este orden jurisdiccional entrar en el análisis de la suficiencia —o no— de su montante económico”.*

Sin perjuicio de la doctrina general, se encuentran sentencias en las que los órganos del orden jurisdiccional contencioso—administrativo entran a conocer no sólo de aspectos formales del presupuesto —esto es cuestiones relacionadas con el procedimiento de elaboración y aprobación—, sino de cuestiones materiales. Puede citarse como ejemplo la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, n° 828/2001 de 30 julio. A nuestro entender, el criterio seguido no es el correcto, al margen de lo que se pueda justificar con base en el principio de economía procesal, puesto que las cuestiones materiales no son prejudiciales respecto de las formales, ni viceversa. Por el contrario, la impugnación del presupuesto por unas y otras razones presenta una *causa petendi* completamente distinta que está en la base de la competencia de dos órdenes jurisdiccionales distintos.

**B.-** Las cuotas colegiales son, al menos con la Ley vigente, ingresos de derecho privado, sujetas al régimen de cuotas asociativas, sin que el carácter público de parte de los fines y su evidente afectación por la fijación, gestión y recaudación de las cuotas, haga que dichos ingresos puedan adquirir la consideración de ingresos de naturaleza jurídico-pública.

El pago de la cuota colegial constituye una obligación del colegiado derivada de su integración en el Colegio. Conviene recordar que, por una parte, el régimen económico-financiero de los Colegios Profesionales presenta un perfil íntegramente privado, sin que exista el control, tutela o fiscalización al que están sometidas las entidades cuyos ingresos son total o parcialmente de carácter público. Ni tan siquiera las previsiones del Anteproyecto sobre control de cuentas, tanto de carácter interno como externo, varían esta afirmación, tratándose en el caso del control externo de un control privado de auditoría de cuentas.

En consecuencia, las cuotas no constituyen exacciones públicas sometidas a los principios que rigen los ingresos de derecho público, incluyendo el principio de legalidad tributaria previsto en el artículo 133 de la Constitución. Esta tesis está arraigada en la jurisprudencia, que ya negaba tal consideración en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1981 y 16 de mayo de 1983 y en la más reciente y esclarecedora de 28 de febrero de 2011, que contiene las siguientes afirmaciones:

*“SEGUNDO. (...) Para analizar la cuestión litigiosa estamos obligados a determinar en la naturaleza jurídica de las cuotas colegiales, naturaleza que deriva de la especial singularidad de estos entes públicos que son los Colegios Profesionales. Al efecto recordemos que el art. 36 de la Constitución establece que «La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos», dando así soporte al reconocimiento de la existencia de la autonomía profesional que se organiza en la Ley de Colegios Profesionales a través de una organización colegial caracterizada por las notas propias de las corporaciones públicas sectoriales de base privada. Esta organización corporativa de las profesiones permite a la Ley atribuir a los organismos colegiales potestades públicas y una amplia autonomía normativa sin suprimir la base privada de sus componentes y de sus actividades en defensa de los intereses profesionales. Son por tanto entes cuya naturaleza es mixta con componentes de claro perfil público pero con una base de intereses privados. De ahí que la Administración Corporativa a la que pertenecen los Colegios Profesionales pueda calificarse de fronteriza entre los entes públicos y los entes privados.*

*Esta especial naturaleza de la Administración Corporativa también conlleva un específico régimen jurídico mixto, con normas reguladoras de Derecho Público y otras que necesariamente han de ser calificadas de privadas. La intervención del Estado sobre estos entes corporativos de base privada se inicia con su creación mediante un acto de imperio, por el que se publica en cierto modo el ejercicio de una determinada profesión, acto que, a su vez, le atribuye a la corporación profesional personalidad jurídico-pública con el fin de desempeñar funciones de interés general con carácter monopolístico que se encarga de controlar la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin perjuicio de ello, su función principal no es pública sino que tiene por fin esencial la gestión de aquellos intereses privativos de sus miembros que derivan del ejercicio de la profesión común, de suerte que, en este último caso, de suscitarse conflictos entre ellos, serán otras Jurisdicciones las encargadas de resolver sus controversias.*

*TERCERO. El Tribunal Constitucional no ha sido ajeno a esta caracterización específica, refiriéndose a ella en diversas ocasiones. Así, la STC de 18 de febrero de 1988 señaló: «Como ha declarado este Tribunal en anteriores ocasiones (STC 76/1983, de 5 de agosto, 23/1984, de 20 de febrero, y 123/1987, de 15 de julio), los Colegios profesionales son Corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero también atienden finalidades de interés público, en razón de las cuales se configuran legalmente 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 denominaciones obligatorias del propio legislador, el cual, por lo*

general, les atribuye asimismo el ejercicio de funciones propias de las Administraciones territoriales o permite a estas últimas recabar colaboración de aquéllas mediante delegaciones de competencias administrativas, lo que sitúa a tales Corporaciones bajo la dependencia o tutela de las citadas Administraciones territoriales titulares de las funciones o competencias ejercidas por aquéllas».

Esta Sala también ha declarado en su sentencia de 13 de marzo de 1987, la consideración de los colegios como corporaciones sectoriales de base privada, es decir, como grupos de personas asociadas en atención a una finalidad común y cuyo núcleo fundamental radica en la defensa de intereses privados, aunque sobre esta base privada se les encomienden funciones públicas, y ha reconocido que se produce un fenómeno de autoadministración, por cuya virtud tales colegios actúan como agentes descentralizados de la Administración Pública, ejerciendo facultades administrativas sobre sus propios miembros. Precisamente en los Colegios Profesionales destaca como elemento característico de su sujeción al Derecho Administrativo, aunque lo sea secundum quid, la obligatoriedad de pertenencia a los efectos del ejercicio de una determinada actividad profesional, característica que los diferencia de los sindicatos o de las asociaciones en los que la libertad de asociación o sindicación se manifiesta tanto en el derecho a crear cuantas organizaciones los ciudadanos deseen sobre un mismo grupo de personas y con idénticas finalidades, como el derecho a pertenecer a estas organizaciones y el derecho a no formar parte de ellas. El Tribunal Constitucional, en la sentencia 89/1989, de 11 de mayo, se pronunció sobre la posible vulneración del Derecho fundamental a la libre asociación de aquellas normas que exigen la adscripción obligatoria a los Colegios profesionales para poder ejercer cuanto que Corporaciones Públicas, están excluidos de la libertad de asociación en su aspecto negativo o libertad de no afiliarse y, en cierta forma, del aspecto positivo como es la libertad de crear o pertenecer a asociaciones sustancialmente iguales, exclusión que se justifica por la mención del art. 36 de la Constitución Española a las peculiaridades propias de los Colegios profesionales. Otra nota característica, diferenciadora de estas Corporaciones, es su carácter monopolístico. Frente al pluralismo de asociaciones y sindicatos, deducido de la libertad del art. 22 de la Constitución, las Corporaciones de Derecho público de base privada sólo admiten una organización corporativa para operar con determinadas finalidades.

Sin embargo, como ya anticipamos en el anterior fundamento, 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. Gozan, por tanto, de autonomía financiera, principio que tiene reconocimiento en el artículo 6.3. f) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, con arreglo al cual «Los estatutos generales regularán las siguientes materias: f) Régimen económico y financiero y fijación de cuotas y otras percepciones y forma de control de los gastos e inversiones para asegurar el cumplimiento de los fines colegiales».** A su vez, el apartado 4 añade que «Los Colegios elaborarán, asimismo, sus Estatutos particulares para regular su funcionamien-

to. Serán necesariamente aprobados por el Consejo General, siempre que estén de acuerdo con la presente Ley y con el estatuto general».

Desde esta perspectiva, **en cuanto al problema de la naturaleza jurídica de las cuotas colegiales, es preciso subrayar prima facie que tales cuotas no constituyen exacciones públicas** sometidas al principio de legalidad tributaria —art. 133 de la Constitución— afirmándolo así la jurisprudencia en diversas ocasiones (sentencias de 9 de diciembre de 1981 y 16 de mayo de 1983), **sino que constituyen obligaciones personales de los colegiados con la Corporación de la que forman parte, a lo que se añade que el régimen económico-financiero de los Colegios Profesionales, al que las cuotas colegiales sirven, ni es objeto de tutela pública ni sirve para garantizar, como destino principal, los derechos de los usuarios de los servicios profesionales, que es la finalidad última justificadora de la publicación de una actividad profesional determinada y de su garantía institucional.**

Finalmente, **el establecimiento o modificación de las cuotas colegiales no supone tampoco ejercicio de potestad pública alguna**, conferida por la ley, pues las potestades administrativas sólo se justifican en función de un interés público (“La Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales...”, ex art. 103.1 CE), interés que no debe confundirse con el propio de un determinado aparato administrativo que debe cubrir sus necesidades de funcionamiento, como es el Colegio Profesional, ni con **aquellos intereses privados de los colegiados que se administran a través de la corporación profesional, como puede ser la protección mutua y la asistencia social, ya que son precisamente estos fines —gastos de funcionamiento y mutualidad— los que vienen a sufragar las cuotas colegiales**, sufragio que no se produce cuando se trata de satisfacer intereses públicos por parte del Colegio, como es el caso paradigmático de la asistencia jurídica gratuita (...).

En definitiva, como acertadamente señaló la Sala de instancia, no estamos en presencia de actos sujetos al Derecho Administrativo, sin que sea obstáculo a esta conclusión el hecho de que los Acuerdos impugnados tengan la consideración de disposiciones generales, pues el carácter singular o plural de los destinatarios de un determinado acto o su carácter innovador no altera su naturaleza a estos efectos, lo que resulta obvio si tenemos en cuenta que las asociaciones de base privada o los sindicatos también aprueban a través de sus órganos de gobierno disposiciones generales de régimen interno relativas a su régimen económico-financiero sin que por ello esa actividad quede sujeta a este Orden Jurisdiccional”.

De esta Sentencia se extrae que los actos de establecimiento o modificación de las cuotas colegiales no suponen ejercicio de potestad pública de tipo alguno, puesto que el ejercicio de las potestades administrativas sólo está justificado en función del interés público, por lo que se ha apreciado que en dicha determinación e imposición de cuotas ningún interés público concurre (también en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2012).

No obstante, el carácter privado de los actos de fijación de cuotas no ha sido una cuestión siempre pacífica, pues si nos remontamos a alguna sentencia antigua se puede apreciar que reconocían la competencia del orden contencioso-administrativo para controlar dicha actuación de los Colegios

Profesionales. Y así, en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1987, a pesar de que declara que las cuotas no tienen la consideración de ingreso público, entra a conocer de la actuación colegial de fijación de cuotas, simplemente dando por hecho que tienen una vinculación directa con la ejecución de los fines del Colegio:

*“...en cuanto al interesante problema de la naturaleza jurídica de las cuotas colegiales, será de señalar que la doctrina mayoritaria entiende que tales cuotas no constituyen exacciones públicas sometidas al principio de la legalidad tributaria —art. 133 de la Constitución—.*

*Puesto que también la jurisprudencia, complemento del ordenamiento jurídico —art. 1.6 del Código civil—, ha mantenido dicha tesis —así, sentencias de 9 de diciembre de 198 y 16 de mayo de 1983— no resultará necesario un más detenido examen del tema —principio de la unidad de doctrina, art. 102, b) de la Ley jurisdiccional y de igualdad en la aplicación de la Ley, sentencia del Tribunal Constitucional 125/1986, de 22 de octubre, entre otras muchas—”.*

*El problema de fondo planteado en estos autos es el de determinar si los Colegios profesionales, a la hora de fijar las cuotas, pueden tener o no en cuenta los ingresos percibidos por algunos colegiados como funcionarios públicos.*

*El punto de partida para la búsqueda de la solución ha de ser el art. 6.º, 3, f) de la Ley 2/74 que prevé la fijación de cuotas «para asegurar el cumplimiento de los fines colegiales». Se establece así una íntima conexión entre los conceptos «cuotas» y «fines colegiales». Aquéllas han de servir para la realización de éstos; si no, no estarían justificadas. Pero al propio tiempo aquéllas han de estar basadas en elementos afectados por los fines colegiales, pues en otro caso carecerían de fundamento.*

*Más concretamente, si para fijar las cuotas se atiende a los ingresos de los colegiados, está claro que no cualquier ingreso, cualquiera que sea su origen, podrá ser tenido en cuenta, sino únicamente aquellos que deriven de actividades profesionales y más precisamente de actividades profesionales amparadas o defendidas por el Colegio al realizar sus fines.*

*Allí donde terminen las actividades cubiertas por estos fines, o lo que es lo mismo, allí donde acaba la competencia colegial, terminan también las facultades del Colegio para contemplar ingresos de los colegiados a fin de computarlos en la cuantificación de las cuotas (...).”*

Por el contrario, en casos recogidos por la jurisprudencia reciente (sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de febrero y de 7 de marzo de 2011), los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo inadmiten a trámite el recurso contencioso-administrativo planteado contra el Acuerdo adoptado por la Junta General Extraordinaria del Colegio de Procuradores de Vizcaya aprobando una nueva escala de cuota variable con base en los siguientes fundamentos:

*“A) La sujeción al Derecho Administrativo de los actos y disposiciones dimanantes del Colegio de Procuradores de Vizcaya se producirá cuando se dicten en el ejercicio de funciones públicas, sin que las medidas internas adoptadas para su financiación tengan esta consideración.*

B) Constituyen fines privados de los Colegios profesionales los relativos a la protección mutua, y la asistencia social de sus miembros y su familia, así como el presupuesto y la aprobación de cuentas necesarios para su funcionamiento.

C) Concretamente, la materia relativa a la fijación mediante escalas de las cuotas de los Procuradores colegiados que han de financiar el Colegio profesional, precisamente por ostentar esa caracterización de medidas financieras, económicas y presupuestarias internas quedan excluidas y no se cuentan entre las materias en las que característicamente el Colegio actúa o ejerce funciones públicas, como el régimen de colegiación obligatoria, el disciplinario, o la elección de sus órganos rectores, entre otros.

D) El artículo 49 de la Ley 18/1997, de 21 de noviembre, de Colegios y Consejos Profesionales del País Vasco, excluye expresamente del ámbito del Derecho Administrativo el patrimonio, la contratación y cualquier otro extremo correspondiente a materias propias de la hacienda de los colegios profesionales, que se regirán por el Derecho privado”.

Consecuencia de ello es que los actos colegiales de determinación y fijación de las cuotas colegiales o los criterios determinantes de las mismas son actos sometidos al Derecho privado y, en consecuencia, deben ser controlados en el correspondiente proceso civil por los órganos de ese orden jurisdiccional.

Esta consideración no tiene por qué variar conceptualmente si el Anteproyecto ve la luz, pero seguramente se volverán a plantear las mismas cuestiones al vincularse en ese texto con meridiana claridad cuota ordinaria u obligatoria con financiación de funciones y servicios públicos de los Colegios.

En el ámbito de los Consejos Generales hay que realizar alguna matización puesto que su particular naturaleza implica que la función establecida en el art. 9.1.h) de la Ley de Colegios Profesionales (“aprobar sus presupuestos y regular y fijar equitativamente las aportaciones de los Colegios”) se aparte un tanto de lo recogido para el ámbito de los Colegios. En efecto, los Consejos Generales son Corporaciones de Derecho Público pero, al contrario de lo que sucede con los Colegios, la composición e integración en el Consejo viene determinada por su Ley de creación y Estatutos, no por una decisión privada —aunque obligada si se quiere ejercer determinada profesión—.

Consecuencia de ello es la corriente consolidada que establece que las cuestiones atinentes a las cuotas del Consejo General son competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pudiendo citarse las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de marzo, 8 de abril y 2 y 3 de junio de 2009 y de 27 de septiembre de 2002.

Siguiendo dicha tesis, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo n° 251/2010, de 28 de abril, dictada en un proceso típico de esa patología usualmente denominada *peregrinar jurisdiccional*, con intervenciones repetidas del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial; el alto Tribunal fundamenta la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y la declaración de incompetencia de la jurisdicción civil por corresponder el asunto al orden jurisdiccional contencioso-administrativo en las siguientes consideraciones:

*“(...) se trata de instituciones [en referencia a los Consejos Generales] consideradas como corporaciones de Derecho público y las reclamaciones de cuotas correspondientes a las distintas anualidades deben calificarse como actuaciones administrativas, atendida su aceptación en Asambleas Generales, expresivas de la voluntad colegial, que aprobaron los presupuestos de ingresos y gastos para dichas anualidades, así como las actividades llevadas a cabo en el ámbito de la gestión pública referente a la demanda y requerimiento de abono de las cuotas impagadas que se reclaman.*

*B) En el proceso del que dimana el presente recurso, se formula una reclamación por el Consejo General de Colegios de Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados en Enfermería frente al Colegio Oficial de Diplomados en Enfermería de Alicante, en reclamación de las cuotas ordinarias correspondientes a los años 1991 y 1992, fijadas anualmente por aquél a través de sus órganos correspondientes. Estamos en presencia del requerimiento de aportaciones derivadas de actuaciones administrativas, como igualmente lo es el requerimiento de abono de derramas por prestaciones. Por tanto **es competente para conocer el orden jurisdiccional contencioso-administrativo porque dichos actos y disposiciones de la citada Corporación han sido adoptados en el ejercicio de funciones públicas (artículo 2.c Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa), a lo que debe añadirse que, en caso de que la actuación de aprobación de tales aportaciones y derramas se impugnara ante el orden contencioso-administrativo, lo que se resolviera en la jurisdicción civil sobre la reclamación de estos conceptos podría entrar en contradicción con lo resuelto sobre la fijación de los mismos en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa”.***

En cualquier caso, conviene hacer una última precisión sobre las cuotas establecidas por los Consejos Generales y que satisfacen los Colegios, como es que se trata de una manifestación de la relación entre dos personas jurídicas de Derecho público. En estos casos, el Tribunal Supremo se ha mostrado dispuesto a controlar no sólo el procedimiento de formación de voluntad del órgano que las aprueba, sino también la equidad o carácter equitativo de las fijadas, sobre lo que volveremos seguidamente.

