

LIBRE PRESTACION DE SERVICIOS POR LOS ABOGADOS. REGLA DE EXCLUSIVIDAD TERRITORIAL

(Comentario a la Sentencia del TCJE de 25 de febrero
de 1988, causa 427/85)

Por MARIA CONCEPCION APRELL LASAGABASTER (*)

SUMARIO

I. HECHOS CONCURRENTES.—II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—III. IMPLICACIONES DE LA SENTENCIA.—IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA EFECTIVIDAD DE LA SENTENCIA.

I. HECHOS CONCURRENTES

La Sentencia de 25 de febrero de 1988 (1) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declara, a instancias de la Comisión, que interpuso recurso contra la República Federal de Alemania (RFA), conforme al artículo 169 del Tratado de la CEE, el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aplicación por la RFA de los artículos 59 y 60 del Tratado de Roma y de la Directiva 77/249/CEE, de 22 de marzo, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados en el seno de la Comunidad Económica Europea.

(*) Ayudante de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca.

(1) TJCE, Sentencia de 25 de febrero de 1988 (Comisión c/. RFA, 427/85). Aún no publicada.

Por carta de 26 de mayo de 1983, la Comisión emplazó al Gobierno de la RFA a que en el plazo de 30 días presentase las observaciones que estimase oportuno respecto de alguna de las disposiciones, en particular el artículo 4 de la Ley alemana de 16 de agosto de 1980, que desarrolla la Directiva 77/249/CEE, ya que estimaba que no era compatible con el artículo 5 de dicha Directiva. Las imputaciones de la Comisión se referían, en primer lugar, al ámbito de la obligación de actuación en «concierto» con abogado alemán, ya que la Ley alemana que desarrolla la Directiva exigía que incluso en los procedimientos para los que el Derecho alemán no impone asistencia obligatoria por un letrado, el abogado comunitario prestatarario de servicios debería actuar en «concierto» con abogado alemán; en segundo lugar, la Comisión consideraba que algunas de las modalidades de actuación en concierto, como las que recoge el artículo 4.1 y 2 de la Ley alemana de 1980, no son conformes al espíritu de la Directiva 77/249CEE, y, por último, la Comisión criticaba la aplicación por analogía del artículo 52, p/2, de la Bundesrechtsanwaltordnung (BRA), prevista por el artículo 4.3 de la Ley alemana que desarrolla dicha Directiva, y que recoge la regla de exclusividad territorial.

El Gobierno alemán contestó a estas críticas, rechazándolas, por carta de su Ministro de Justicia, el 27 de octubre de 1983, señalando que las disposiciones de la Ley de 1980 eran necesarias para garantizar el buen funcionamiento de la Justicia.

No satisfecha por la contestación, la Comisión envió el 10 de abril de 1985 un Dictamen motivado conforme al artículo 169 del Tratado, invitando a la RFA a tomar las medidas necesarias, en el plazo de dos meses, para adaptarse al contenido de la Directiva.

Por Nota Verbal de 5 de noviembre de 1985, el Gobierno alemán presentó sus observaciones al Dictamen de la Comisión, declarando estar dispuesto, sin perjuicio de su interpretación de la Directiva, a comprometerse a que el «concierto» previsto en el artículo 5 de la Directiva sea impuesto únicamente en los procedimientos en los que la representación o defensa por un abogado está previsto por ley. Además, declara que está dispuesto a reexaminar su legislación sobre algunos de los puntos relativos a la obligación de concertación, añadiendo, sin embargo, que la legislación nacional objeto de crítica no sería modificada en el plazo de dos meses concedidos por la Comisión en el Dictamen motivado.

La Comisión, estimando que el Gobierno alemán no había cumplido ni

en el fondo ni en la forma el Dictamen, presentó recurso de incumplimiento conforme al artículo 169 del Tratado, que ha conducido a la presente Sentencia.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia considera que las imputaciones alegadas por la Comisión tienen razón de ser, y que la RFA ha incumplido las obligaciones que se derivan de los artículos 59 y 60 del Tratado y de la Directiva 77/CEE (de aquí en adelante «la Directiva»), dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios de los abogados, al imponer a éstos una serie de obligaciones desproporcionadas con los servicios prestados en el territorio de la RFA, impidiendo con ello el pleno ejercicio del Derecho a la libre prestación de servicios. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal analiza de forma sistemática y exhaustiva la normativa comunitaria y alemana y la aplicación de ambas en el territorio alemán.