### 3. LA LIMITACIÓN CUANTITATIVA DE LAS CUOTAS OBLIGATORIAS EN EL ANTEPROYECTO: ALCANCE

Los abogados y otros profesionales se colegian en un Colegio. Esta afirmación puede parecer una obviedad, pero tiene su importancia. Los Colegios son asociaciones de régimen especial cuya base personal son los profesionales. Desde nuestro punto de vista, los profesionales personas físicas son estrictamente los únicos colegiados; y los profesionales personas jurídicas (sociedades profesionales) se asimilan a aquéllos. Pero incluso para quienes defienden que las sociedades profesionales son también colegiados, el razonamiento resulta igualmente válido. Lo importante es que nos encontramos ante asociaciones de primer grado.

Sin embargo, los Consejos Generales (y los Consejos Autonómicos) son Corporaciones o asociaciones de régimen especial de segundo grado, en las que se integran los Colegios profesionales, pero no los profesionales directamente.

Estas afirmaciones valen tanto para la Ley vigente como para el Anteproyecto. Lo expuesto tiene su traducción normativa en éste último cuando se refiere al régimen económico de los Consejos Generales en el art. 34.2.j), conforme al cual será función exclusiva de los Consejos Generales *“aprobar sus presupuestos y regular y fijar equitativamente las aportaciones de las corporaciones colegiales”*. En consecuencia, los Consejos Generales no pueden exigir, al menos en principio, cuota alguna a los profesionales colegiados en los Colegios que en él se integran, sino que las aportaciones para su financiación corresponde satisfacerlas a los Colegios.

Los Consejos Generales han fijado tradicionalmente esas aportaciones de formas diversas. Probablemente los criterios más habituales para son los que toman como referencia al número de colegiados de cada Colegio y que se vienen identificando como *«por colegiado y mes»* o *«de acuerdo con el número de colegiados de que disponga cada colegio»*, a los que se refiere el Tribunal Supremo, por ejemplo, en sus varias sentencias de 4 de abril de 2004, en las que afirma lo siguiente:

*“VIGESIMOPRIMERO. Régimen Económico de la Organización Colegial*

*La parte recurrente plantea la nulidad del régimen económico fijado en el artículo 45, pues el Consejo no puede suspender los derechos participativos de forma automática, y el Consejo General no puede fijar las aportaciones de los colegios sin tener en cuenta las competencias de los consejos autonómicos y las competencias residuales que tiene el Consejo General, dado que los colegios catalanes únicamente pueden aportar, sin contravenir la Ley autonómica, aquello que fijen por medio de pacto singular.*

*Las razones expresadas en el fundamento DECIMOSEXTO no son aplicables al inciso «con carácter general y obligatorio para todos los colegios de España» del artículo 45, párrafo primero, puesto que este precepto se refiere a las aportaciones de los colegios y no de los colegiados. Con arreglo a la jurisprudencia ya citada de esta Sala (fundamento DECIMOSEXTO) los Consejos Generales pueden fijar obligatoriamente las aportaciones de los colegios, como se infiere de las facultades que les reconoce la Ley de Colegios Profesionales estatal, en consonancia con su carácter de corporaciones de Derecho público en las que se integran los colegios, por las razones expresadas en el fundamento DECIMOSÉPTIMO, de las que hemos extraído la consecuencia del carácter preferente del derecho de participación de los colegios frente a la posible adopción de eventuales medidas para hacer efectivas las aportaciones pendientes...*

*... El criterio de fijar las aportaciones «por colegiado y mes» o «de acuerdo con el número de colegiados de que disponga cada colegio» constituye un procedimiento adecuado, entre los diversos posibles, para la fijación de las aportaciones, en cuanto el número de colegiados es un elemento revelador de la importancia del colegio y de la amplitud con que puede hacer uso de los servicios del Consejo General. Por lo demás, esta cláusula solamente comporta un criterio de cómputo, pero no impide establecer cuotas distintas en relación con los distintos colegios, fijada con arreglo a aquel criterio. En consecuencia, no se opone al principio de equidad en la fijación de las cuotas, tal como ha sido definido por la jurisprudencia en aplicación de la Ley de Colegios Profesionales. La referencia a todos los colegios de España se refiere al carácter obligatorio de las aportaciones, pero no significa que las aportaciones deban ser iguales para todos'.*

El Tribunal Supremo afirma que la fijación de cuotas atendiendo al número de colegiados en cada Colegio es un criterio adecuado, pero que ello no implica que todas las cuotas tengan que ser iguales. Ahora bien, las mismas sí pueden ser iguales si los servicios que presta el Consejo son sustancialmente iguales con respecto a los diferentes Colegios o en el ámbito de éstos. Por consiguiente, el reparto sería así equitativo, tal y como exige el art. 9.1.h) de la vigente Ley de Colegios Profesionales. Ese criterio de la equidad es el esencial en la Ley vigente y se reproduce en el art. 34.2.j) del Anteproyecto, antes transcrito (*“regular y fijar equitativamente las aportaciones”*), constituyendo un parámetro imprescindible que permite un adecuado control judicial.

Así las cosas, tratándose de funciones y servicios públicos, está claro que los colegiados financian con sus cuotas obligatorias al Colegio y es éste —y no los colegiados— quien financia al Consejo General, si bien lo hará con parte del importe de las cuotas que paguen los colegiados. Lo mismo vale para los Consejos Autonómicos.

La traducción de este principio en el Anteproyecto aparece clara y concisa en el primer párrafo del art. 47.2:

*“Los colegiados estarán obligados al pago de las cuotas necesarias para el sostenimiento de las funciones públicas y los servicios obligatorios que ha de prestar el Colegio Profesional y, cuando proceda, las funciones del Consejo General, previstas*

***en el artículo 34, salvo la establecida en el párrafo g) del apartado 2, y las funciones que la normativa autonómica establezca para el Consejo Autonómico, incluidos los medios humanos y materiales necesarios para llevarlos a cabo”.***

Ya hemos visto anteriormente que todas las funciones de los Consejos Generales serán financiadas con las cuotas obligatorias colegiales, con una sola salvedad que es la de “organizar con carácter nacional instituciones y servicios de asistencia y previsión” (art. 34.2.g). El Anteproyecto es claro en cuanto a la consideración de las actuaciones o servicios relacionados con la asistencia, previsión o protección social complementaria como de carácter no público o privado y, en consecuencia, voluntario para los colegiados. Por eso prevé también su art. 47.6, en cuanto se refiere a los Colegios, que “La suscripción de seguros y la prestación de servicios de protección social complementaria a través de las corporaciones colegiales será en todo caso considerado servicio voluntario”.

El Anteproyecto determina que los servicios voluntarios o no obligatorios deberán financiarse con cargo a ingresos distintos de las cuotas, lo que implica una evidente voluntariedad también en la recepción de los servicios por parte de los colegiados, que deberán pagar el precio pertinente con independencia de cómo se denomine, esto es, cuota voluntaria, cuota extraordinaria, contraprestación, precio, retribución o cualquier otro análogo. Ya hemos visto antes el contenido de los apartados 4º y 5º del art. 47.

Exactamente lo mismo ocurrirá con los Consejos Generales, cuyas funciones públicas naturales se han de financiar por los Colegios con el dinero que obtengan de las cuotas obligatorias, pero quedando fuera en todo caso cuanto se relacione con las actuaciones de asistencia y previsión, que serán financiadas con aportaciones distintas de la cuota obligatoria y, en consecuencia, voluntarias. Lo mismo ocurrirá con otros eventuales servicios no incluidos en el art. 34 del Anteproyecto, que deberán ser financiados de forma separada y especial, no pudiendo aplicarse para ello las aportaciones de los Colegios que sean consecuencia de la recaudación de cuotas obligatorias.

Como resumen de todo lo expuesto, *los Colegios resultan ser los únicos recaudadores de cuotas obligatorias y con lo obtenido se financiarán las funciones públicas y los servicios obligatorios que ha de prestar el Colegio Profesional, las funciones del Consejo General previstas en el artículo 34 (salvo la establecida en el apartado 2.g) y las funciones que la normativa autonómica establezca para el Consejo Autonómico, incluidos los medios humanos y materiales necesarios para llevarlos a cabo.*

Los Consejos Generales y Autonómicos fijarán así las aportaciones que deban hacer los Colegios teniendo en cuenta la situación legal descrita y también considerando que, con arreglo a la disposición adicional 11ª del Anteproyecto, la cuota obligatoria que debe pagar cada colegiado no podrá superar en principio los 250 euros por año.

Ahora bien, la propia disposición configura esta limitación como subsidiaria, ya que los órganos representativos de los Colegios pueden acordar otra cosa. La Junta o Asamblea General podrá aumentar esta cantidad cumpliendo los mismos requisitos que el art. 47.2 exige para fijar la cuota obligatoria con carácter general (lo que carece de sentido jurídico, imponiendo además una mayoría cualificada cuya no obtención puede implicar la paralización del Colegio). Se trata de los siguientes:

- a) que el incremento se apruebe por una mayoría de tres quintos de los colegiados presentes y representados, y
- b) que la convocatoria de la Junta o Asamblea General que vaya a debatir y, eventualmente, aprobar el aumento de la cuota se produzca al menos con veinte días hábiles de antelación, remitiéndose en la convocatoria a los colegiados la propuesta motivada de modificación de la cuota colegial.

En cualquier caso, lo cierto es que conociendo los niveles de asistencia a las Juntas generales no parece en principio muy difícil que las Juntas de Gobierno logren sacar adelante acuerdos de fijación de cuotas obligatorias superiores a los 250 euros cuando así les parezca preciso y sea en verdad necesario para acometer todas las funciones y servicios que el Anteproyecto encomienda a la Organización colegial.

En otro caso, esto es, si no resulta factible —por las razones que sea— superar el límite normativo de 250 euros, veremos cómo muchos Colegios de Abogados deberán replantear sus estructuras y formas de gestión. La necesidad de actuar siguiendo criterios o principios de eficacia, eficiencia y economía llevará sin duda a un mayor protagonismo de las entidades corporativas *supracolegiales* en el futuro inmediato.

Con base en lo expuesto y en el objeto del presente Informe, podemos sentar la siguiente

#### 4. CONCLUSIÓN

De aprobarse el Anteproyecto con su actual redacción, las cuotas obligatorias de los Colegios financiarán conjuntamente las funciones públicas

y los servicios obligatorios que ha de prestar el Colegio Profesional, las funciones del Consejo General previstas en el artículo 34 (salvo la establecida en el apartado 2.g) y las funciones que la normativa autonómica establezca para el Consejo Autonómico, incluidos los medios humanos y materiales necesarios para llevarlos a cabo.

Las citadas cuotas obligatorias vienen afectadas por la disposición adicional 11<sup>a</sup> del Anteproyecto, que establece su límite máximo para cada colegiado en 250 euros por año. En consecuencia, en este límite deben entenderse comprendidas las cantidades que el Colegio necesite para financiar a los Consejos Generales y Autonómicos, en la forma descrita en el párrafo anterior.

El límite de 250 euros por colegiado al año podría superarse por los Colegios siguiendo el procedimiento y cumpliendo los requisitos que la propia disposición adicional 11<sup>a</sup> establece.



# **Funciones que se atribuyen a los Colegios Profesionales y Consejos de Colegios en el anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales**

*(Informe 10/2014)*

## **1. OBJETO DEL INFORME**

Es objeto de informe el análisis del Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales, en su versión de 20 de Diciembre de 2013 que ha sido sometida a Dictamen del Consejo de Estado (en adelante también “el Anteproyecto” o el ALSCP). En particular, es objeto de este informe el examen de las funciones que en dicho texto se atribuyen a los Colegios Profesionales, y a los Consejos Generales de Colegios, y su clasificación, haciendo referencia a su diferencia con lo previsto en el texto hoy vigente de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (en adelante también la Ley de Colegios Profesionales o la ley de 1974).

## **2. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES EN EL ANTEPROYECTO. SUS FINES ESENCIALES**

El ALSCP define los Colegios Profesionales del mismo modo que lo hace la redacción vigente de la Ley de 1974, y le atribuye los mismos fines esenciales, aunque retocando la redacción para referirse a la protección de los intereses de los consumidores y usuarios antes de referirse a la defensa de los intereses profesionales de los colegiados.

En este sentido, el art. 23 del Anteproyecto, con el que comienza la regulación de los Colegios Profesionales, dispone, bajo la rúbrica “*Definición y fines de los Colegios Profesionales*” (de manera casi idéntica al art. 1 de la Ley de 1974) que:

*“1. Los Colegios Profesionales son corporaciones de derecho público reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines*

*2. 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 protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados, y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcionarial”*

En definitiva, los Colegios se consideran en el Anteproyecto del mismo modo que lo hace la jurisprudencia constitucional (SSTC 76/1983, 23/1984, 123/1987 y 89/1989), como formas de personificación *“cuyo origen, organización y funciones no depende sólo de la voluntad de los asociados sino también, y en primer término, de las determinaciones obligatorias del propio legislador, el cual, por lo general, les atribuye, asimismo, el ejercicio de funciones propias de las Administraciones territoriales titulares de las funciones o competencias ejercidas por aquellas”*.

Así, como señala la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto, el texto sigue considerando a los Colegios Profesionales como corporaciones de derecho público que *“aun siendo entidades de base asociativa privada, ejercen determinadas funciones públicas delegadas por la ley, y que tan sólo se justifican en función de un interés público”*<sup>1</sup>.

Por tanto, la definición de estas corporaciones no se modifica, aunque apunte el Dictamen del Consejo de Estado que los Colegios cambian respecto de lo previsto en la Ley de 1974 porque *“la visión no es ya la de la simple representación de intereses profesionales, como figuraba en la vigente LCP, sino un amplio abanico de funciones”*, algunas con la estricta consideración de “funciones públicas” y otras no.

Por otro lado, el Anteproyecto diferencia entre las entidades corporativas de colegiación obligatoria y de colegiación voluntaria, y atribuye algunos fines sólo a las primeras (como la representación institucional exclusiva de las profesiones cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, que señala el art. 23 arriba transcrito), o les impone la necesidad de que su creación sea mediante Ley (art. 24) o la sumisión a las reglas del art. 25 para decidir sobre la colegiación

---

<sup>1</sup> Quizás, como dice el voto particular al Dictamen del Consejo de Estado, emitido por el Consejero Sr. Herrero y Rodríguez de Miñón, tal expresión adolece de defecto técnico por considerar como “delegadas” funciones públicas de los colegios cuando son “atribuidas” por ley, según dice expresamente el Tribunal Constitucional (sentencia 89/1989, FJ 4º). Por ello, como precisa en otro lugar la propia Memoria del Anteproyecto, habrían de considerarse *“delegadas en el sentido de tratarse en origen de funciones que no serían propias de una corporación de base asociativa privada, pero que en aras de determinados intereses públicos, se hayan otorgado por la ley”*. En este sentido, constituyen entidades de base asociativa privada que ejercen determinadas funciones públicas delegadas por la Ley.

obligatoria. Sin embargo, a la hora de atribuir funciones a una o a otra corporación, el Anteproyecto no diferencia, salvo matices, entre corporaciones de colegiación obligatoria o voluntaria ni, en particular, diferencia entre uno u otro tipo de Colegio cuando enumera, en el art. 30, las “funciones públicas”.

### 3. LA CLASIFICACIÓN DE LAS DISTINTAS FUNCIONES DE LOS COLEGIOS Y CONSEJOS GENERALES DE COLEGIOS QUE CONTEMPLA EL ANTEPROYECTO

Las funciones y servicios que el ALSCP atribuye a los Colegios Profesionales, y a los Consejos Generales de Colegios, no son muy distintas de las que (tras la reforma operada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre) les atribuye el texto de la vigente Ley de Colegios Profesionales de 1974.

En efecto, aunque, como dice la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto, “*se han eliminado aquellas funciones que ya no resultaban pertinentes por obsoletas y se han introducido nuevas funciones de los colegios en coherencia con su funcionamiento actual y las obligaciones previstas*” en el Anteproyecto, la comparación de ambos textos permite comprobar que son pocas las funciones de los Colegios Profesionales que recoge la vigente Ley de 1974 y que no aparezcan en el Anteproyecto, como son pocas las funciones recogidas en el Anteproyecto que no estuvieran ya en la vigente Ley.

En concreto, respecto a las funciones de los Colegios Profesionales que contempla el art. 5 de la Ley de 1974 (tras la reforma de 2009), no aparecen en el Anteproyecto (aunque tampoco se prohíben expresamente en su articulado) las funciones de:

- Estar representados en los Patronatos Universitarios, (apartado e) del art. 5 de la Ley de 1974),
- Facilitar a los Tribunales, conforme a las leyes, la relación de colegiados que pudieran ser requeridos para intervenir como peritos en los asuntos judiciales o designarlos por sí mismos, según proceda (apartado h) del art. 5 de la Ley de 1974)<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> La supresión de esta función de los Colegios se ha de poner en relación con el hecho de que el Anteproyecto contemple la creación de un Registro de peritos judiciales que dependerá del Ministerio de Justicia.

- Procurar la armonía y colaboración entre los colegiados, impidiendo la competencia desleal entre los mismos (apartado k) del art. 5 de la Ley de 1974)
- Encargarse del cobro de las percepciones, remuneraciones u honorarios profesionales cuando el colegiado lo solicite libre y expresamente, en los casos en que el Colegio tenga creados los servicios adecuados y en las condiciones que se determinen en los Estatutos de cada Colegio (apartado p) del art. 5 de la Ley de 1974)
- Facilitar la solución de los problemas de vivienda a los colegiados, a cuyo efecto participarán en los Patronatos oficiales que para cada profesión cree el Ministerio de la Vivienda (apartado s) del art. 5 de la Ley de 1974)

Respecto de las funciones que se han recogido expresamente en el Anteproyecto y que no están contempladas en la Ley de 1974 hoy vigente, debe señalarse que en muchas ocasiones no son realmente nuevas funciones o servicios sino reformulación o nueva redacción de las que ya se atribuían a los Colegios Profesionales. Tales funciones son “facilitar a las Administraciones Públicas, conforme a la normativa aplicable, cuanta información les sea requerida en relación a sus colegiados y al funcionamiento del Colegio” (prevista en el art. 30.1.b) del Anteproyecto y que no supone modificación importante por hacerse depender a su vez de la “normativa aplicable”), o “mantener permanente contacto con los centros docentes correspondientes a las profesiones respectivas y preparar la información necesaria para facilitar el acceso la vida profesional de los nuevos profesionales” (prevista en el art. 30.3.a) del Anteproyecto y que coincide parcialmente con lo previsto en el apartado f) del Art. 5 de la Ley de 1974).

En relación a los Consejos Generales (y, según los casos, a los Colegios Profesionales de ámbito estatal) se han introducido nuevas funciones de especial importancia, como “garantizar la aplicación de un código deontológico único para la profesión” (art. 34.2.d) del Anteproyecto), “desarrollar y mantener esquemas de certificación voluntaria para la actividad profesional o profesión” (contemplada en el art. 34.2.h) y en el art. 53 del Anteproyecto), “contribuir a la protección de los consumidores y usuarios y velar porque los colegios realicen funciones que puedan redundar en beneficio de los mismos” (art. 34.3 párrafo e) del Anteproyecto) o informar con carácter preceptivo todos aquellos procedimientos sancionadores o disciplinarios que puedan suponer la expulsión del profesional del Cole-

gio o la suspensión del ejercicio profesional y que pongan fin a la vía administrativa (según contempla el art 34.6 del Anteproyecto)<sup>3</sup>.

Donde radica la diferencia entre la Ley vigente de Colegios Profesionales y el texto del Anteproyecto es en el intento de este último de, como dice la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, “*separar claramente aquellas funciones sujetas al régimen administrativo*” y, habría de añadirse, en que ha tratado también de separar las funciones cuyo ejercicio da lugar a actos susceptibles de impugnación en vía contencioso administrativa (art. 30.1) y las funciones que han de considerarse para determinar la inactividad o mal funcionamiento de los Colegios Profesionales que legitiman la intervención administrativa de control (art. 37) y las funciones y servicios a cuyo sostenimiento debe responder la cuota colegial obligatoria (art. 47).

A estos efectos, el Anteproyecto utiliza los términos “*funciones públicas*” para referirse, en el art. 30.2, a las funciones de los Colegios Profesionales relacionadas en el art. 30.1; utiliza los términos “*funciones públicas y servicios obligatorios*” para referirse, en el art. 37.1, a las funciones de los Colegios Profesionales previstos en los art. 30.1, 31, 32, 43 y 44; y utiliza, otra vez, los términos “*funciones públicas y servicios obligatorios*” para referirse a las funciones de los Colegios Profesionales previstos en los mismos art. 30.1, 31, 32, 43 y 44 (junto con la mayor parte de las funciones de los Consejos Generales previstas en el art, 34 y con las funciones de los Consejos Autonómicos que les atribuyan las normas de las Comunidades Autónomas correspondientes).

En efecto, el texto del Anteproyecto se encarga de precisar cuáles son funciones públicas a los efectos de aclarar en el art. 30.2 que si su ejercicio da lugar a una actuación susceptible de impugnación ésta se haga conforme a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y se encarga de precisar cuáles son las funciones públicas y servicios obligatorios a los efectos de (ii) lo previsto el art. 37.1, que se refiere a la intervención de la Administración pública para ejercer determinadas funciones de control sobre los Colegios Profesionales, y de (iii) lo previsto en el art. 47.2 que se

---

<sup>3</sup> El art. 9, apartados m) y n) de la Ley de 1974 atribuía también a los Consejos Generales las funciones de: “m) *tratar de conseguir el mayor nivel de empleo de los colegiados, colaborando con la Administración en la medida que resulte necesario*” y “n) *Adoptar las medidas que estime conveniente para completar provisionalmente con los colegiados mas antiguos las Juntas de Gobierno de los Colegios cuando se produzcan vacantes de mas de la mitad de los cargos de aquéllas. La Junta provisional, así constituida, ejercerá sus funciones hasta que tomen posesión los designados en virtud de elección, que se celebrará conforme a las disposiciones estatutarias*”

refiere a las funciones que han de considerarse para determinar las necesidades a cuyo sostenimiento debe responder la cuota colegial obligatoria.

De este modo, está claro que las funciones previstas en el art. 30.1 son funciones públicas de los Colegios Profesionales y que las funciones de los art. 30.1, 31, 32, 43 y 44 son las únicas funciones públicas y servicios obligatorios a efectos del art. 37.1 y 47.2 (respecto de este último, también las funciones de los Consejos Generales de Colegios del art. 34 con la excepción que se dirá, y las de los Consejos Autonómicos a las que se hará referencia). Se trata por tanto de una clasificación útil a los efectos de los art 30.2, 37 y 47, pero del articulado del Anteproyecto se deduce que hay otras funciones públicas de los Colegios Profesionales (como las que el art. 34 atribuye a los Colegios Profesionales de ámbito territorial nacional) y otras funciones y servicios obligatorios (a los que se hará referencia en este informe) aunque no tengan la consideración de “funciones públicas”, ni “servicios obligatorios”, a los efectos de los ya varias veces citados art. 37 y 47 del Anteproyecto.

#### **4. LAS FUNCIONES PÚBLICAS Y SERVICIOS DE LAS CORPORACIONES COLEGIALES A LOS EFECTOS DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA DE CONTROL (art. 37.1) Y A EFECTOS DE FIJAR LA CUOTA COLEGIAL (art. 47.2)**

Los art. 37.1 y 47.2 del Anteproyecto son claros, cada uno de ellos, sobre cuáles son las funciones y servicios (que llaman “*funciones públicas y servicios obligatorios*”), que han de considerarse a los efectos de lo regulado en cada uno de los artículos.

Conforme al art. 37.1, las “*funciones públicas y servicios obligatorios*” de los Colegios Profesionales establecidos en los art. 30.1, 31, 32, 43 y 44 son las únicas funciones o servicios que, en caso de verse afectados por la inactividad o mal funcionamiento del Colegio, determinarán la intervención de la Administración pública para ejercer las funciones de control sobre el Colegio que el Anteproyecto prevé. En efecto, conforme al art 37.1 del Anteproyecto:

*“En caso de que existan indicios de inactividad o mal funcionamiento grave y reiterado de los Colegios Profesionales que afecten de forma grave y reiterada al ejercicio de las funciones públicas y de los servicios obligatorios establecidos en los artículos 30.1, 31, 32, 43 y 44, la Administración Pública competente, según lo previsto en el artículo 36, requerirá fehacientemente al Presidente o Decano del Colegio correspondiente para que en el plazo de quince días hábiles justifique las causas de tales incumplimientos.”*

Por su parte, conforme al art. 47.2, las funciones y servicios de los Colegios Profesionales, las funciones de los Consejos Generales y Colegios Autonómicos, que han de considerarse a efectos de determinar las necesidades que deben satisfacerse con la cuota colegial son las “funciones públicas y servicios obligatorios” de los Colegios establecidos en los art. 30.1, 31, 32, 43 y 44 (salvo el visado cuando no sea preceptivo); las funciones de los Consejos Generales establecidas en el art. 34, salvo la prevista en el párrafo g) del art. 30.2; y las funciones que la normativa autonómica establezca para el Consejo Autónomo. En efecto, dispone el art. 47.2 que:

*“Los colegiados estarán obligados al pago de las cuotas necesarias para el sostenimiento de las funciones públicas y los servicios obligatorios que ha de prestar el Colegio Profesional y, cuando proceda, las funciones del Consejo General, previstas en el artículo 34, salvo la establecida en el párrafo g) del apartado 2, y las funciones que la normativa autonómica establezca para el Consejo Autónomo, incluidos los medios humanos y materiales necesarios para llevarlos a cabo.*

*Las funciones públicas y los servicios obligatorios de los Colegios son los previstos en los artículos 30.1, 31, 32, 43 y 44. En relación al visado, sólo se entenderá como servicio obligatorio cuando sea preceptivo.”*

De este modo, en las enumeraciones de las funciones y servicios que realizan los art. 37.1 y 47.2 se diferencian: en que mientras el art. 47.2 excluye el servicio de visado cuando no sea preceptivo, el art. 37.1 no hace exclusión alguna; y en que el art. 47.2 se refiere no sólo a las funciones de los Colegios Profesionales, sino también a las funciones de los Consejos Generales, y a las funciones de los Consejos Autonómicos.

Por otro lado, ninguno de los dos, ni el art. 37.1 ni el art. 47.2, hacen específica referencia a las funciones de los Colegios Profesionales cuyo ámbito territorial se extienda a todo el territorio nacional, contempladas en el art. 34.

Pues bien, se pasa seguidamente a examinar cada una de las funciones a las que se refieren los art. 37.1 y 47.2:

#### **4.1. Las “funciones públicas y los servicios obligatorios” de los Colegios Profesionales contemplados tanto en el art. 37.1 como en el art. 47.2**

Como se ha dicho, conforme a los art. 37.1 y 47.2, son “funciones públicas y servicios obligatorios” de los Colegios Profesionales (no se diferencia entre los de colegiación obligatoria y los demás) los establecidos en los art. 30.1, 31, 32, 43 y 44 (salvo el visado cuando no sea preceptivo). Así lo dice expresamente el art. 37.1 (aunque este no hace la precisión de excluir el vi-

sado no preceptivo) y lo vuelve a decir el art. 47.2 (que sí precisa que “*en relación al visado, sólo se entenderá como servicio obligatorio cuando sea preceptivo*”).

La primera cuestión que plantea la redacción de los art. 37.1 y 47.2 es cuáles de las funciones y servicios enumerados son funciones públicas y cuáles son servicios obligatorios. Esto es, si todas las enumeradas son funciones públicas y también servicios obligatorios o si de entre el grupo de “*funciones públicas y servicios obligatorios*” hay algunas que son públicas y otros que son obligatorios.

La cuestión depende, como es natural, de qué se entienda por “*función pública*”, esto es, si por función pública se entiende aquélla que atribuye la Ley a los Colegios Profesionales en cuanto “*se justifican en función de un interés público*”, como se decía más arriba citando la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto, o si por función pública se entiende sólo aquélla cuyo ejercicio da lugar a un acto administrativo impugnabile conforme a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (como dice el art. 30.2 del Anteproyecto).

Conforme a la primera acepción, todas las funciones de los Colegios Profesionales enumeradas en los art. 37.1 y 47.2 serían funciones públicas (las de los art. 30.1 y también las de los art. 31, 32, 43 y 44). Así, la Exposición de Motivos del Anteproyecto dice que “*hay que tener en cuenta que estas corporaciones de derecho público asumen funciones públicas, a diferencia de las asociaciones, por lo que es necesario que estén sometidas a un control en el desempeño de éstas, con el objetivo de garantizar la protección de los intereses de los consumidores y usuarios*” y luego el art. 37.1 considera sometidas a ese control, y por tanto públicas a los efectos de lo que anunciaba la Exposición de Motivos, no sólo a las del art. 30.1 sino también a las de los art. 31, 32, 43 y 44. También en este sentido, la versión del Anteproyecto de 2 de agosto de 2013, en relación a la intervención de la Administración, en el art. 37.1, decía que “*En caso de inactividad, retraso o mal funcionamiento de los Colegios profesionales en el ejercicio de las funciones públicas que tengan encomendadas, la Administración competente podrá acordar, previo requerimiento fehaciente al máximo órganos de la corporación colegial...*” (el subrayado es nuestro). Igualmente, la Exposición de Motivos afirma que “*en relación con la cuota periódica, se establece que deberá ser suficiente para garantizar el sostenimiento de las funciones públicas*” y, sin embargo, cuando en el art. 47.2 se refiere a las funciones cuyo sostenimiento garantiza la cuota no sólo se hace referencia a las “*funciones públicas*” que aparecen en el art. 30.1 sino también, como se ha dicho, a las que se contemplan en los art. 31, 32, 43 y 44.

Sin embargo, en la segunda acepción no serían funciones públicas las de todos los artículos contemplados en el 37.1 y 47.2, esto es, no serían funciones públicas, además de las del art. 30.1, las de los art. 31, 32, 43 y 44. Así, la conjunción “y” de la expresión “*funciones públicas y servicios obligatorios*” parece indicar que dentro del grupo hay funciones públicas y hay servicios obligatorios. Y también la agrupación en el art. 30.1 de las que el art. 30.2 califica como “funciones públicas” hace que deba entenderse que las que no están en el art. 30.1 no son funciones públicas, sino privadas<sup>4</sup>. Además, si la caracterización como pública de una función o servicio supone que, en su ejercicio, se dicten actos administrativos, sujetos a Derecho administrativo y susceptibles de impugnación en vía contencioso administrativa, difícilmente puede tal ser el caso del servicio de visado no preceptivo (el preceptivo está ya en el art. 30.1, apartado g), el de los servicios de atención al colegiado y al consumidor y usuario o el servicio de ventanilla única o la elaboración de la Memoria anual (todos ellos contemplados en los art. 31, 32, 43 y 44). Por tanto, como se ha dicho, sólo serán funciones públicas en esta segunda acepción las recogidas en el art. 30.1 del Anteproyecto.

Por otro lado, parece claro que todas las funciones y servicios de los Colegios Profesionales que contemplan los art. 37.1 y 47.2, tanto las del art. 30.1 como las de los art. 31, 32, 43 y 44, han de considerarse obligatorias. Ello, en primer lugar, porque si no fueran funciones y servicios obligatorios no estaría justificada la intervención de la Administración Pública del art. 37 en caso de inactividad o mal funcionamiento. En segundo lugar, porque, (i) respecto a las funciones del art. 30.1, al venir caracterizadas expresamente en el art. 30.2 como públicas, han de considerarse obligadas para el cumplimiento de los fines públicos que las informan y, (ii) respecto de las funciones o servicios de los art. 31 (visado), 32 (servicio de atención a colegiados y consumidores y usuarios), 43 (ventanilla única de la que los colegios dispondrán, conforme a la Ley 17/2009) y 44 (Memoria anual que las corporaciones colegiales *deberán* elaborar), la redacción con la que se enuncian en el Anteproyecto supone, aunque no se diga expresamente, su carácter de obligatorio.

---

<sup>4</sup> En efecto, el art. 30.2 dice que “*las funciones recogidas en el apartado anterior tendrán la consideración de funciones públicas. Cuando su ejercicio dé lugar a una actuación susceptible de impugnación, una vez que se ponga fin a la vía administrativa, podrá ser recurrida ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en los términos previstos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.*”, lo que hace suponer que las demás funciones o servicios del art. 37.1 y del art. 47.2, no son funciones públicas, sino sólo servicios obligatorios.

Dicho todo lo anterior, debe sin embargo apuntarse que las enumeraciones de los art. 37.1 y 47.2, siendo claras sobre el carácter de públicas de las funciones contempladas en el art. 30.1 (por remisión del art. 30.2) y sobre las funciones que, a los concretos efectos del art. 37.1 y 47.2, son “*funciones públicas y servicios obligatorios*”, no excluyen que haya otras funciones y servicios que, no contempladas en esos artículos, puedan también considerarse públicas u obligatorias, aunque sea a otros efectos, distintos de los previstos en los art. 30.2, 37.1 y 47.2. Es más, como se expondrá más adelante en este informe, del detallado examen del articulado del Anteproyecto, se desprende que los Colegios profesionales sí tienen, o pueden tener, atribuidas otras funciones públicas, no sólo en la primera acepción señalada más arriba sino como funciones cuyo ejercicio de lugar a que dicten actos administrativos, y también tienen atribuidos otras actuaciones y servicios obligatorios, aunque sea a efectos distintos de los previstos en los art. 37 y 47.