Las críticas de la Comisión se dirigen, en particular, a la forma en que la legislación alemana ha desarrollado la Directiva comunitaria, en lo que respecta al deber de concierto impuesto a los abogados establecidos en otro Estado miembro, cuando quieren ejercer sus actividades en territorio alemán, conforme al principio de libertad de prestación de servicios, reconocido como tal en los artículos 59 y 60 del Tratado para todo ciudadano comunitario. La noción de «concierto» está basada en el artículo 5 de la Directiva, que reconoce el derecho de los Estados miembros a imponer a los abogados prestatarios de servicios, para el ejercicio de actividades relativas a representación y defensa de clientes, la necesidad de «actuar en concierto», bien con un abogado autorizado ante el órgano jurisdiccional competente, que será el responsable, si es necesario, ante él, o bien con un «avoue» o «procuratore».

Estas críticas de la Comisión, aceptadas por el Tribunal, recogen tres problemas distintos: el ámbito del «concierto», las modalidades del mismo y la territorialidad de la postulación.

1. *Ámbito del «concierto»*

Según el artículo 4 de la Ley alemana de 1980, la obligación de actuar en concierto con un abogado establecido en la RFA se aplica cuando el abo-

gado prestatario de servicios se propone intervenir «en calidad de representante o defensor del cliente» en los procedimientos judiciales, así como en ciertos procedimientos administrativos. Para la Comisión, la definición contenida en el artículo 4 de la Ley resulta demasiado amplia, ya que el ámbito en el que el «concierto» es impuesto hace referencia no sólo a actividades ante los Tribunales, sino también ante autoridades administrativas y los contactos con los detenidos.

En lo que se refiere a las actuaciones ante los Tribunales, la Comisión considera que la obligación de «concierto» prevista en el artículo 5 de la Directiva sólo es preciso aplicarla cuando, como consecuencia de la normativa interna del Estado miembro de acogida, en este caso Alemania, la representación y defensa de una parte ha de hacerse de forma obligatoria por un abogado en calidad de representante o defensor, señalando que en todos los demás casos en los que la asistencia obligatoria de un abogado no sea prescrita por ley y, como consecuencia, la parte pueda confiar su defensa a una persona que no sea abogado, o defender sus propios intereses, el abogado prestatario de servicios deberá tener la posibilidad de representar o defender al cliente sin necesidad de actuar en «concierto» con un abogado alemán.

El Gobierno alemán señala que la redacción de la Directiva no hace ninguna diferencia entre actividades de los abogados, según se deriven o no de la asistencia obligatoria, ya que simplemente se limita a permitir a los Estados miembros que impongan la obligación de «concierto» a los abogados prestatarios de servicios «para el ejercicio de actividades de representación y defensa». Sin embargo, la Comisión considera que la Directiva se dictó con interés de facilitar el «ejercicio efectivo» de la prestación de servicios por parte de los abogados de los Estados miembros, y teniendo en cuenta que, en cumplimiento del Tratado de Roma, toda restricción a la libre prestación de servicios está prohibida después del período transitorio, lo que implica la eliminación de toda discriminación respecto al prestatario en razón de su nacionalidad o del hecho de estar establecido en otro Estado miembro diferente de aquel donde va a prestar servicio. Además, el artículo 60 del Tratado señala que el prestatario podrá ejercer a título temporal su actividad en el país de acogida «en las mismas condiciones que las que el país impone a sus propios ciudadanos», y aunque el Tribunal de Justicia (2) consideró en precedente Sentencia que, teniendo en cuenta la particular naturaleza de

(2) CJCE, Sentencia de 17 de diciembre de 1981 (Webb, 279/80). *Rec.*, 1981, página 3305.

algunos servicios, se podrá imponer al prestatario especiales exigencias, determinadas por las reglas que rigen estas actividades (3), sin embargo, «no pueden ser limitados por reglamentaciones justificadas por el interés general y que afecten a cualquiera que ejerza una actividad en el territorio del Estado de acogida en la medida en que este interés no está salvaguardado por las reglas a las que el prestatario está sometida en el país en el que esté establecido».

El Tribunal considera que es a la luz de estos principios como es preciso interpretar la Directiva, ya que lo que no resulta lógico es que ésta imponga una obligación que no se aplicaría si no existiese la posibilidad de prestación de servicios en el sentido que viene recogido en el Tratado de Roma, pues si Alemania reconoce que en determinados litigios no es obligatoria la asistencia de un abogado, pudiéndose defender ellos mismos o permitiendo que la defensa la haga un tercero, que no sea abogado, es decir, que no actúa a título profesional, consecuentemente no parece que ninguna razón de interés general justifique la obligación de que en estos mismos casos los abogados prestatarios de servicios tengan que actuar mediante concierto con un abogado alemán, ya que la imposición de esta obligación es contraria a la Directiva tantas veces citada, y a los artículos 59 y 60 del Tratado. Añadiendo que, en lo que se refiere a las actuaciones ante los órganos administrativos, se debe aplicar exactamente las mismas consideraciones, con lo que las críticas y alegaciones presentadas por la Comisión son aceptadas por el Tribunal.