En definitiva, y para concluir, la referencia a “*funciones públicas y servicios obligatorios*” de los art. 37.1 y 47.2 no persigue, ni parece que deba utilizarse como guía para ello, definir desde un punto de vista técnico y exhaustivo qué deba entenderse por función “pública” u “obligatoria”, sino determinar con claridad cuáles son las funciones y servicios que han de considerarse *a los concretos efectos de lo que regulan cada uno de los art. 30.2, 37 y 47 del Anteproyecto*.

Por otro lado, ni el art. 37.1 ni el art. 47.2 hacen referencia a las funciones de los Colegios Profesionales de ámbito territorial estatal. Pero tal olvido del redactor parece que debe interpretarse de manera diferente en el caso del art. 37.1 y en el caso del art. 47.2, como se expondrá más abajo en este informe.

Pues bien, conforme a 37.1 y 47.2 las “*funciones públicas y servicios obligatorios*” de los Colegios Profesionales son:

**4.1.1. Las funciones previstas en el art. 30.1.-** Las funciones contempladas en el art. 30.1 del Anteproyecto son:

- a) Participar en los Consejos u organismos consultivos de las Administraciones Públicas en la materia de competencia de cada una de las profesiones (esta función es la misma que contempla el apartado d) del art. 5 de la Ley de 1974).
- b) Facilitar a las Administraciones Públicas, conforme a la normativa aplicable, cuanta información les sea requerida en relación a sus colegiados y al funcionamiento del Colegio.
- c) Ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados, velando por la deontología profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad

- disciplinaria en el orden profesional y colegial (esta función es la misma que contempla el apartado i) del art. 5 de la Ley de 1974).
- d) Cumplir y hacer cumplir a los colegiados la legislación aplicable y los Estatutos y Reglamentos de Régimen Interior, así como las normas y decisiones adoptadas por los órganos colegiales, en materia de su competencia (esta función es la misma que contempla el apartado t) del art. 5 de la Ley de 1974).
  - e) Adoptar las medidas conducentes a evitar el intrusismo profesional de conformidad con las leyes (esta función es la misma que contempla el apartado l) del art. 5 de la Ley de 1974).
  - f) Informar en los procedimientos judiciales en que se discutan honorarios profesionales (esta función es la misma que contempla el apartado o) del art. 5 de la Ley de 1974).
  - g) Visar los trabajos profesionales de los colegiados cuando el visado sea preceptivo, en los términos previstos en el artículo 31 (esta función es la misma que contempla el apartado q) del art. 5 de la Ley de 1974, si bien en el Anteproyecto sólo se considera función pública cuando el visado tiene carácter preceptivo).
  - h) Atender las solicitudes de información sobre sus colegiados y sobre las sanciones firmes a ellos impuestas, así como las peticiones de inspección o investigación que les formule cualquier autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea en los términos previstos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, en particular, en lo que se refiere a que las solicitudes de información y de realización de controles, inspecciones e investigaciones estén debidamente motivadas y que la información obtenida se emplee únicamente para la finalidad para la que se solicitó (esta función es la misma que contempla el apartado u) del art. 5 de la Ley de 1974).
  - i) Cuantas funciones redunden en beneficio de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados (esta función es la misma que contempla el apartado a) del art. 5 de la Ley de 1974)<sup>5</sup>.
  - j) Ejercer cuantas funciones les sean encomendadas por las Administraciones Públicas y colaborar con éstas mediante la realización de

---

<sup>5</sup> Respecto de esta competencia el Dictamen del Consejo de Estado destaca, por un lado, que es una función “cuyo carácter público no tiene por qué darse en todos los supuestos” y, por otro lado, que “está redactada en términos de completa indeterminación”.

estudios, emisión de informes, elaboración de estadísticas y otras actividades relacionadas con sus fines que puedan serles solicitadas o acuerden formular por propia iniciativa. (esta función es la misma que contempla el apartado b) del art. 5 de la Ley de 1974).

**4.1.2. La función prevista en el art. 31.-** El art. 31 del Anteproyecto, con redacción casi idéntica al art. 13 de la vigente Ley de Colegios Profesionales de 1974, se refiere a la función o servicio de visado<sup>6</sup>.

Pero la función de visar los trabajos profesionales de los colegiados ya se contempla en el art. 30.1 g) como función pública, si se trata de un visado preceptivo. Y también el art. 47.2 dice que *“en relación al visado, sólo se entenderá como servicio obligatorio cuando sea preceptivo”*<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Dispone el art. 31 del Anteproyecto que *“1. Los Colegios de profesiones técnicas visarán los trabajos profesionales en su ámbito de competencia únicamente cuando se solicite por petición expresa de los clientes, incluidas las Administraciones Públicas cuando actúen como tales. Asimismo el Gobierno mediante Real Decreto, previa consulta a los colegiados afectados, podrá establecer obligaciones concretas de visado colegial de acuerdo con los siguientes criterios:*

*a) Que sea necesario por existir una relación de causalidad directa entre el trabajo profesional y la afectación a la integridad física y seguridad de las personas.*

*b) Que se acredite que el visado es el medio de control más proporcionado. En ningún caso, los Colegios, por sí mismos o a través de sus previsiones estatutarias, podrán imponer la obligación de visar los trabajos profesionales.*

*2. El objeto del visado es comprobar, al menos:*

*a) La identidad y habilitación profesional del autor del trabajo, utilizando para ello los registros de colegiados previstos en el artículo 43.*

*b) La corrección e integridad formal de la documentación del trabajo profesional de acuerdo con la normativa aplicable al trabajo del que se trate.*

*En todo caso, el visado expresará claramente cuál es su objeto, detallando qué extremos son sometidos a control e informará sobre la responsabilidad que, de acuerdo con lo previsto en el apartado siguiente, asume el Colegio. En ningún caso comprenderá los honorarios ni las demás condiciones contractuales, cuya determinación queda sujeta al libre acuerdo entre las partes, ni tampoco comprenderá el control técnico de los elementos facultativos del trabajo profesional.*

*3. En caso de daños derivados de un trabajo profesional que haya visado el Colegio, en el que resulte responsable el autor del mismo, el Colegio responderá subsidiariamente de los daños que tengan su origen en defectos que hubieran debido ser puestos de manifiesto por el Colegio al visar el trabajo profesional, y que guarden relación directa con los elementos que se han visado en ese trabajo concreto.*

*4. Cuando el visado colegial sea preceptivo, el precio será el coste de realización de éste en condiciones eficientes. Los Colegios harán públicos los precios de los visados de los trabajos, que podrán tramitarse por vía electrónica”.*

<sup>7</sup> La inclusión de este servicio como uno de los que debe ser sufragado con la cuota colegial ha de ponerse en relación con la previsión del art. 31.4 cuando dispone que *“Cuando el visado colegial sea preceptivo, su coste será razonable, no abusivo ni discriminatorio. Los Colegios harán públicos los precios de los visados de los trabajos, que podrán tramitarse por vía electrónica”.*

El hecho de que ambos artículos 37.1 y 47.2 ya se refieran a toda las funciones del art. 30.1 (incluyendo por tanto la de visar los trabajos profesionales), plantea la cuestión de por qué añaden también la cita del art. 31 que se refiere a la misma función que ya contemplaba el art. 30.1 g). En concreto plantea la cuestión de si esa referencia al art. 31, después de referirse ya a todas las funciones del art. 30.1, debe interpretarse como la inclusión de la función de visado cuando no sea preceptivo.

En el caso del art. 47 la solución a esta cuestión no parece difícil. La referencia en el art. 47.2 al art. 31 no puede deberse más que a un error o defecto de redacción, pues el art. 47.2 no sólo cita el art. 30.1, sino que además excluye expresamente la función de visado cuando no sea preceptivo. De este modo, es evidente que el art. 47.1 sólo incluye la función de visado cuando sea preceptivo (que incluía el art. 30.1) y que, por tanto, ni era necesario que el art. 47.1 citara también el art. 31, ni era necesario que excluyera el visado en caso de que no sea preceptivo. Bastaba sólo con citar las funciones del art. 30.1.

Pero, cuando el art. 37.1 cita el art. 30 sin precisar que se limita a la expedición de visados cuando sean preceptivos ¿Debe entenderse que pretende incluir la función de visado cuando no sea preceptivo? La respuesta a esta cuestión, no es tan clara como en el caso del art. 47.2, pues, por un lado, el art. 37.1 no excluye expresamente, como el art. 47.2, el caso de que el dictamen no sea preceptivo, además de que es claro el carácter obligatorio del visado, aun no siendo preceptivo, conforme al art. 31 del Anteproyecto, lo que podría determinar su inclusión en el ámbito de control administrativo que contempla el art. 37. Sin embargo, por otro lado, no parece que exista una razón para que el visado no preceptivo no deba considerarse función pública a efectos de que la cuota colegial sirva a su sostenimiento (y que por eso se excluya del art. 47.2), pero sí deba considerarse una *“función pública y servicio obligatorio”* determinante de intervención administrativa en caso de inactividad o mal funcionamiento del Colegio (a los efectos del art. 37.1).

En todo caso, debe señalarse la falta de claridad en la redacción del art. 37.1 que, si pretendía incluir entre las funciones que contempla el visado no preceptivo, debiera directamente haber hecho referencia a la función contemplada en el art. 30.3.h) del Anteproyecto; y si no pretendía que se incluyera el visado no preceptivo no debiera haber hecho referencia al art. 31 pues bastaba la referencia a las funciones del art. 30.1.

En definitiva, tras la cita en el art. 37.1, y en el art. 47.2, de las funciones del art. 30.1 y, entre ellas, de la función de visar los proyectos profesionales cuando el visado sea preceptivo, parece que no debiera haberse hecho referencia al art. 31, que no contempla una nueva función sino que sólo

regula la función prevista en el art. 30.1 g) (para el caso de visado preceptivo) y en el art. 30.3 h) (cuando el visado no sea preceptivo).

**4.1.3. La función prevista en el art. 32.-** El art. 32 atribuye a los Colegios Profesionales, como servicio obligatorio, el “*servicio de atención a los colegiados y a los consumidores y usuarios*”, que deberá atender las quejas o reclamaciones que aquéllos formulen<sup>8</sup>.

Se trata de una función que, en cuanto a los consumidores y usuarios, podría considerarse incluida en la función pública contemplada en el 30.1.i) del Anteproyecto.

**4.1.4. La función prevista en el art. 43.-** El art. 43 se refiere al establecimiento de una ventanilla única<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Bajo la rúbrica “Servicio de atención a los colegiados y a los consumidores o usuarios”, dispone el art. 32 del ALSCP que:

“1. Los Colegios Profesionales deberán atender las quejas o reclamaciones presentadas por los colegiados.

2. Asimismo, los Colegios Profesionales dispondrán de un servicio de atención a los consumidores o usuarios, que necesariamente tramitará y resolverá cuantas quejas y reclamaciones referidas a la actividad colegial o profesional de los colegiados se presenten por cualquier consumidor o usuario que contrate los servicios profesionales, así como por asociaciones y organizaciones de consumidores y usuarios en su representación o en defensa de sus intereses.

3. Los Colegios Profesionales, a través de este servicio de atención a los consumidores o usuarios, resolverán sobre la queja o reclamación según proceda: bien informando sobre los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos, bien remitiendo el expediente a los órganos colegiales competentes para instruir los oportunos expedientes informativos o disciplinarios, bien archivando o bien adoptando cualquier otra decisión conforme a derecho.

4. La regulación de este servicio deberá prever la presentación de quejas y reclamaciones por vía electrónica y a distancia”.

<sup>9</sup> Dispone tal art. 43 que “1. *Las organizaciones colegiales dispondrán de una página web para que, a través de la ventanilla única prevista en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, los profesionales puedan realizar todos los trámites necesarios para la colegiación, su ejercicio y su baja en el Colegio, a través de un único punto, por vía electrónica y a distancia. Concretamente, las organizaciones colegiales harán lo necesario para que, a través de esta ventanilla única, los profesionales puedan de forma gratuita:*

a) *Obtener toda la información y formularios necesarios para el acceso a la actividad profesional y su ejercicio.*

b) *Presentar toda la documentación y solicitudes necesarias, incluyendo la de la colegiación.*

e) *Conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que tenga consideración de interesado y recibir la correspondiente notificación de los actos de trámite preceptivos y la resolución de los mismos por el Colegio, incluida la notificación de los expedientes disciplinarios cuando no fuera posible por otros medios.*

d) *Convocar a los colegiados a las Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias y poner en su conocimiento la actividad pública y privada del Colegio Profesional.*

---

2. A través de la referida ventanilla única, para la mejor defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, las organizaciones colegiales ofrecerán la siguiente información, que deberá ser clara, inequívoca y gratuita:

a) El acceso al Registro de colegiados, que estará permanentemente actualizado y en el que constarán, al menos, los siguientes datos: nombre y apellidos de los profesionales colegiados, número de colegiación, títulos oficiales de los que estén en posesión, domicilio profesional y situación de habilitación profesional.

b) El acceso al registro de sociedades profesionales, que tendrá el contenido descrito en el artículo 8 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

c) Las vías de reclamación y los recursos que podrán interponerse en caso de conflicto entre el consumidor o usuario y un colegiado o el Colegio Profesional.

d) Los datos de las asociaciones u organizaciones de consumidores y usuarios a las que los destinatarios de los servicios profesionales pueden dirigirse para obtener asistencia.

e) El contenido del Código Deontológico.

f) La normativa colegial a que se refiere el artículo 39.

3. Además de la información a que se refiere el apartado anterior, las corporaciones colegiales de colegiación obligatoria deberán ofrecer:

a) Información referente a los procedimientos necesarios para el acceso a la actividad profesional y su ejercicio, incluyendo las cuotas colegiales exigidas, y a sus cuentas anuales consolidadas.

b) Información de los colegiados sobre los que pesen resoluciones ejecutivas que se refieran a la expulsión del Colegio o a la suspensión del ejercicio profesional. Estos datos deberán encontrarse permanentemente actualizados.

4. Las corporaciones colegiales deberán adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de lo previsto en este artículo e incorporar para ello las tecnologías precisas y crear y mantener las plataformas tecnológicas que garanticen la interoperabilidad entre los distintos sistemas y la accesibilidad de las personas con discapacidad. Para ello, los Colegios Profesionales y, en su caso, los Consejos Generales y autonómicos podrán poner en marcha los mecanismos de coordinación y colaboración necesarios, inclusive con las corporaciones de otras profesiones.

5. Los Colegios Profesionales facilitarán a los Consejos Generales la información concerniente a las altas, bajas y cualesquiera otras modificaciones que afecten a los Registros de colegiados y de sociedades profesionales, para su conocimiento y anotación en los Registros centrales de colegiados y de sociedades profesionales de aquéllos.

6. Además de la información a que se refiere el apartado anterior, los Colegios Profesionales de colegiación obligatoria facilitarán a los Consejos Generales las cuotas colegiales exigidas. Dichos Consejos Generales publicarán y mantendrán actualizado en su ventanilla única un listado con todas las cuotas exigidas por los Colegios de su organización colegial, así como información referente a los procedimientos de acceso a la actividad profesional y su ejercicio.

7. Toda la información a que se refiere este artículo será pública y, por tanto, accesible de forma directa sin necesidad de requerimiento previo del interesado.

8. Los profesionales y sus organizaciones colegiales facilitarán el conocimiento por los consumidores y usuarios de las obligaciones de los prestadores de servicios profesionales recogidas en esta ley.

9. Lo previsto en este artículo se llevará a cabo con pleno respeto a las disposiciones establecidas en la normativa de protección de datos, en particular en lo referente a la implantación de medidas de seguridad. “

Este servicio ya estaba previsto en el art. 10 de la Ley de 1974 si bien en la Ley de 1974 no se decía expresamente que era “*servicio obligatorio*”, pues no se maneja esa terminología, ni se diferenciaba entre colegios de colegiación obligatoria y los que no lo son, a efectos de precisar las características y requerimientos que debe tener la ventanilla única en el primer caso.

Debe señalarse que, como esta Comisión Jurídica expuso en el Informe 4/2014, sobre “La obligación de los Colegios Profesionales y los Consejos de Colegios de disponer de una sede electrónica y/o ventanilla única”, la ley 11/2007, de acceso de los ciudadanos a los servicios públicos, garantiza el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las entidades del sector público por medios electrónicos y, en orden a garantizar tales derechos, las corporaciones colegiales deben disponer de una sede electrónica, sin que el Anteproyecto prevea —salvo lo que pueda derivar de la distinción entre colegios de colegiación obligatoria o no— cambios sustanciales en cuanto a la obligación de disponer de una ventanilla única.

**4.1.5. La función prevista en el art. 44.-** Como ya se ha dicho, tanto el art. 37.1 como el art. 47.2 dicen que son funciones públicas y servicios obligatorios de los Colegios Profesionales, además de los de los art. 30.1, 31, 32 y 43, los establecidos en el art. 44.