2. *Modalidades del «concierto»*

La Comisión reprocha a la RFA que el desarrollo de la noción de «concierto» contenida en la Ley de 1980 ha sido tal, que sobrepasa los límites indicativos trazados por la Directiva y por los artículos 59 y 60 del Tratado, sobre todo en lo que se refiere a la prueba del «concierto», al papel atribuido al abogado alemán con el que se debe actuar concertadamente y también en lo que atañe a los contactos del abogado prestatario de servicios con los detenidos.

(3) Como pueden ser en este caso las que hacen referencia a no estar incurso en incompatibilidades ni haber sido objeto de sanción penal, administrativa o profesional con efectos sobre el ejercicio profesional.

Según el Gobierno alemán, las modalidades del concierto previstas por la Ley de 1980 son consecuencia del artículo 5 de la Directiva, que al señalar que el abogado establecido (en este caso alemán) debe estar autorizado a ejercer ante el órgano jurisdiccional competente y ser responsable ante él, obliga a que esté completamente al corriente de todos los actos efectuados por el abogado prestatario de servicios, y, además, en el momento oportuno, es decir, antes que hayan producido efectos. Por lo que el abogado alemán deberá estar en relación continua con el desarrollo del litigio, consiguiendo tal relación y que el Tribunal se convenza de ello, sólo cuando el abogado alemán está presente en el procedimiento oral y pueda prevalerse de su cualidad de mandatario «ad litem» o defensor. Además, el Gobierno alemán añade que la libre prestación de servicios por parte de los abogados de otros países miembros no debe comprometer la buena administración de justicia, ya que si accedieran ante los Tribunales alemanes de forma ilimitada podrían crearse dificultades derivadas de la falta de conocimiento del derecho material y procedimental. Por lo que mantiene que sólo la presencia e implicación de un abogado local podrá garantizar el buen funcionamiento de la Justicia.

La Comisión reconoce, como ya lo hizo con anterioridad, que, efectivamente, la redacción del artículo 5 de la Directiva no es muy precisa, pudiéndose, en principio, interpretar más o menos restrictivamente, pero señala que el contenido del artículo 5 hay que ponerlo en relación con la finalidad de la Directiva, esto es, «facilitar la libre prestación de servicios a los abogados comunitarios», de lo que se puede deducir que habrá que tender a que desaparezcan las limitaciones y no a que aumenten mediante la legislación interna de un país miembro. Como consecuencia, la obligación que se impone al abogado prestatario de servicios de actuar con un abogado local tiene como fin único el ayudarle a cumplir las tareas que le ha encomendado su cliente y servir de apoyo para el buen desarrollo de las actividades en un sistema jurisdiccional diferente al suyo y garantizar, por otra parte, al Tribunal que efectivamente dispone de este apoyo y que, por lo tanto, va a respetar las normas procedimentales y deontológicas nacionales, ya que ambos abogados, el prestatario de servicios y el local, están sometidos a las reglas deontológicas del Estado miembro de acogida, pero pueden establecer, respetando esas reglas, las modalidades de cooperación apropiadas para la tarea que les ha sido confiada, lo que, por otra parte, no significa que no sea lícito que los Estados miembros, a través de sus legislaciones, establezcan un cuadro general que regule la cooperación entre los dos abogados, siempre y cuando estas obligaciones no resulten desproporcionadas en relación al fin pretendido

con el deber de concertación, es decir, siempre que faciliten la libertad de prestación de servicios y no que la entorpezcan.

Por ello, es forzoso reconocer que la Ley alemana de 1980 impone obligaciones, a los dos abogados sometidos a concertación, que van más allá de lo necesario para conseguir estos objetivos, ya que, efectivamente, ni la presencia continuada del abogado alemán en el proceso oral, ni la exigencia de que este abogado ha de ser mandatario «ad litem» o defensor, ni las disposiciones sobre la prueba del «concierto» son indispensables e incluso útiles para apoyar al abogado prestatario de servicios.

Señalando, por otra parte, que en relación con el tema de la responsabilidad es precisa aclarar que cuando el artículo 5 de la Directiva hace referencia a «responsabilidad», se refiere exclusivamente a responsabilidad frente al órgano jurisdiccional competente y no a la responsabilidad frente a los clientes, ya que la falta de conocimientos de Derecho alemán alegado por el Gobierno alemán como una de las causas de los requisitos impuestos por la Ley de 1980, es una responsabilidad del abogado frente a su cliente, quien, a su vez, es libre para confiar sus intereses a quien estime conveniente.