Sin embargo, el art. 44 establece una obligación no sólo de los Colegios Profesionales sino de todas las corporaciones colegiales<sup>10</sup>.

Por otro lado, la obligación que en tal artículo se establece no parece propiamente una función pública ni un servicio, sino, como dice la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto, un “*complemento a la transparencia debida a través de la ventanilla única*”, consistente en la obligación de elaborar una Memoria anual que ya estaba contemplada en el art. 11 de la Ley de 1974, si bien en el Anteproyecto se añade determinado contenido a la memoria.

Básicamente, la novedad del Anteproyecto radica en que exige incorporar a la memoria las cuentas anuales consolidadas de los Colegios (con la Ley de 1974 es solo el informe de gestión económica) y, en el caso de los Colegios de colegiación obligatoria, el informe de auditoría.

Como sucede en la Ley de 1974, el art. 44 del Anteproyecto prevé que “*el Consejo General hará pública, junto a su Memoria, la información estadística a la que hace referencia este artículo de forma agregada para el conjunto de la organiza-*

---

<sup>10</sup> Dice el art. 3 del Anteproyecto que “*son Corporaciones Colegiales los Consejos Generales de Colegios, los Consejos Autonómicos de Colegios y los Colegios Profesionales*”.

*ción colegial. y los Consejos Autonómicos y los Colegios Territoriales facilitarán a sus Consejos Generales la información necesaria para elaborar la Memoria Anual.*"<sup>11</sup>

#### **4.2. Las funciones y obligaciones de los Colegios Profesionales de ámbito estatal y de los Consejos Generales de Colegios, contemplados en el art. 47.2**

Como dice el art. 27.1 del Anteproyecto, *"las organizaciones colegiales serán de estructura única cuando exista un único Colegio que extienda sus competencias a todo el territorio del Estado o múltiple cuando existan varios Colegios de la misma*

---

<sup>11</sup> Dispone el art. 44 del Anteproyecto que: *"1. Las corporaciones colegiales deberán elaborar una Memoria Anual que contenga al menos la información siguiente:*

a) Las cuentas anuales consolidadas. En especial deben detallarse los gastos de personal suficientemente desglosados y especificarse las retribuciones de los miembros de los órganos de gobierno en razón de su cargo y el importe de las cuotas aplicables desglosadas por concepto y por el tipo de servicios prestados, así como las normas para su cálculo y aplicación.

b) Información agregada y estadística relativa a los procedimientos informativos y sancionadores en fase de instrucción o que hayan alcanzado firmeza, con indicación de la infracción a la que se refieren, de su tramitación y de la sanción impuesta en su caso, de acuerdo, en todo caso, con la legislación en materia de protección de datos de carácter personal.

e) Información agregada y estadística relativa a quejas y reclamaciones presentadas por los consumidores o usuarios o sus organizaciones representativas, así como sobre su tramitación y, en su caso, de los motivos de estimación o desestimación de la queja o reclamación, de acuerdo, en todo caso, con la legislación en materia de protección de datos de carácter personal.

d) Los cambios en el contenido del Código Deontológico.

e) Las normas sobre incompatibilidades y las situaciones de conflicto de intereses en que se encuentren los miembros de los órganos de gobierno.

f) Información estadística sobre la actividad de visado.

2. En el caso de organizaciones colegiales de colegiación obligatoria, la memoria deberá además contener el informe resultante de la auditoría.

3. Cuando proceda, los datos se presentarán desagregados territorialmente por corporaciones.

4. La Memoria anual deberá hacerse pública a través de la página web en el primer semestre de cada año. En el caso de corporaciones de colegiación obligatoria la Memoria deberá, de manera simultánea a su publicación, ser enviada a la Administración Pública competente para su análisis en los términos establecidos en el artículo 37.

5. El Consejo General hará pública, junto a su Memoria, la información estadística a la que hace referencia el apartado 1 de este artículo de forma agregada para el conjunto de la organización colegial.

6. A los efectos de cumplimentar la previsión del apartado anterior, los Consejos Autonómicos y los Colegios Territoriales facilitarán a sus Consejos Generales la información necesaria para elaborar la Memoria Anual".

*profesión de un ámbito inferior al estatal*". Cuando haya más de un Colegio de la misma profesión y de ámbito, por tanto, inferior al estatal, habrá un Consejo General de Colegios<sup>12</sup> (además de que, si hay varios Colegios de una misma actividad profesional o profesión en el territorio de una misma Comunidad Autónoma, podrá constituirse también, de acuerdo con las normas autonómicas, un Consejo Autonómico).

De este modo, en caso de que haya sólo un Colegio Profesional de ámbito territorial que se extienda a todo el Estado, no habrá Consejo General y el Colegio profesional de ámbito estatal realizará algunas de las funciones que, de haber existido, hubieran correspondido al Consejo General. Estas funciones del Colegio de ámbito estatal se añadirán a las "*funciones públicas y servicios obligatorios*" que, como Colegio Profesional, le corresponden también a los de ámbito estatal

Pues bien, respondiendo a que pueda producirse, respecto de cada profesión o actividad profesional, esa diferente estructura de las organizaciones colegiales, múltiple o única, el Anteproyecto contempla en el art. 34 una serie de funciones de entre las que se puede diferenciar: (i) las que corresponderían a los Colegios Profesionales cuando sean de ámbito estatal o a los Consejos Generales si hay más de un Colegio Profesional de ámbito inferior al estatal y (ii) las que corresponderían sólo a los Consejos Generales si éstos existieran, pero no corresponderían a los Colegios de ámbito estatal.

Estas funciones del art. 34 no se califican expresamente en el Anteproyecto como "*funciones públicas*", pero tienen su mismo régimen jurídico en cuanto a que, cuando estén sujetos a Derecho Administrativo, la impugnación de los actos de los Colegios de ámbito estatal y de los Consejos Generales ha de hacerse conforme a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 45 del Anteproyecto).

Pues bien, respecto de todas las funciones que atribuye el art. 34 a los Consejos Generales, o a los Colegios Profesionales de ámbito territorial estatal, debe decirse:

1. No se contemplan en el art. 37.1 del Anteproyecto, por tanto (a diferencia de las funciones de los Colegios Profesionales previstas en los art. 30.1, 31, 32, 43 y 44) *no son funciones o servicios a considerar como*

---

<sup>12</sup> *En efecto, dispone el art. 27.3 del Anteproyecto que "Cuando estén constituidos varios Colegios de la misma profesión de ámbito inferior al nacional existirá un Consejo General cuya naturaleza y funciones se precisan en el art. 34"*

determinantes de la intervención administrativa de control en caso de inactividad o mal funcionamiento.

2. Sí se contemplan en el art. 47.2 del Anteproyecto, por tanto (junto con las que, en su caso, establezca la normativa autonómica para los Consejos Autonómicos) *sí son funciones y servicios a considerar* para determinar las cuotas colegiales que los colegiados están obligados a pagar (sólo excluyendo la función de “organizar con carácter nacional instituciones y servicios de asistencia y previsión” prevista en el art. 34.2.g).

La redacción del art 47.2 plantea, sin embargo, si sólo se refiere a las funciones del Consejo General previstas en el art. 34, y no a las funciones que el art 34 atribuye también a los Colegios Profesionales de ámbito territorial nacional. En efecto, el art. 47.2 dispone que los colegiados están obligados al pago de las cuotas necesarias para el sostenimiento de las funciones públicas y los servicios obligatorios que ha de prestar el Colegio Profesional (que dice que son los previstos en los artículos 30.1, 31, 32, 43 y 44 y, en relación al visado, sólo cuando sea preceptivo) y de las funciones del Consejo General, previstas en el artículo 34 (salvo la establecida en el párrafo g) del apartado 2) y de las funciones de los Consejos Autonómicos que la normativa autonómica establezca. Pero el art. 47.2 no dice nada respecto a las funciones del art. 34 relativas a los Colegios Profesionales de ámbito estatal (que asuman tales Colegios Profesionales cuando no haya Consejos Generales). Ello sólo puede interpretarse, o bien como que el redactor del Anteproyecto quiere que sólo se consideren las funciones en cuestión cuando las desarrolla un Consejo General, pero no cuando esas mismas funciones las desarrolla un Colegio nacional único, o bien que el redactor sencillamente ha olvidado referirse expresamente al Colegio Profesional de ámbito nacional.

Parece que si la cuota colegial se fija en consideración a determinadas funciones y a su sostenimiento, y si el Colegio único debe asumir determinadas funciones en ausencia del Consejo General precisamente por su importancia, habría de concluirse que no tendría sentido que el redactor pretendiera excluir esas funciones de los Colegios únicos del art. 47.2 sino, mas bien, que, de nuevo, se trata de un error o imprecisión de redacción del art. 47.2. Así, parece que al redactor del Anteproyecto, a efectos de la fijación de la cuota colegial, le interesan las funciones y servicios obligatorios a cuyo sostenimiento deben responder, y no tanto que el competente sea una u otra corporación colegial. No hay razón para que las funciones que el art. 34 atribuye a ambos, Consejos Generales y Colegios de ámbito estatal, se tengan en cuenta sólo en caso de que las ejecute un Consejo

General y no cuando sea un Colegio único (y no exista Consejo General). En este sentido, las funciones que se atribuyen expresamente a ambos en los apartados 4 y 5 del art 34, relativas a la emisión de informes sobre los proyectos de normas jurídicas y a la elaboración y aprobación del Código Deontológico, y la función, que también se atribuye expresamente a ambos, de desarrollar y mantener esquemas de certificación voluntaria para la actividad profesional o profesión en los términos establecidos en el artículo 53 (art. 34.2 h)<sup>13</sup>.

Las funciones contempladas en el art. 34 del Anteproyecto son:

**4.2.1. Funciones de los Colegios Profesionales de ámbito estatal y de los Consejos Generales.-** Las funciones que se atribuyen expresamente al Colegio Profesional de ámbito estatal, o al Consejo General si hay más de un Colegio en el territorio nacional, son las establecidas en los apartados 4 y 5 del art. 34, y la función del art. 34.2.h)

Los citados párrafos 4 y 5 del art. 34 disponen que:

*“4. Los Consejos Generales y, en su caso, los Colegios de ámbito estatal informarán preceptivamente los proyectos de ley o de disposiciones de cualquier rango que se refieran a las condiciones generales de las funciones profesionales, entre las que figurarán el ámbito, los títulos oficiales requeridos, el régimen de incompatibilidades con otras profesiones y el de honorarios cuando se rijan por tarifas o aranceles<sup>14</sup>.*

*5. Los Consejos Generales y, en su caso, los Colegios de ámbito estatal elaborarán y aprobarán el Código Deontológico de la organización colegial de que se trate. Dichas normas serán únicas en todo el territorio del Estado para cada organización colegial. Los Consejos Generales y, en su caso, los Colegios de ámbito estatal, comunicarán a todos sus colegiados la aprobación y cualquier modificación del Código Deontológico<sup>15</sup>.*

<sup>13</sup> Por otro lado, existen una serie de funciones que el art. 34 sólo atribuye a los Consejos Generales, y no dice que se ejerzan en su caso por el Colegio de ámbito nacional, que, sin embargo, parece que, si no existe Consejo General, debiera asumir el Colegio de ámbito nacional. En efecto, en el art. 34 se atribuyen al Consejo General dos tipos de funciones: las que se refieren a relaciones con los Colegios (que naturalmente nunca ejercerían los Colegios de ámbito nacional, que no existirían si existieran esos otros colegios) y otras funciones, de evidente interés para los fines de los Colegios profesionales, que parece debiera asumir el Colegio nacional único si no existiera Consejo General, como son las previstas en los párrafos b), c), d), g) y k) del art. 34.2 del anteproyecto.

<sup>14</sup> El art. 9.1.j) de la Ley de 1974 atribuye a os Consejos Generales la función de *“informar los proyectos de disposiciones generales de carácter fiscal que afecten concreta y directamente a las profesiones respectivas, en los términos señalados en el número 4 art. 130 LPA”*

<sup>15</sup> Hubiera sido, quizás, mas correcto referirse a Código Deontológico de la profesión o de los profesionales que de “la organización colegial”, término que, por otro lado, resulta impreciso.

**4.2.2. Funciones de los Consejos Generales.-** El art. 34 se refiere, además de a las funciones expuestas en sus apartados 4 y 5, a otras funciones del Consejo General, si éste existe, y que, como se ha dicho, se consideran a los efectos de fijar la cuota colegial de los colegiados conforme a la remisión del art. 47.2.

Respecto a estas funciones de los Consejos Generales, el art. 34 diferencia entre las que son en todo caso exclusivas del Consejo General y las que sólo corresponden a los Consejos Generales si la Comunidad Autónoma no hubiera determinado el órgano competente. Se refiere a las primeras el art. 34.2 y a las segundas el art. 34.3.

**4.2.2.1. Funciones calificadas como exclusivas de los Consejos Generales.-** Conforme al art. 34.2 del Anteproyecto, en todo caso serán funciones exclusivas de los Consejos Generales de Colegios las siguientes:

- a) Las atribuidas por el artículo 30 a los Colegios Profesionales en cuanto tengan ámbito o repercusión nacional o internacional<sup>16</sup> (esta función está contemplada en el art. 9.1.a) de la Ley de 1974)
- b) Asumir la representación unitaria de la organización colegial ante la Administración Pública y la representación de los profesionales españoles ante las entidades similares en otras naciones (esta función, en cuanto a la representación de los profesionales españoles está contemplada de manera similar en el art. 9.1.k) de la Ley de 1974)<sup>17</sup>
- c) Elaborar los Estatutos generales de la organización colegial en los términos establecidos en el artículo 39, así como los suyos propios (esta función está contemplada de manera similar en el art. 9.1.b) de la Ley de 1974)
- d) Garantizar la aplicación de un Código Deontológico único para toda la profesión.

---

<sup>16</sup> Esta previsión llama la atención porque supone inclusión en el ámbito del art. 47.2 no sólo de las funciones de los Colegios previstas en el art. 30.1, cuando tengan ámbito o repercusión nacional o internacional, sino también las del art. 30.3 (las funciones privadas), cuando tengan este mismo ámbito o repercusión. De este modo, las funciones del art. 30.3 quedan fuera del art. 47.2 si se mantienen en el ámbito competencial de los Colegios Profesionales, pero no sí, por su ámbito o repercusión nacional o internacional, pasan a ser competencia de los Consejos Generales.

<sup>17</sup> Quizás, nuevamente, habría sido mas correcto hablar de la representación de la profesión, o de los profesionales, y no de la “organización colegial”

- e) Dirimir los conflictos que puedan suscitarse entre Colegios pertenecientes a distintas Comunidades Autónomas (esta función está contemplada de manera similar en el art. 9.1.d) de la Ley de 1974)<sup>18</sup>,
- f) Adoptar las medidas necesarias para que los Colegios cumplan las resoluciones del propio Consejo General dictadas en materia de su competencia (esta función está contemplada en el art. 9.1.f) de la Ley de 1974).
- g) Organizar con carácter nacional instituciones y servicios de asistencia y previsión. (esta función está contemplada en el art. 9.1.l) de la Ley de 1974)<sup>19</sup>
- h) Desarrollar y mantener esquemas de certificación voluntaria para la actividad profesional o profesión en los términos establecidos en el artículo 53. En el caso de las organizaciones colegiales de colegiación obligatoria esta función deberá realizarse con carácter obligatorio. Asimismo, los Colegios de ámbito territorial estatal de colegiación obligatoria realizarán esta función con carácter obligatorio.
- i) Ejercer las funciones disciplinarias con respecto a los miembros del propio Consejo General. (esta función está contemplada en el art. 9.1.g) de la Ley de 1974).
- j) Aprobar sus presupuestos y regular y fijar equitativamente las aportaciones de las corporaciones colegiales. (esta función está contemplada en el art. 9.1.h) de la Ley de 1974).
- k) Informar preceptivamente todo proyecto de modificación de la legislación sobre corporaciones colegiales (esta función está contemplada en el art. 9.1.i) de la Ley de 1974).

Debe recordarse que la función prevista en el apartado g), siendo exclusiva de los Consejos Generales, no ha de ser sin embargo considerada a

---

<sup>18</sup> La Ley de 1974 se refiere a conflictos entre distintos Colegios, sin exigir que sean de distintas Comunidades Autónomas. El Anteproyecto parece estar reservando a entidades de ámbito autonómico la función de dirimir conflictos cuando los Colegios sean de una misma Comunidad Autónoma (pero debería haber incluido este caso en el grupo de las funciones supletorias del art. 34.3 pues, no haciéndolo así, no se especifica quién dirime los conflictos entre colegios de la misma Comunidad Autónoma si la normativa autonómica no atribuye tal función a ningún órgano)

<sup>19</sup> El art. 9.1.l) de la Ley de 1974 añade la función de “colaborar con la Administración para la aplicación a los profesionales colegiados del sistema de seguridad social más adecuado”

efectos de determinar la cuota colegial que debe pagar el colegiado, conforme a lo establecido en el art. 47.2 del Anteproyecto.

A estas funciones que, como se ha dicho, tienen carácter exclusivo de los Consejos Generales porque lo dice expresamente el art. 34.2 del Anteproyecto, debe también añadirse la función establecida en el art. 34.6 que dispone que:

*“6. Los Consejos Generales informarán con carácter preceptivo todos aquellos procedimientos sancionadores o disciplinarios que puedan suponer la expulsión del profesional del Colegio o la suspensión del ejercicio profesional y que pongan fin a la vía administrativa. Estos informes contendrán una recomendación no vinculante de resolución del caso.*

*El órgano encargado de resolver el procedimiento que ponga fin a la vía administrativa solicitará la emisión de este informe al Consejo General que corresponda, remitiéndole el expediente del caso en cuestión, una vez que éste haya sido totalmente instruido y sólo quede pendiente la resolución, concediéndole un plazo de quince días hábiles para la emisión de este informe.”*

De este modo, el apartado 6 del art. 34 está atribuyendo a los Consejos Generales una nueva función que no está excluida de las que deben considerarse a efectos de la cuota conforme al art. 47.2.

Aunque en el art. 34 no se dice expresamente si es una función exclusiva del Consejo General o si puede ser objeto de atribución a otro órgano por la normativa de la Comunidad Autónoma, la improcedencia de que ocurra esto último se deduce de la finalidad de esta función, que es la uniformidad en todo el territorio nacional de la aplicación del código deontológico<sup>20</sup>

**4.2.2.2. Funciones de los Consejos de Colegios calificadas como de carácter supletorio.-** El art. 34.3 del Anteproyecto atribuye al Consejo General las siguientes funciones que se ejercerán con carácter supletorio, en el caso de que alguna Comunidad Autónoma no fuera competente en esta

---

<sup>20</sup> A esta la finalidad, de que sea una función del Consejo General, único en todo el territorio del Estado, y no de cada órgano designado por cada Comunidad Autónoma, se refiere el texto de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto cuando dice: *“igualmente, se establece en tal artículo que los Consejos Generales informarán con carácter preceptivo y no vinculante todos aquellos procedimientos que puedan suponer la expulsión o la suspensión del profesional del Colegio y que pongan fin a la vía administrativa. Se pretende así fomentar una aplicación del código deontológico único lo más uniforme posible dentro del Estado como garantía de seguridad jurídica y de la igualdad de los derechos de los profesionales y de los consumidores de los servicios”* (el subrayado es nuestro)

materia o en defecto de normativa autonómica que hubiera determinado el órgano competente para ejercer dichas funciones:

- a) Aprobar los Estatutos y visar los Reglamentos de Régimen Interior de los Colegios (esta función está contemplada en el art. 9.1.c) de la Ley de 1974).
- b) Resolver los recursos que se interpongan contra los actos de los Colegios (esta función está contemplada en el art. 9.1.e) de la Ley de 1974).
- c) Ejercer las funciones disciplinarias con respecto a los miembros de los órganos de gobierno de los Colegios (esta función está contemplada en el art. 9.1.g) de la Ley de 1974).
- d) Velar por que se cumplan las condiciones exigidas por las leyes y los Estatutos para la presentación y proclamación de candidatos para los cargos de los órganos de gobierno de los Colegios (esta función está contemplada de manera similar en el art. 9.1.ñ) de la Ley de 1974).
- e) Contribuir a la protección de los consumidores y usuarios y velar por que los Colegios realicen funciones que puedan redundar en beneficio de los mismos.

#### **4.3. Las funciones y obligaciones de los Consejos Autonómicos contemplados en el art. 47.2**

El art. 47.2 del Anteproyecto, transcrito más arriba y reiteradamente citado en este Informe, considera que las cuotas obligatorias para los colegiados son las necesarias no sólo para el sostenimiento de las funciones y servicios obligatorios de los Colegios y las funciones de los Consejos de Colegios del art. 34, con las precisiones hasta aquí expuestas, sino también para el sostenimientos de *“las funciones que la normativa autonómica establezca para el Consejo Autonómico, incluidos los medios humanos y materiales necesarios para llevarlos a cabo.”*

Esta remisión a la normativa autonómica que aparece en el art. 47.2, coherente con las competencias propias de las Comunidades Autónomas, provoca sin embargo una indefinición y, sobre todo, una falta de uniformidad en las funciones a cuyo sostenimiento deben responder las cuotas colegiales. Ello contrasta con la pretensión del Anteproyecto de que exista uniformidad en los conceptos a que debe responder la cuota colegial en todo el territorio del Estado, manifestada incluso en el establecimiento de una cifra máxima en la Disposición Adicional Decimoprimeras.

## 5. OTRAS FUNCIONES, OBLIGACIONES Y SERVICIOS DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

Además de los servicios y funciones de los art. 30.1, 31, 32, 43 y 44 (y de los atribuidos a los Consejos de Colegios y los Colegios de ámbito territorial estatal), el ALSCP atribuye a los Colegios Profesionales no pocas funciones, servicios o actuaciones que en algunas ocasiones son de gran relevancia, en muchas ocasiones obligatorias, y, en otros casos, aun no configurándose en el Anteproyecto como obligatorias, resultan de particular importancia o trascendencia a efectos de la consecución de los fines que el Anteproyecto atribuye a los Colegios Profesionales.

En cualquier caso, se trata de funciones que, por no estar contempladas en los art. 37.1 ni 47.2, no pueden considerarse para determinar la intervención de la Administración pública que controle la inactividad o mal funcionamiento de los Colegios (art. 37), ni para determinar las necesidades de sostenimiento de gastos a los que debe responder la cuota colegial que han de pagar los colegiados (art. 47)

En este grupo deben incluirse:

### 5.1. Las funciones privadas del art. 30.3.

En este apartado del art. 30 del Anteproyecto se atribuyen a los Colegios Profesionales una serie de funciones que, respondiendo a fines atribuidos a los Colegios Profesionales, no pueden considerarse “*funciones públicas*” a los efectos del art. 30.2 (al no incluirse entre las del párrafo 1 del art. 30), ni “*funciones públicas y servicios obligatorios*” a los efectos de los art. 37 y 47 (al no estar incluidas entre las previstas en los 37.1 y 47.2).

Son funciones privadas, aunque algunas de ellas tienen particular importancia, por lo que, como dice el Dictamen del Consejo de Estado, “*en el texto debería resaltarse más claramente la relevancia de algunas funciones privadas de los colegios profesionales pero de indudable relevancia pública, como las que se refieren a su intervención en materia de mediación, conciliación o arbitraje o a la resolución mediante laudo de discrepancias entre los colegiados (apartados d) y e) del art. 30.3) y, en particular, la relativa a la formación permanente de los colegiados, que únicamente de manera tangencial esta mencionada en los apartados a) y c) del mismo precepto*”<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> A tales apreciaciones del Consejo de Estado habría de añadirse la dificultad en la práctica de diferenciar algunas de estas funciones consideradas en el Anteproyecto

En efecto, dispone tal art. 30.3 que corresponde a los Colegios Profesionales, en su ámbito territorial, el ejercicio de las siguientes funciones.

- a) Mantener permanente contacto con los centros docentes correspondientes a las profesiones respectivas y preparar la información necesaria para facilitar el acceso a la vida profesional de los nuevos profesionales (esta función coincide en parte con la atribuida a los Colegios en el apartado f) del art. 5 de la Ley de 1974)<sup>22</sup>
- b) Ostentar en su ámbito la representación y defensa de la profesión ante las Administraciones Públicas, Instituciones, Tribunales, Entidades y particulares, con legitimación para ser parte en cuantos litigios afecten a los intereses profesionales y ejercitar el derecho de petición, conforme a la ley (esta función está atribuida a los Colegios en el apartado g) del art. 5 de la Ley de 1974).
- c) Organizar actividades y servicios comunes de interés para los colegiados, de carácter profesional, formativo, cultural, asistencial y de previsión y otros análogos, proveyendo al sostenimiento económico mediante los medios necesarios (esta función está atribuida a los Colegios en el apartado j) del art. 5 de la Ley de 1974).
- d) Intervenir, en vía de conciliación, mediación o arbitraje, en las cuestiones que, por motivos profesionales, se susciten entre los colegiados (ésta función está atribuida a los Colegios en el apartado m) del art. 5 de la Ley de 1974).
- e) Resolver por laudo, a instancia de las partes interesadas y sin perjuicio del uso alternativo de otros posibles procedimientos arbitrales a realizar por otras Administraciones Públicas competentes, las discrepancias que puedan surgir sobre el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de los trabajos realizados por los colegiados en el ejercicio de la profesión (ésta función está atribuida a los Colegios en el apartado n) del art. 5 de la Ley de 1974)<sup>23</sup>.

---

como privadas, de las que se contemplan como públicas en la inconcreta redacción del apartado i) del art. 30.1.

<sup>22</sup> El apartado f) del art. 5 de la Ley de 1974 atribuye a los colegios Profesionales la función de *“participar en la elaboración de los planes de estudio e informar las normas de organización de los Centros docentes correspondientes a las profesiones respectivas y mantener permanente contacto con los mismos y preparar la información necesaria para facilitar el acceso a la vida profesional de los nuevos profesionales”*

<sup>23</sup> Esta función no se configura en el Anteproyecto como pública, pues está en el art. 30.3, pero su importancia, y afección a los intereses públicos, se pone de manifiesto en el Dictamen del Consejo de Estado, en el hecho de que se contemple en el art. 30.3

- f) Impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente (esta función está atribuida a los Colegios en el apartado ñ) del art. 5 de la Ley de 1974).
- g) Organizar, en su caso, cursos para la formación profesional de los postgraduados (esta función está atribuida a los Colegios en el apartado r) del art. 5 de la Ley de 1974)
- h) Visar los trabajos profesionales de los colegiados cuando el visado no sea preceptivo, en los términos previstos en el artículo 31 (esta función está contemplada en el art. 13 de la ley de 1974, que regula la función de visado)

## 5.2. La Aprobación de sus Estatutos y las obligaciones contables

Se trata de actuaciones obligatorias y que suponen sin duda un gasto para el Colegio Profesional, pero que no se configuran en el Anteproyecto como “*servicio obligatorio*”, ni a efectos del control administrativo del art. 37.1, ni a efectos de fijar la cuota colegial conforme al art. 47.2.

En efecto, conforme al art. 39 del Anteproyecto, los Colegios Profesionales tienen que realizar determinadas actuaciones en orden a la aprobación de los Estatutos generales y de sus propios estatutos, sin que la elaboración de esos documentos, a diferencia de la elaboración de la memoria del art. 44, se considere servicio obligatorio a los efectos de cuotas colegiales o intervención administrativa.

Y, conforme a los artículos 48 y 49 del Anteproyecto, los Colegios Profesionales deben cumplir una serie de obligaciones contables y de control de auditoría que, además de perseguir la transparencia, como las obligaciones contempladas en los art. 43 o 44, resultan de obligado cumplimiento y producirán sin duda alguna un gasto. Sin embargo, debiendo considerarse los art. 43 y 44 a los efectos del art. 37 y del art 47, no pueden considerarse las actuaciones del art 48 y 49, por disposición legal, ni para determinar la intervención administrativa de control ni para que su sostenimiento se tenga en cuenta en la fijación de la cuota obligatoria que paguen los colegiados.

---

e) “*sin perjuicio de otros posibles procedimientos arbitrales a realizar por otras Administraciones Públicas*”, y en el hecho de que en el art. 50 se considere función pública, de las Administraciones Públicas competentes, el fomento del Sistema Arbitral de Consumo. Todo ello demuestra su vocación de servir al interés público. Además, resulta evidente la relación de esta función con la “*función pública*” contemplada en el art. 30.1.i)

### 5.3. Las funciones relativas a criterios orientativos

Sólo para Colegios de Abogados y de Procuradores se establece, con carácter voluntario, una función que debe destacarse, por su importancia, cual es la posibilidad de aprobar criterios orientativos

En este sentido, el art. 42 del Proyecto dispone que:

*“Artículo 42. Prohibición de recomendaciones sobre honorarios y de prestación de servicios en competencia con los colegiados.*

*1. Las organizaciones colegiales no podrán establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales.*

*No obstante lo anterior, los Colegios de Abogados y los Colegios de Procuradores podrán elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados y procuradores. 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.*

*2. Las organizaciones colegiales no podrán prestar servicios correspondientes a las actividades profesionales propias de sus colegiados”.*

### 5.4. Impulso de la formación continua

El art. 52 del Anteproyecto dispone que las corporaciones colegiales y asociaciones profesionales, junto con las administraciones públicas, favorecerán la formación continua de los profesionales como vía de mantenimiento de la calidad de los servicios que prestan y velarán por que las competencias o capacidades de los profesionales se mantengan a lo largo de la vida profesional.

## 6. CONCLUSIONES

Conforme a todo lo expuesto en el cuerpo de esta Informe, puede decirse, a modo de conclusión, que:

1. El Anteproyecto no modifica sustancialmente ni la definición y fines ni las funciones que, conforme a la Ley de Colegios Profesionales de 1974, corresponden a los Colegios Profesionales y a los Consejos Generales de Colegios. No obstante, han de destacarse las nuevas funciones atribuidas a los Consejos Generales consistentes en “*garantizar la aplicación de un código deontológico único para la profesión*” (art. 34.2.d) del Anteproyecto), “*desarrollar y mantener esquemas de certificación voluntaria para la actividad profesional o profesión*” (contemplada en el art. 34.2.h) y en el art. 53 del Anteproyecto),

“contribuir a la protección de los consumidores y usuarios y velar porque los colegios realicen funciones que puedan redundar en beneficio de los mismos” (art. 34.3 párrafo e) del Anteproyecto) o informar con carácter preceptivo todos aquellos procedimientos sancionadores o disciplinarios que puedan suponer la expulsión del profesional del Colegio o la suspensión del ejercicio profesional y que pongan fin a la vía administrativa (según contempla el art 34.6 del Anteproyecto).

2. La determinación que se hace en los art, 30.2, 37.1 y 47.2 del Anteproyecto sobre qué ha de entenderse como “funciones públicas” y “servicios obligatorios” de los Colegios Profesionales es útil a los efectos de los art 30.2, 37 y 47 (esto es, respectivamente, a los efectos de precisar qué funciones determinan que sus actos de ejecución sean impugnados conforme a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; qué funciones han de considerarse para determinar la inactividad o mal funcionamiento de los Colegios Profesionales que legitima la intervención administrativa de control; y para determinar al sostenimiento de qué funciones y servicios debe responder la cuota colegial obligatoria.

Pero del articulado del Anteproyecto se deduce que hay otras importantes funciones públicas de los Colegios Profesionales (como las que el art. 34 atribuye a los Colegios Profesionales de ámbito territorial nacional) y también otras funciones y servicios obligatorios (a los que se hace referencia en este informe), aunque no tengan la consideración de “funciones públicas y servicios obligatorios” a los efectos de los art. 30.2, 37 y 47 del Anteproyecto.

3. Conforme a lo establecido en el art. 37.1, las funciones públicas y servicios obligatorios que, de verse afectadas por la inactividad o mal funcionamiento de un Colegio Profesional, determinarían la posibilidad de intervención administrativa de control, son las funciones previstas “en los artículos 30.1, 31, 32, 43 y 44”.

4. Conforme al art. 47.2, las funciones y servicios obligatorios a cuyo sostenimiento debe responder la cuota colegial que lo colegiados están obligados a pagar son “los servicios obligatorios que ha de prestar el Colegio Profesional (considerando tales “los previstos en los artículos 30.1, 31, 32, 43 y 44. En relación al visado, sólo se entenderá como servicio obligatorio cuando sea preceptivo”) y, cuando proceda, las funciones del Consejo General, previstas en el artículo 34, salvo la establecida en el párrafo g) del apartado 2, y las funciones que la normativa autonómica establezca para el Consejo Autonómico, incluidos los medios humanos y materiales necesarios para llevarlos a cabo”.

5. En el art. 47.2 deben considerarse incluidas las funciones contempladas en el art. 34 que, por no existir Consejo General, corresponderían a los Colegios Profesionales de ámbito territorial nacional.

6. El texto del Anteproyecto adolece, en relación a la enumeración y clasificación de funciones, de ciertas deficiencias o imprecisiones de redacción que se exponen en el cuerpo de este Informe.