De modo complementario, el Tribunal, de acuerdo con el criterio de la Comisión, observa que el argumento presentado por el Gobierno alemán según el cual sólo la concertación entre dos abogados llevada a cabo tal y como prevé su legislación puede asegurar que el prestatario de servicios mantenga los contactos necesarios con los Tribunales y sus clientes no está suficientemente fundamentado, ya que el propio Tribunal en jurisprudencia anterior (4) considera que los actuales medios de transporte y comunicación permiten a los abogados mantener contactos suficientes y necesarios para desarrollar su labor de forma óptima.

Respecto de la crítica hecha por la Comisión a la RFA, en referencia a la desproporción en los requisitos impuestos por la Ley de 1980 para el ejercicio de la libre prestación de servicios que se refiere a la visita de los detenidos, el Tribunal reconoce el carácter específico de las relaciones que se establecen entre los detenidos y el órgano jurisdiccional competente, que no existen entre los demás justiciables, y que se derivan de razones de seguridad pública, cuya apreciación concierne exclusivamente a cada país miembro, lo que les lleva a reglamentar de forma específica los contactos entre abogados y detenidos, consideraciones que se aplican aun cuando la asistencia

(4) CJCE, Sentencia de 12 de julio de 1984 (Klopp, 107/83). *Rec.*, 1984, página 2971.

de un abogado no es obligatoria, lo que lleva al Tribunal a constatar que la Ley alemana que impone la obligación de «concierto» en lo que se refiere a los contactos entre los detenidos, no es contraria a las disposiciones de la Directiva, en principio, pero, en la medida que la Ley alemana prevé que el abogado prestatario de servicios no pueda en calidad de defensor visitar a su defendido sino acompañado de un abogado alemán concertado y no pueda mantener correspondencia más que a través de aquél, sin admitir ningún tipo de excepción, aun en el caso de que el Tribunal «ad hoc» así lo autorice, por lo que el Tribunal de Luxemburgo considera que las restricciones impuestas en este aspecto van más allá de lo necesario para llegar a los fines legítimos que se pretenden.

3. *Territorialidad de la postulación*

El tercer problema presentado hace referencia a la aplicación por analogía, según la Ley de 1980, del artículo 52, párrafo 2, de la ley federal relativa a la profesión de abogado, Bundesrechtsanwaltschaftsordnung (BRAO), en los casos en los que debe haber representación por abogados autorizados ante el órgano jurisdiccional competente. En virtud de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, tal representación es obligatoria en los procesos civiles que se desarrollan ante los Landgerichte y los Tribunales Superiores, así como ante los juzgados de familia, en la medida en que es necesaria la asistencia de un abogado en los litigios ante estos Tribunales, este abogado debe estar autorizado a actuar ante dicho Tribunal. Consecuencia de ello es que el abogado no autorizado sólo puede presentar, con asistencia de un abogado autorizado, observaciones en el curso del procedimiento oral. Al aplicar por analogía estas normas a los abogados prestatarios de servicios se les coloca en la situación de un abogado no autorizado a actuar ante un órgano jurisdiccional.

La Comisión estima que el artículo 5 de la Directiva permite únicamente que el abogado prestatario de servicios actúe en concierto con un abogado autorizado ante el órgano jurisdiccional competente, pero no a limitar la prestación de servicios a las explicaciones durante el procedimiento oral, con asistencia de un abogado autorizado, como en el Derecho alemán, en todos los procedimientos civiles de cierta importancia, ya que la situación del abogado prestatario de servicios en un país miembro diferente del suyo, es que no está establecido y que no está autorizado a actuar ante ningún Tribunal.

Ante esta crítica, el Gobierno alemán señaló que los abogados alemanes no autorizados a actuar ante un órgano jurisdiccional deben limitarse a actuar de esta forma según el artículo 52, párrafo segundo, BRAO, y que el abogado prestatario de servicios no se encuentra en una situación desfavorable respecto al abogado establecido en Alemania, ya que el principio de territorialidad de la postulación se ha introducido en interés de la buena administración de justicia, al favorecer la comunicación entre el abogado y el órgano jurisdiccional competente y facilitar el desarrollo del proceso. Añade que si el abogado prestatario de servicios se encontrase en la misma situación que el abogado autorizado ante el órgano jurisdiccional, los abogados alemanes se encontrarían en desventaja frente a éstos; para ilustrar esta posición, señala que sólo unos pocos abogados alemanes están autorizados a actuar ante el Tribunal Federal Supremo (Bundesgerichtshof) en materia de «revisión», y que, según la tesis mantenida por la Comisión, cualquier abogado prestatario de servicios podría acceder ante esta Corte.