# El alcance y naturaleza de las agrupaciones colegiales de abogados

(Informe 7/2014)

## 1. ANTECEDENTES

El Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña (ICAC) ha solicitado un informe que versa genéricamente sobre el alcance y naturaleza de las Agrupaciones colegiales, si bien se plantea atendiendo a un caso concreto. Se trata, tal y como lo plantea el propio ICAC, de que:

*“Recientemente un determinado número de colegiados nos ha solicitado la utilización de salón colegial para reunirse, a fin de celebrar una asamblea constituyente de una agrupación colegial.*

*El objetivo de dicha agrupación es:*

*“Concurrir a las próximas elecciones sobre un programa que incluirá necesariamente:*

*1º.- La reforma de los estatutos colegiales en lo que se refiere a las elecciones de cargos para llegar a un sistema de renovación total y simultánea de la Junta de gobierno en el año 2016.*

*2º.- Potenciar el funcionamiento de las secciones por especialidades jurisdiccionales que deben funcionar como “terminales” del Colegio en orden a detectar disfunciones y/o abusos en los tribunales y hacerles frente institucionalmente.*

*3º.- Beligerancia contra la arbitrariedad judicial.*

*4º.- Participación efectiva en la organización de la justicia.*

*5º.- Coordinación con otros colegios de abogados en la consecución de los objetivos comunes.*

*6º.- El reforzamiento y mejora de los servicios a los colegiados”.*

*A mayor abundamiento, estos colegiados han elaborado un proyecto de estatutos cuyos fines son:*

*“Artículo 4. Fines.*

*1. Promover la actuación democrática y solidariamente responsable de la Junta de Gobierno mediante la renovación de todos sus miembros en cada elección.*

*2. Promover la actuación transparente de las instituciones colegiales, para lo que:*

*a) La Junta General incluirá una Memoria anual con información agregada y estadística de: los procedimientos y actuaciones de amparo a los colegiados, motivo o causa de la actuación o expediente, medidas adoptadas y resultado final; los procedimientos sancionadores iniciados y concluidos, infracción a que se refiere cada uno de ellos y resolución final de la Junta de Gobierno. La memoria se publicará en la página web, cuidando de mantener el debido respeto a la legislación en materia de protección de datos de carácter personal.*

*b) La Junta esté obligada a dar contestación expresa en las Junta Generales a cualquier proposición o pregunta hecha por uno o varios abogados con quince días de antelación a la celebración de la junta. A tal fin se incluirá un punto en el orden del día distinto del de “Ruegos y preguntas”.*

c) *Reducir a veinte el número de colegiados necesarios para incluir en el orden del día de la junta general cualquier propuesta para su deliberación y acuerdo.*

d) *Incorporar las tecnologías precisas para posibilitar la presentación de peticiones, sugerencias, quejas y denuncias por vía electrónica, así como su contestación o notificación de la resolución por el mismo medio.*

4. *Promover el amparo de los abogados frente a cualquier conducta de los juzgados, tribunales, fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado o autoridades de cualquier orden y, en general, de los poderes públicos, que atente al debido respeto y a la colaboración debida en la función de defensa y asistencia que a aquellos les atribuye de forma exclusiva el artículo 24.2 de la Constitución Española.'*

El ICAC plantea además cuatro preguntas concretas que se transcriben a continuación:

1. ¿Pueden considerarse como fines propios de la Corporación el objetivo particular de una agrupación colegial consistente en concurrir a las elecciones colegiales?
2. ¿Resulta compatible la actuación subordinada a la Junta de Gobierno de las agrupaciones colegiales con la libre concurrencia a unas elecciones colegiales?
3. ¿Cabe una agrupación colegial que tenga unos fines de la extensión y naturaleza transcritos, sin que entre en colisión con las competencias propias de las Juntas de Gobierno?
4. ¿La aprobación de una agrupación colegial de estas características está amparada por la normativa estatutaria?

## **2. LAS ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DE LOS COLEGIOS**

La especial naturaleza de los Colegios Profesionales implica necesariamente un régimen jurídico específico de carácter mixto, integrado por normas de carácter público y otras de carácter privado.

El carácter público del Colegio Profesional viene determinado desde su nacimiento a la vida jurídica, al requerir un plus sobre la voluntad asociativa de sus miembros, 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 al Colegio Profesional el monopolio para ordenar el ejercicio de dicha profesión en el ámbito geográfico correspondiente.

Sin perjuicio de esta función pública, los Colegios Profesionales tienen las funciones 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.

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 2.011) que el perfil privado de los Colegios es más acentuado que el público, que se limita a una suerte de descentralización funcional 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. Esta complejidad descrita apunta a la heterogeneidad de funciones y, por ende, a su consideración como Administración de base corporativa o, más bien, Corporación con atribuciones públicas.

En cuanto a los principios básicos de la organización, se garantiza la aplicación efectiva del principio democrático y se consagra normativamente una organización (autoorganización) flexible para los Colegios, permitiendo que adopten estructuras y organizaciones diferentes según sus necesidades. Debe tenerse en cuenta que la dimensión, la dispersión de la población y de los profesionales (abogados en nuestro caso), las dificultades geográficas u otras circunstancias pueden exigir soluciones no idénticas en todos los casos.

El artículo 36 de la Constitución Española prevé con respecto a los Colegios profesionales que *“La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos”*. En materia organizativa, el texto constitucional se limita a garantizar el principio democrático en la organización y funcionamiento colegial.

A. En el ámbito estatal, la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (LCP) deja bien claro en su artículo 1.1 la naturaleza jurídico-pública de los Colegios, al disponer que:

*“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”*.

Este carácter público determina el sistema de fuentes de su regulación. Y así, el artículo 6.1 LCP prevé que:

*“Los Colegios Profesionales, sin perjuicio de las Leyes que regulen la profesión de que se trate, se rigen por sus Estatutos y por los Reglamentos de Régimen interior”.*

Dejando al margen las escasas menciones legales sobre la estructura colegial, rige el principio de *autoorganización*. El artículo 6.3.c) LCP tan sólo prevé que los Estatutos generales de la profesión regularán los “*Órganos de gobierno y normas de constitución y funcionamiento de los mismos, con determinación expresa de la competencia independiente, aunque coordinada, de cada uno y con prohibición de adoptar acuerdos respecto a asuntos que no figuren en el orden del día*”.

El apartado 4 del mismo artículo 6, consagrando ese principio de *autoorganización* antes mencionado, añade lo siguiente:

*“Los Colegios elaborarán, asimismo, sus estatutos particulares para regular su funcionamiento. Serán necesariamente aprobados por el Consejo General, siempre que estén de acuerdo con la presente Ley y con el Estatuto General”.*

Y el artículo 6.5 se refiere a alguno de los órganos que debe existir en los Colegios, como son el “*Presidente, Decano, Síndico u otros similares*” y las “*Juntas Directivas o de Gobierno u otros Órganos análogos*”.

**B.** En el ámbito autonómico gallego, es la la Ley 11/2001, de 18 de septiembre, de colegios profesionales de la Comunidad Autónoma de Galicia, la norma decisiva.

Su artículo 4, al referirse a la naturaleza jurídica de los Colegios, recibe lo ya establecido en la Ley estatal y dispone lo siguiente:

*“Los colegios profesionales y los consejos gallegos de colegios son corporaciones de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”.*

Por su parte, el artículo 5 reviste especial interés, en cuanto regula la estructura interna y régimen de funcionamiento colegial, si bien se limita a sentar el principio básico que ha de presidirla, como es el principio democrático:

*“La estructura interna y el funcionamiento de los colegios profesionales y de los consejos gallegos de colegios deberán ser democráticos”.*

Bien es verdad que la Ley gallega, en su artículo 19, establece una organización mínima del Colegio profesional. No obstante, su esquematismo o parquedad viene a consagrar el principio autoorganizativo al que nos he-

mos referido anteriormente, respetando esa mínima estructura legalmente diseñada. Dispone lo siguiente el precepto:

*“1. Son órganos esenciales de la estructura colegial*

*a) El órgano plenario.*

*b) El órgano de gobierno.*

*c) El órgano presidencial.*

*2. Los estatutos podrán crear otros órganos jerárquicamente dependientes de los anteriores”.*

C. El Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE) aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, materializa en el ámbito del ejercicio de la Abogacía la necesaria existencia de unos *Estatutos generales* para toda la profesión y fija la estructura básica de los Colegios de Abogados en su artículo 47 de la siguiente forma:

*“1. El Gobierno de los Colegios estará presidido por los principios de democracia y autonomía.*

*2. Cada Colegio de Abogados será regido por el Decano, la Junta de Gobierno y la Junta General. Los Estatutos particulares de los Colegios cuyo número de colegiados lo aconseje podrán disponer, además, de una Asamblea Colegial de carácter permanente”.*

En consecuencia, la organización de los Colegios de Abogados se estructura básicamente en el Decano, la Junta de Gobierno y la Junta General y, en determinados Colegios, la Asamblea Colegial.

Pero, junto a los anteriores, pueden existir en los Colegios otros órganos individuales o colegiados y a alguno de ellos se refiere específicamente el artículo 53 EGAE al tratar de las atribuciones de la Junta de Gobierno. Y así su letra n) es del siguiente tenor:

*“n) Establecer, crear o aprobar las delegaciones, agrupaciones, comisiones o secciones de colegiados que puedan interesar a los fines de la corporación, regulando su funcionamiento y fijando las facultades que, en su caso, le deleguen”.*

### **3. LAS AGRUPACIONES COLEGIALES DE ABOGADOS**

Llegamos de esta forma a ese específico tipo de órgano al que viene referida la consulta: las Agrupaciones colegiales de abogados.

El artículo 54 EGAE determina cómo se deben crear en los Colegios de Abogados estos órganos y cuál es su régimen jurídico esencial, disponiendo al respecto que:

*“1. Corresponde a la Junta de Gobierno aprobar la constitución, suspensión o disolución de las agrupaciones de abogados jóvenes, o cualesquiera otras que puedan constituirse en el seno del Colegio, así como sus Estatutos y las modificaciones de los mismos.*

*2. Las agrupaciones de abogados que estén constituidas o se constituyan en cada Colegio actuarán subordinadas a la Junta de Gobierno.*

*3. Las actuaciones y comunicaciones de las comisiones, secciones y agrupaciones existentes en el seno del Colegio habrán de ser identificadas como de tal procedencia, sin atribuirse a la corporación”.*

Resulta destacable que el EGAE mencione expresamente las Agrupaciones de abogados jóvenes, tradicionales en el ámbito colegial de la Abogacía y cauce institucional de participación de quienes se inician en el ejercicio profesional.

Las Agrupaciones de abogados sólo se pueden crear en cada Colegio por acuerdo de la Junta de Gobierno, que también debe aprobar los Estatutos de la agrupación. Además es la Junta de Gobierno el órgano competente para acordar la disolución de la Agrupación.

Las Agrupaciones no tienen personalidad jurídica propia, sino que son órganos colegiales. Como tal órgano actúan subordinadas a la Junta de gobierno. Esta previsión implica que las Agrupaciones se encuentran situadas en una posición de dependencia jerárquica con respecto a las Juntas de Gobierno.

El de jerarquía es un principio típico de la organización administrativa. Se trata de un tipo de relación que se establece entre los órganos de una persona jurídica y, dentro de ésta si es muy compleja, entre aquellos órganos que tienen atribuida una misma competencia material. Para ello, en una Administración normal el órgano superior controla la actividad del órgano inferior a través del ejercicio de diversos poderes, como son:

- dirección de su actividad mediante órdenes o instrucciones,
- inspección y vigilancia de su actuación,
- potestad disciplinaria,
- capacidad para resolver los conflictos entre órganos inferiores,
- resolución de recursos frente a los actos del inferior, etc.

Sin embargo, en una Administración corporativa este diseño aparentemente tan claro se difumina. No olvidemos que según el artículo 54.3 EGAE, *“las actuaciones y comunicaciones de las comisiones, secciones y agrupaciones existentes en el seno del Colegio habrán de ser identificadas como de tal procedencia, sin atribuirse a la corporación”*, esto es, sin atribuirse al Colegio pro-

fesional. Se dota así a las Agrupaciones de una autonomía extraordinaria, difícilmente compatible conceptualmente con la subordinación respecto a la Junta de Gobierno que se acaba de exponer. Ahora bien, esa aparente incompatibilidad conceptual debe salvarse atendiendo al contenido de cada norma, que debe aplicarse.

En cualquier caso, la dialéctica jerarquía-autonomía no se refiere a conceptos antagónicos, pero sí difícilmente conciliables. Lo que resulta aún más complicado de explicar es que una actuación de un órgano no se impute a la persona jurídica.

La imputación consiste en la atribución a un sujeto de las consecuencias jurídicas derivadas de su actuación o de la de otros. Tratándose de personas físicas sólo hay problemas cuando nos encontramos ante de una actuación ajena.

Cuando el sujeto es una persona jurídica siempre se plantea el problema de la imputación, ya que la persona jurídica es un sujeto inmaterial y quienes aparecen actuando son sus agentes. La imputación en estos casos se resuelve mediante una de las técnicas siguientes:

- a) Representación legal: el representante imputa al representado los efectos jurídicos de los actos realizados por su cuenta.
- b) Relación orgánica (teoría el órgano): el titular del órgano imputa todos los aspectos de los actos que realiza a la persona jurídica de la que forma parte.

No obstante, también es cierto que toda persona jurídica (como las físicas) puede actuar mediante representante, pero en tal caso el ente no recibe la imputación formal de los actos del representante, sino sólo sus efectos.

Las organizaciones pueden haber sido personificadas por el ordenamiento jurídico convirtiéndolas en sujetos jurídicos, esto es, atribuyéndoles el grado máximo de aptitud para la producción e imputación de efectos jurídicos. En la teoría del órgano lo que se produce es que una determinada unidad o parte de la organización es calificada por la norma como idónea para expresar la voluntad de dicha persona jurídica. *A sensu contrario*, existen otras partes de la organización que no son calificadas por la norma para expresar la voluntad de la persona jurídica. Pues bien, éste es el caso de las Agrupaciones de abogados en los Colegios: sus actos no se atribuyen —no se imputan— al Colegio de Abogados respectivo.

La razón de que las Agrupaciones —y las Comisiones y Secciones— existan y se constituyan en los Colegios de Abogados es la misma que sirve de

base a la existencia de los Colegios y que ha sido destacada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 17 de enero de 2013 (recurso de inconstitucionalidad n° 1893/2002), cuando se refiere precisamente a la esencia y razón de ser de la institución colegial. En el fundamento jurídico 6 de la sentencia afirma el Alto Tribunal que la razón de atribuir a los Colegios 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. Y lo hace de la siguiente forma:

*“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. 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 funcionarial’, 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.*

No puede pasarse por alto que la mención al ‘ejercicio libre’ de la profesión como objeto de la función ordenadora de los colegios que, inicialmente figuraba en el proyecto de Ley de colegios profesionales, fuera eliminada durante la tramitación por entender que la función de los colegios profesionales era la ordenación deontológica y la reglamentación general de cualesquiera formas de ejercicio profesional, es decir, fuera en el ejercicio libre o en el prestado en régimen de dependencia administrativa, institucional o laboral”.

Es decir, el Constituyente al redactar el artículo 36 de la Constitución y el legislador al desarrollarlo han venido atribuyendo conscientemente una serie de competencias públicas a los Colegios —y no a la Administración te-

ritorial o institucional— por razones esenciales de eficacia (principio que rige la actuación de la Administración y se recoge en el artículo 103.1 de la propia Constitución) basadas en la “*pericia y experiencia de los profesionales que constituyen su base corporativa*”.

Pues bien, las Agrupaciones coadyuvan a la mejor gestión colegial en cuanto *agrupan* a abogados de características similares, ya sea atendiendo a su edad o antigüedad en el ejercicio profesional, a la forma en que realizan ese ejercicio profesional o a cualquier otra. En todo caso, se trata siempre de abogados con intereses comunes, que buscan un canal de participación institucional para tratar de conseguir una mejor regulación, ordenación o gestión de su actividad profesional y de sus relaciones con la organización colegial; o simplemente la mejor protección de los integrantes del colectivo. Y esto, sin duda, facilita un mejor y más sencillo y natural ejercicio de las funciones públicas sobre la profesión que corresponden a los Colegios.

Ahora bien, la creación de Agrupaciones no es obligatoria, no es obligado integrarse en ellas, sino que se trata de una decisión voluntaria de cada abogado. Si la creación de Colegios y la necesaria pertenencia a ellos en los casos de colegiación obligatoria no incide negativamente en la libertad de asociación que reconoce la Constitución, mucho menos puede afirmarse algo parecido en el caso de las Agrupaciones, que presuponen la existencia del Colegio.

La cuestión ha sido abordada desde la perspectiva constitucional por las sentencias del Tribunal Constitucional 244/1991 de 16 de diciembre, 93/1992, de 11 de junio y 166/1992 de 26 de octubre, que han reconocido la constitucionalidad del régimen de adscripción forzosa a los Colegios profesionales, amparándose en la mención del artículo 36 de la Constitución a las peculiaridades de los Colegios profesionales y en las funciones públicas que, como corporaciones sectoriales de base privada y naturaleza mixta, les corresponden. El Tribunal Constitucional sigue el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 23 de junio de 1981, *caso De Meyère, Le Compte y Van Leuven*, que se fundó en el carácter de institución pública de la Orden de Médicos y en la sentencia de 10 de febrero de 1983, *caso Albert y Le Compte*).

Más aun, la existencia de Agrupaciones no excluye la eventual existencia de Asociaciones de abogados creadas por éstos libremente para la defensa de sus intereses comunes o el desarrollo de iniciativas colectivas. Bien es verdad que estas asociaciones carecerán de la *vis* pública y, por consiguiente, de las potestades que el Legislador atribuye en forma exclusiva a los Colegios profesionales. De ahí que participar en el Colegio a través

de una Agrupación sea algo cualitativamente distinto a realizar actividades fuera del Colegio mediante la creación de una asociación. Y obviamente esto conlleva que las Agrupaciones tengan algunas limitaciones que a las asociaciones, por su propia naturaleza (y personalidad jurídica) no les pueden afectar.