Sin embargo, centrando el tema, es preciso aclarar que el problema principal estriba en la cuestión de saber si la RFA tiene derecho a someter a los abogados prestatarios de servicios al mismo régimen que aplica a los abogados alemanes no autorizados, ya que las disposiciones de la Directiva no presentan una solución concreta, y de ahí el origen del problema, para solucionarlo es preciso examinar la Directiva desde la perspectiva de los artículos 59 y 60 del Tratado de la CEE, que contienen los principios reguladores de la libre prestación de servicios.

En primer lugar, hay que señalar que, según el artículo 59, se deben eliminar toda restricción a la libre prestación de servicios, lo que, según el artículo 60, párrafo 3, supone que el ciudadano comunitario pueda ejercer su actividad en el país de acogida en las mismas condiciones que ese país impone a sus ciudadanos. El fin de estas disposiciones es permitir que efectivamente se pueda llevar a cabo esta prestación de servicios en el país de acogida sin ningún tipo de discriminación en relación a los ciudadanos de este Estado, aunque, como ha precisado el Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia de 17 de diciembre de 1981 (5): «lo que no implica que toda legislación nacional aplicable a los ciudadanos de este Estado y dirigida normalmente a personas establecidas en éste, pueda ser aplicada íntegramente de la misma manera a estas actividades, de carácter temporal, ejercidas por personas establecidas en otros Estados miembros», siendo precisamente la regla

(5) CJCE, Sentencia de 17 de diciembre de 1981 (Webb, 279/80). *Rec.*, 1981, pág. 3322.

de exclusividad territorial, contenida en el artículo 52 BRAO, una norma dirigida a los abogados establecidos de forma permanente en la RFA y teniendo en cuenta, además, que todo abogado establecido en Alemania tiene el derecho a estar autorizado a actuar ante algún órgano jurisdiccional alemán e incluso ante dos y a ejercer todas las actividades necesarias para la representación y defensa de sus clientes, mientras que el abogado prestatario de servicios, establecido en otro Estado miembro, no se encuentra en una situación similar, ya que no puede ser autorizado ante ningún órgano jurisdiccional alemán.

Por todo ello, en estas condiciones conviene constatar que la regla de exclusividad territorial no debería de ser aplicada a las actividades temporales realizadas por abogados establecidos en otros Estados miembros, ya que su situación de hecho y de derecho no permite comparaciones con la de los abogados establecidos en Alemania, queda claro, sin embargo, que todo abogado prestatario de servicios deberá actuar en concierto con un abogado autorizado ante un órgano jurisdiccional en los límites ya establecidos.

Respecto al argumento presentado por el Gobierno alemán referente al acceso de los abogados al Tribunal Federal Supremo alemán en los procedimientos de revisión conviene señalar que la capacidad para actuar ante él no deriva de la aplicación de la regla de exclusividad territorial, ya que precisamente es una excepción a la misma, en efecto, ningún abogado puede establecerse en territorio alemán sin ser autorizado a actuar ante un órgano jurisdiccional, ya que este acceso es un derecho que no está limitado numéricamente, mientras que la autorización para actuar ante el Tribunal Federal Supremo se efectúa por un sistema distinto, se basa en una admisión selectiva, los abogados autorizados pertenecen a un Colegio especializado al que acceden abogados que disponen de una cierta experiencia o competencia específica, reconociendo la Comisión en el curso de la audiencia que sus argumentos no son aplicables a las situaciones particulares de los «colegios especializados» como el autorizado ante el Tribunal Federal Supremo.

El Tribunal concluye con el reconocimiento de las imputaciones de la Comisión y declara que la República Federal Alemana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 59 y 60 del Tratado de la CEE y de la Directiva 77/249 del Consejo, dirigida a facilitar la libre prestación de servicios por los abogados, al imponer al abogado prestatario de servicios la obligación de actuar en concierto con un abogado establecido en Alemania, aun cuando el Derecho alemán no exija la asistencia obligatoria de un abogado, exigiendo que el abogado alemán con el que se deba «con-

certar» sea mandatario «ad litem» o defensor en el litigio, exigiendo que el abogado prestatario de servicios no pueda intervenir en la audiencia más que acompañado de un abogado alemán, imponiendo modalidades de prueba del «concierto» entre los dos abogados no justificadas, imponiendo sin ningún tipo de derogación posible al abogado prestatario de servicios la obligación de estar acompañado por abogado local para visitar y corresponder con un detenido y sometiendo a los abogados prestatarios de servicios a la regla de exclusividad territorial prevista por el artículo 52, párrafo 2, de la BRAO.

III. IMPLICACIONES DE LA SENTENCIA

El aspecto más destacado que incorpora esta Sentencia del Tribunal de Luxemburgo está particularizado en la especial importancia que el Tribunal concede al componente finalista contenido en la Directiva 77/249/CEE: «dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios de los abogados», al apreciar que si bien su contenido no es excesivamente preciso, siempre hay que interpretarlo desde la referencia de estar dirigida a facilitar las actividades de los abogados prestatarios de servicios y no a entorpecerlas, que es la posición adoptada por la RFA respecto a estos profesionales, ya que desde la entrada en vigor de los Tratados, que reconocen el principio de libertad de prestación de servicios y una vez transcurrido el período transitorio, toda medida restrictiva por motivos de nacionalidad o residencia queda terminantemente prohibida, y aunque es lícito que se les imponga exigencias específicas derivadas de la especialidad de su actividad, también es cierto que la libre prestación de servicios como principio fundamental del Tratado, no puede ser limitado por normas internas basadas en interés general y que obliguen a toda persona que ejerza una actividad de forma permanente en el Estado miembro de acogida, ya que es muy probable que ese interés general no esté protegido por las normas a las que está sometido el prestatario de servicio en su país de origen. Es a la luz de estos principios como es interpretado el artículo 5 de la Directiva comunitaria, de lo que se deduce que no se puede imponer al abogado prestatario de servicios, obligaciones que no existirían si no existiese la libre prestación de servicios en el sentido que viene configurado en el Tratado de Roma.

A la luz de esta interpretación, el Tribunal declara la desproporcionalidad entre medios y fines con referencia a la prueba de «concierto» entre el abogado prestatario de servicios y el abogado local, ya que el fin perseguido

es que el Tribunal tenga las suficientes garantías de que el abogado prestatario de servicios, al estar suficientemente apoyado por el abogado local, sepa actuar en un sistema jurisdiccional al que no está habituado y respete las normas procedimentales y deontológicas aplicables en el Estado de acogida, lo cual considera el Tribunal se puede conseguir perfectamente sin imponer unas normas de concierto y de presencia del abogado local tan excesivas como las aplicadas en Alemania, lo que lleva a que el abogado prestatario de servicios carezca de cualquier grado de autonomía.

En lo que se refiere a la aplicación del artículo 52, párrafo 2, de la Ley alemana relativa a la profesión de abogado (BRAO), a los abogados prestatarios de servicios en la RFA, en virtud de la cual los abogados prestatarios de servicios son situados en la misma posición que los abogados alemanes no autorizados a actuar ante el órgano jurisdiccional, el Tribunal señala que, excepción hecha de los supuestos de acceso restringido, no se puede aplicar las normas internas del Derecho alemán a unos abogados que no están establecidos en el seno de la RFA, ya que si esto es así, lo único que se consigue es que la prestación de servicios no se pueda llevar a cabo, pues al no estar autorizados a actuar ante ningún órgano jurisdiccional, no pueden prestar de forma efectiva sus servicios, al negarles la efectiva representación y defensa de sus clientes, considerando la necesaria relación de confianza que debe existir entre letrado-cliente, prestación de servicios que puede ser garantizada por otras formas y medios de garantía diferentes al «concierto». Sin embargo, ni la Comisión ni el Tribunal entran en el problema de fondo: El débil argumento del obstáculo que supone para la actuación de los Tribunales la incorporación a sus procedimientos de quienes no tengan adecuada preparación. Problema que conecta con métodos garantistas excesivamente rígidos, que no tiene para nada en cuenta la autorresponsabilidad y la consciencia de quien encarga los servicios, sin olvidar que el Ordenamiento jurídico alemán se autointegra en el Ordenamiento Comunitario, y éste está orientado por criterios homogeneizadores de normas e Instituciones nacionales.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA EFECTIVIDAD DE LA SENTENCIA

Respecto de la efectividad de esta Sentencia, al ser una demanda por incumplimiento presentada por la Comisión conforme al artículo 169 del Tratado de la CEE, el Tribunal sólo puede declarar que Alemania ha incumplido sus obligaciones en la puesta en vigor del Tratado y en qué términos,

efectos meramente declarativos y no condenatorios, y, por lo tanto, el Tribunal no puede obligar al Estado incumplidor a que adopte medidas apropiadas para poner fin al incumplimiento. Estas medidas ha de tomarlas el propio Estado obligatoriamente según los preceptos del Tratado (6), bajo tutela de la Comisión, aunque en caso de no tomarse las medidas adecuadas, no se puede imponer ningún tipo de sanción (7), sino que simplemente se podrá iniciar un nuevo recurso, fundado en el desconocimiento de las obligaciones derivadas del artículo 171 (8). Sin embargo, la Sentencia declarativa de incumplimiento tiene efectos por sí sola, ya que puede ser invocada por los particulares que tengan cualquier relación con el Estado incumplidor para que se inaplique por cualquier Tribunal nacional las disposiciones de Derecho interno que hayan sido declaradas incompatibles con el Derecho Comunitario. Por otra parte, la interpretación que del Derecho Comunitario declare la Sentencia se impone con carácter absoluto a todas las Jurisdicciones nacionales (9).