En cualquier caso, conviene recordar que el Tribunal Constitucional se manifestó ya expresamente sobre la constitucionalidad de la previsión de subordinación de las Agrupaciones a las Juntas de Gobierno colegiales. Lo hizo en su sentencia 123/1987, de 15 julio —que aun referida al anterior EGAE resulta plenamente aplicable porque la regulación cuestionada es idéntica en el vigente—, cuyo Fundamento jurídico tercero afirma lo siguiente:

*“Se impugna el art. 64.3 del Estatuto de la Abogacía. Este precepto dice que ‘las agrupaciones de Abogados jóvenes, donde estén constituidas o se constituyan, actuarán subordinadas a las Juntas de Gobierno, a las que corresponde autorizar sus Estatutos o las modificaciones de los mismos’, añadiendo el precepto que las actuaciones o comunicaciones destinadas a trascender fuera del Colegio pasarán a través de las Juntas de Gobierno, que decidirán previamente su pertinencia.*

*Suponen los recurrentes que este precepto constituye una vulneración del principio de libertad asociativa reconocido en el art. 22 de la Constitución, además de lo que llaman una nueva posible infracción del principio de igualdad reconocido en el art. 14 de la Norma constitucional.*

*Convendrá, ante todo, dejar de lado, por carecer de fundamento, esta última alegación, que quiere entroncarse con la idea de que hay un diferente trato de las asociaciones o agrupaciones de Abogados jóvenes constituidas antes de la entrada en vigor del Estatuto y las constituidas después, lo que no guarda relación alguna con el citado art. 14 de la Constitución, pues es natural potestad del legislador cambiar las leyes y la del autor de una norma modificar ésta. Por lo que la relación igualdad-diferenciación no puede establecerse comparando normas anteriores con normas posteriores.*

*Para resolver el problema de fondo planteado, en torno al art. 64.3 del Estatuto de la Abogacía, no es impertinente recordar que la Constitución en su art. 36 ha reconocido e institucionalizado las corporaciones de profesionales, conocidas con el nombre de Colegios, estableciendo respecto de ellos una reserva de ley y el mandato de que su estructura interna y su funcionamiento sean democráticos. De acuerdo con la legislación vigente, cuya legitimidad constitucional no ha sido puesta en duda, se trata de corporaciones de Derecho público, como han señalado entre otras la STC 23/1984, de 20 de febrero, y la STC 76/1983, de 5 de agosto. Puede considerarse, como algún relevante sector doctrinal dice, que son corporaciones sectoriales de base privada, esto es, corporaciones públicas por su composición y organización, que, sin embargo, realizan una actividad que en gran parte es privada, aunque tengan atribuidas por la ley o delegadas algunas funciones públicas. Desde este punto de vista, resulta claro que todo el Estatuto de los Colegios de Abogados, y en particular el art. 64.3, constituye una norma de organización de tales corporaciones, ajena a la libertad de asociación de que trata el art. 22 de la Constitución. El art. 64.3 del Estatuto es una norma de organización interna de los Colegios, que regula la actuación,*

*en el seno de la corporación, de determinados sectores de colegiados, sometiendo, como es lógico, esa actuación intracolegial a la organización general del Colegio e impidiendo, razonablemente que puedan convertirse en un colegio dentro de otro o sustituir total o parcialmente a éste. Por ello, la norma discutida no vulnera el derecho de asociación de los Abogados. Regula una actividad intracolegial de determinados sectores del colegio dentro de él, que tienen, en lo demás, plena libertad asociativa.*

La conclusión clara es que la norma resulta plenamente constitucional y no vulnera el derecho de asociación de los abogados.

### **3. LAS AGRUPACIONES COLEGIALES DE ABOGADOS EN EL ICAC**

En los Estatutos del ICAC, parafraseando al EGAE, se recoge como atribución de la Junta de Gobierno (artículo 45) la siguiente:

*“A) Con relación al ejercicio profesional: (...)*

*n) Establecer, crear o aprobar las delegaciones, agrupaciones, comisiones o secciones de colegiados que puedan interesar a los fines de la corporación, regulando su funcionamiento y fijando las facultades que, en su caso, le deleguen”.*

Y en línea también con el EGAE, prevé el artículo 46 que:

*“1. Dentro de las facultades a que se hace referencia en el apartado 1.n) del artículo anterior corresponde a la Junta de Gobierno aprobar la constitución, suspensión o disolución de las agrupaciones de abogados jóvenes, o cualesquiera otras que puedan constituirse en el seno del Colegio, así como sus Estatutos y las modificaciones.*

*2. Las agrupaciones de abogados que estén constituidas o se constituyan en cada Colegio actuarán subordinadas a la Junta de Gobierno.*

*3. Las actuaciones y comunicaciones de las comisiones, secciones y agrupaciones existentes en el seno del Colegio habrán de ser identificadas como de tal procedencia, sin atribuirse a la corporación”.*

Junto a las previsiones estatutarias, la Junta de Gobierno del ICAC aprobó, el 4 de diciembre de 2013, las denominadas “*Normas para la constitución y funcionamiento de las agrupaciones, comisiones o secciones en el seno del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña*”. Por su relevancia se transcriben a continuación las citadas Normas en su integridad:

*“La Junta de Gobierno, en virtud de las atribuciones conferidas en los arts. 53-n) y 54 del Estatuto General de la Abogacía Española y con la finalidad de promover y organizar actividades y servicios de interés para los colegiados, de carácter profesional, cultural, asistencial y análogos, desde la sede colegial y con utilización de sus instalaciones, ha aprobado las siguientes normas que regirán la constitución y*

*funcionamiento de las agrupaciones, secciones y comisiones que pretendan acogerse en el seno del Colegio y a que se refieren los citados artículos del Estatuto General.*

**Norma primera**

**A)** *En el seno del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña podrán constituirse Agrupaciones, Secciones y Comisiones, para el estudio, desarrollo y fomento de actividades en las distintas ramas o especialidades del Derecho, o en peculiaridades concretas del ejercicio profesional.*

**B)** *Sólo podrá existir una Agrupación, Sección o Comisión para cada actividad, sin que pueda autorizarse en ningún caso su constitución cuando exista otra con idéntico o análogo objeto o fin.*

**Norma segunda.-** *Las Agrupaciones, Secciones y Comisiones colegiales se constituirán dentro del Colegio de Abogados y carecerán de personalidad jurídica o de capacidad de representar a la institución colegial, si bien gozarán de un “status” particular, en orden a la autoorganización y autodefinición de sus funciones y actividades, así como para la utilización de los servicios e instalaciones colegiales.*

**Norma tercera.-** *La iniciativa para la creación de Secciones colegiales podrá partir de la Junta de Gobierno o de una propuesta suscrita por al menos veinte colegiados.*

**Norma cuarta.-** *Las Secciones, Agrupaciones o Comisiones colegiales tendrán una función participativa, configurándose como el medio idóneo para que los colegiados intercambien opiniones y experiencias y busquen soluciones a los problemas que presenta el ejercicio profesional. Aun cuando la función específica de las Secciones no sea formativa, sí que podrán organizar actividades concretas de interés para sus miembros, y deberán colaborar con los cursos, conferencias o seminarios que se organicen por la Comisión de Formación del Colegio de Abogados.*

**Norma quinta.-** *Las Agrupaciones, Secciones y Comisiones colegiales actuarán subordinadas a la Junta de Gobierno; si bien podrán tener finalidades, actividades profesionales y órganos propios, dentro de las normas colegiales, conforme a las reglas establecidas por sus propios miembros, estando abiertas a la incorporación de todos los colegiados, sin perjuicio de poder establecer requisitos objetivos directamente relacionados con el objeto o especialidad de la misma.*

*A dichos efectos, las Agrupaciones, Secciones y Comisiones colegiales deberán someter a la Junta de Gobierno sus estatutos o reglas internas de funcionamiento, con el objeto de verificar que las mismas respetan estas normas generales y no vulneran ninguna disposición estatutaria o colegial. Caso de rechazar la aprobación de las reglas de régimen interno de alguna Sección, la Junta de Gobierno dictará resolución motivada que podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil.*

**Norma sexta.-** *El Colegio apoyará el funcionamiento de las Agrupaciones, Secciones y Comisiones colegiales, mediante subvenciones y la aportación de su infraestructura, en la medida de sus posibilidades y teniendo en cuenta el número de integrantes, si el acceso es totalmente abierto o restringido, si se perciben o no cuotas propias (así como el importe de las mismas), y esencialmente el programa de actividades colegiales o sociales que se hayan realizado en el año anterior y las que proyecten en el programa para el siguiente año, que necesariamente, deberán presentar a la Junta de Gobierno antes de la convocatoria de la Asamblea General del Colegio en la que se deban aprobar los presupuestos del mismo.*

**Norma séptima.-** *Las Secciones, Agrupaciones y Secciones colegiales podrán fijar cuotas de incorporación o periódicas para contribuir a sufragar sus gastos, que no podrán superar el 50% de la cuota ordinaria del Colegio salvo acuerdo expreso de*

la Junta de Gobierno, que podrá admitir con carácter excepcional cuotas superiores para un determinado ejercicio o anualidad previa solicitud razonada de la Sección que lo proponga, a la que deberá acompañarse un informe motivado que justifique tal petición.

**Norma octava.-** Se creará un Registro de Agrupaciones, Secciones y Comisiones colegiales, en el que figurarán todas las que reúnan las condiciones previstas en este Reglamento (cuya denominación no podrá ser utilizada por ninguna otra), así como el número e identidad de sus integrantes, que deberá actualizarse al 31 de diciembre de cada año, quedando también incorporada en el citado registro los estatutos o normativa de Régimen Interno de cada Agrupación, Sección y Comisión, así como la composición actualizada de sus órganos directivos.

**Norma novena.-** Las Agrupaciones, Secciones y Comisiones colegiales deberán elaborar una memoria anual de actividades, cuyo contenido se facilitará a la Junta de Gobierno antes del día 15 de enero del año siguiente, para poder rendir informe en la Junta General Ordinaria del mes de enero.

**Disposición Transitoria.-** En el plazo de un mes desde la aprobación de las presentes normas, los colectivos existentes que deseen acogerse a la denominación de Sección colegial deberán solicitarlo por escrito de la Junta de Gobierno”.

La regulación colegial respeta en lo esencial las previsiones normativas antes vistas (aun cuando contiene algún precepto de difícil interpretación no merece la pena detenerse en ello por tratarse de previsiones ajenas al objeto del presente informe). Y, desde nuestro punto de vista, reviste especial interés la afirmación de que “*las (...) Agrupaciones (...) colegiales tendrán una función participativa, configurándose como el medio idóneo para que los colegiados intercambien opiniones y experiencias y busquen soluciones a los problemas que presenta el ejercicio profesional*”. Esto coincide con lo antes expuesto como razón de ser esencial de las Agrupaciones colegiales de abogados.

Se les concede además una preferencia para la utilización de los servicios e instalaciones colegiales.

Antes de pasar a contestar las preguntas concretas que se han formulado por el ICAC interesa destacar que el planteamiento de consulta por parte del Colegio hace referencia a una actuación que resulta ya inicialmente cuestionable. Se introduce la consulta de la siguiente manera:

*“Recientemente un determinado número de colegiados nos ha solicitado la utilización de salón colegial para reunirse, a fin de celebrar una asamblea constituyente de una agrupación colegial”.*

Sin embargo, ya sabemos que la creación de Agrupaciones corresponde —es competencia— de la Junta de Gobierno, no de los abogados que pretenden agruparse. En consecuencia, la reunión que se pretende celebrar no será constitutiva puesto que para que la Agrupación exista hace falta el acuerdo de la Junta de Gobierno. Será en todo caso *promotora* o similar.

#### **4. LAS CUESTIONES CONCRETAS PLANTEADAS POR EL ICAC**

Como ya se indicó anteriormente, el ICAC formula cuatro preguntas concretas que deben ser ahora contestadas. En cierto modo, las contestaciones vienen a sustituir a las conclusiones típicas de los Informes.

##### **4.1. ¿Pueden considerarse como fines propios de la Corporación el objetivo particular de una agrupación colegial consistente en concurrir a las elecciones colegiales?**

El artículo 45.A.n) de los Estatutos ICAC prevé que corresponde a la Junta de Gobierno “*establecer, crear o aprobar las delegaciones, agrupaciones, comisiones o secciones de colegiados que puedan interesar a los fines de la corporación*”.

Por su parte, la Norma quinta del ICAC antes transcrita prevé que “*las Agrupaciones, Secciones y Comisiones colegiales deberán someter a la Junta de Gobierno sus estatutos o reglas internas de funcionamiento, con el objeto de verificar que las mismas respetan estas normas generales y no vulneran ninguna disposición estatutaria o colegial*”

Ahora bien, ninguno de los preceptos que hemos visto exige que el objetivo de la creación de una Agrupación integre un fin propio del Colegio. Tal vez se trata de un problema de planteamiento de la consulta. Señalado esto, queda claro que la finalidad o el objetivo de “*concurrir a las próximas elecciones sobre un programa (...)*” no es un fin u objetivo idóneo para una Agrupación colegial de abogados. Se trata de un fin excluyente, que responde a un interés puramente particular de quienes pretenden presentarse —aunque el programa de candidatura incluya después objetivos muy loables en beneficio de todos— y que, en consecuencia, no se ajusta a las previsiones normativas que justifican la creación de Agrupaciones.

##### **4.2. ¿Resulta compatible la actuación subordinada a la Junta de Gobierno de las agrupaciones colegiales con la libre concurrencia a unas elecciones colegiales?**

Tal como está formulada la pregunta parece que la respuesta debería ser afirmativa. Debe tenerse en cuenta que en muchas ocasiones los miembros de la Junta de Gobierno se presentan a la reelección, por lo que no sólo cabría una actuación subordinada a la Junta de los candidatos, sino que cabe la presentación de la Junta misma.

No obstante, dejando los juegos dialécticos a un lado, ya hemos afirmado en la respuesta anterior que el interés particular de quienes pretenden

formar una candidatura para presentarse a las elecciones es incompatible con el concepto de Agrupación colegial de abogados.

Sin duda, lo que en este caso se pretende con la Agrupación es un verdadero fraude de ley. Y así, lo que no casa en modo alguno con la necesaria subordinación a la Junta de Gobierno y el imprescindible respeto de las normas generales, estatutarias y colegiales es que el objetivo declarado sea conseguir unos Estatutos particulares del Colegio distintos a los existentes. Esto es legítimo y se puede hacer desde dentro del Colegio mediante la creación de una Comisión *ad hoc* o desde fuera mediante la formación de una candidatura o una asociación que la propugne, pero la utilización de la figura de la Agrupación es inidónea.

#### **4.3. ¿Cabe una Agrupación colegial que tenga unos fines de la extensión y naturaleza transcritos, sin que entre en colisión con las competencias propias de las Juntas de Gobierno?**

La primera premisa es que los fines son legítimos en sí mismos. Sin embargo, son inadecuados para una Agrupación colegial de abogados. Para conseguirlos no es un medio idóneo la constitución de una Agrupación, que debe actuar subordinada a un órgano cuya actuación se pretende cambiar. No tiene sentido lógico ni jurídico.

Los fines de la Agrupación implican la reforma estatutaria del Colegio. Es más, en realidad ése es el fin, la reforma de los Estatutos particulares, junto a la presentación de una candidatura en las elecciones a los cargos colegiales. Es obvio, en consecuencia, que no debería aprobarse por parte de la Junta de Gobierno la constitución de una Agrupación como la propuesta.

En otro orden de ideas, la pregunta se refiere a la colisión de la Agrupación con las competencias de la Junta de Gobierno, pero en realidad lo que los promotores de la Agrupación pretenden es conseguir una transformación de la Junta y de otros órganos colegiales— y de su forma de actuar.

#### **4.4. ¿La aprobación de una agrupación colegial de estas características está amparada por la normativa estatutaria?**

La pregunta exige una respuesta taxativa. Después de lo comentado en las respuestas dadas a las preguntas anteriores es obvio que la única conclusión para este caso es que la normativa de aplicación justifica con toda claridad que la Junta de Gobierno no acuerde constituir la Agrupación a la que nos venimos refiriendo.



# INFORMES 2011

## *Informe n° 1/2011*

La intervención judicial de las **comunicaciones abogado-cliente** y sus consecuencias sobre el derecho a la defensa en el proceso penal

## *Informe n° 2/2011*

Propiedad, posesión, uso y abuso de los **expedientes de clientes** en los despachos de abogados

## *Informe n° 3/2011*

Utilización del **cloud computing** por los despachos de abogados

## *Informe n° 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 n° 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 n° 6/2011*

**El derecho de huelga** de Jueces y Magistrados

## *Informe n° 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 n° 8/2011*

Las posibilidades de reacción del abogado en caso de **retraso en las audiencias públicas**

## *Informe n° 9/2011*

El tratamiento en **IVA de las cuotas satisfechas** a los colegios profesionales por sus miembros

## *Informe n° 10/2011*

La aplicación del **recurso cameral** permanente a la actividad profesional de los abogados

*Informe n° 11/2011*

La regulación de **la función de “lobby”** por los despachos de abogados en la Unión Europea

*Informe n° 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 n° 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**