Esto último permite conectar con un tema directamente relacionado con nuestro derecho interno. Por Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de julio de 1987 (10), el Tribunal declaró que no se producía vulneración del principio de igualdad a la hora de aplicar la Directiva 77/249, de 22 de marzo, desarrollada por el Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, en referencia a si existía o no discriminación respecto a la regla de exclusividad territorial, ya que, según la Asociación de Jóvenes Abogados del Real e Ilustre

(6) Artículo 171 del Tratado de la CEE.

(7) Según el profesor E. García de Enterría, la falta de sanciones al incumplimiento de estas Sentencias es tenida como una laguna de los Tratados de Roma por el propio Tribunal. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio analítico de los recursos, en Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, tomo I, capítulo XVI, pág. 676.

(8) Según M. Waelbroeck, en caso de incumplimiento persistente y rebelde, los Estados miembros podrían acudir respecto de Estado incumplidor a la «exceptio non adimpleti contractus». Cf. M. WAELBROECK, J. V. LOUIS, VANDERSANDEN: *Le Droit de la Communauté Economique européenne*, págs. 74-75, tomo 10 de *La Cour de Justice. Les actes des institutions*, dirigido por J. Megret, Bruxelles, 1983.

(9) M. WAELBROECK y otros: *ob. cit.*, pág. 73. Lo que resulta muy interesante con respecto a España, pues el Real Decreto de 21 de marzo de 1986, que desarrolla la Directiva 77/249/CEE, no da pautas concretas sobre representación y defensa de clientes y contactos y correspondencia con detenidos, sino que señala las líneas generales.

(10) Sobre Recurso de Amparo presentado por la Agrupación de Abogados Jóvenes del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza. STC, 123/1987, de 15 de julio, *BJC*, 1987-75, págs. 1096-1103.

Colegio de Zaragoza, promotora del recurso, los abogados comunitarios prestatarios de servicios en España se encuentran en una posición ventajosa respecto de los abogados españoles (11), al poder actuar ante cualquier órgano jurisdiccional o administrativo sin necesidad de estar inscritos en el correspondiente Colegio Profesional, mientras que los abogados españoles precisan estar colegiados en el correspondiente Colegio Profesional en cuyo territorio actúan (12).

La respuesta aportada por el Tribunal Constitucional señala no haber lugar a amparo, ya que no existe desigualdad: «pues los abogados prestatarios de servicios ejercen en territorio español actividades ocasionales, concepto incompatible con el ejercicio habitual de la abogacía y que no se les permite por esta razón abrir despacho, ni utilizar el título profesional de abogado. Añádase a ello que para cualquier actuación ante Juzgados o Tribunales... el abogado visitante debe concertarse con un abogado inscrito en el Colegio en cuyo territorio haya de actuar, quien responderá frente al órgano jurisdiccional u organismo público...» (13). En relación con esta doctrina es preciso señalar que, en principio y a pesar de la coincidencia de su postura con la del Tribunal de Luxemburgo, el Tribunal Constitucional parece haber incumplido el mandato contenido en el artículo 177, párrafo 3, del Tratado, por el cual, cuando se plantea una cuestión de interpretación en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional cuya decisión no sea susceptible de ulterior recurso judicial conforme al derecho interno, estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia de Luxemburgo, obligación que se encuadra dentro del marco de cooperación jueces nacionales-Tribunal de Luxemburgo, instituido con objeto de asegurar la buena interpretación y aplicación del Derecho Comunitario y evitar de esta forma que se produzcan divergencias en la jurisprudencia interna de los países miembros en materia de Derecho Comunitario. Esta obligación no ha sido bien aceptada por los

(11) Justamente alegaban lo contrario que en el caso alemán, en que la Comisión criticaba el tratamiento discriminatorio en contra de los abogados comunitarios, al aplicarles el artículo 52, párrafo 2, de la BRAO, por lo cual su posición se veía relegada a la de los abogados alemanes no autorizados a actuar ante el órgano jurisdiccional.

(12) En este sentido es preciso aclarar que según el artículo 22 del Estatuto General de la Abogacía los abogados españoles pueden interponer los recursos necesarios ante los diferentes Tribunales sin necesidad de estar inscritos más que en el Colegio Profesional cuyo territorio pertenezca al primer Tribunal que conoció del asunto.

(13) Fundamento Jurídico 2 de la Sentencia de 15 de julio de 1987, BJC, 1987-75, pág. 1102.

Tribunales Superiores de los Estados miembros, que en la mayoría de los casos se encuentran muy celosos de su posición en el sistema judicial de su país, al tiempo que aprecian que su capacidad decisoria queda menguada, al tener que acudir obligatoriamente al Tribunal de Luxemburgo. Producto de esta problemática es la elaboración por la doctrina francesa y la asimilación por su Consejo de Estado de «la teoría del acto claro», mediante la cual se pretendía eludir la cuestión de interpretación ante el Tribunal de las Comunidades, teoría que parece la utilizada, de modo implícito, por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 15 de julio de 1987, al declarar la no vulneración del principio de igualdad por la Directiva 77/249/CEE. El Tribunal de Luxemburgo, en su Sentencia de 6 de octubre de 1982 (14), ha aceptado esta doctrina (15), aunque con matizaciones, separándose con ello de decisiones anteriores (16), al declarar que cuando una cuestión de Derecho Comunitario se presenta en un litigio pendiente ante un Tribunal nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de posterior recurso, estará

(14) CJCE, Sentencia de 6 de octubre de 1982 (CILFIT, 283/81). *Rec.*, 1982, páginas 3415-3442.

(15) En sus conclusiones a la Sentencia CILFIT, el abogado general F. Capoportti mantiene una postura contraria a la declarada por el Tribunal, y considera: que la «teoría del acto claro», abundantemente utilizada por el Consejo de Estado francés, tiene como objeto final vaciar totalmente el contenido del artículo 177, párrafo 3, del Tratado, al impedir que la interpretación del Derecho Comunitario llegue al Tribunal de Luxemburgo, alegando además, por otra parte, que esta «teoría, cuando ha sido utilizada en este sentido, ha dado lugar a jurisprudencia del Consejo de Estado francés aberrante», así el famoso Arrêt Cohn-Bendit, de 22 de diciembre de 1978, interpretando el artículo 189 del Tratado, por el que niega cualquier efecto directo a las directivas comunitarias, en clara contradicción a la Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. CJCE, Sentencia de 6 de octubre de 1982 (CILFIT, 283/81). *Rec.*, 1982, pág. 3437.

(16) Así en los asuntos 28-30/62 Da Costa declaró que el art. 177, párrafo 3, «obliga sin restricción alguna a las jurisdicciones nacionales... cuyas decisiones no son susceptibles de un recurso jurisdiccional de derecho interno, a someter al Tribunal toda cuestión de interpretación planteada ante ellas», *Rec.*, 1963, pág. 59, y en la Sentencia Costa ENEL confirmó esta posición, al decir: «las jurisdicciones nacionales cuyas decisiones no son, como en este caso, susceptibles de recurso, deben acudir al Tribunal», *Rec.*, 1964, pág. 1150; siendo ratificada esta postura por la Sentencia al caso Albatros, y, por último, la Sentencia de 24 de mayo de 1977, en el asunto Hoffmann-La Roche, el Tribunal ha puesto de manifiesto que la finalidad del artículo 177 es asegurar que el Derecho Comunitario sea interpretado de manera uniforme en todos los Estados miembros y que el fin del párrafo 3 del art. 177 es evitar que se establezca en un país miembro una jurisprudencia nacional que no concuerde con las reglas del Derecho Comunitario. *Rec.*, 1977, pág. 957.

obligado a dirigirse al Tribunal de Luxemburgo en demanda de decisión prejudicial, a no ser que la cuestión de Derecho Comunitario alegado por las partes no sea pertinente (17), o que haya sido objeto de otra cuestión prejudicial idéntica, o el Tribunal haya resuelto sobre algún problema igual, aunque no exactamente idéntico, o en caso de que la aplicación directa del Derecho comunitario revista tal evidencia que no deje lugar a duda razonable, opción esta última por la que parece que el Tribunal Constitucional ha optado al resolver el recurso de amparo presentado por la Agrupación de Abogados Jóvenes del Colegio de Zaragoza. Sin embargo, el Tribunal de Luxemburgo, al aceptar «la teoría del acto claro», matiza, al considerar que sólo podrá resolverse en este sentido cuando el órgano jurisdiccional nacional esté completamente convencido de que con la misma evidencia las jurisdicciones de los demás Estados miembros llegarían a la misma conclusión, siendo para ello preciso comparar los diversos textos de Derecho Comunitario en sus diferentes lenguas, los diferentes conceptos y nociones jurídicas, así como su encuadre en los diferentes ordenamientos jurídicos (18). Con ello se consagra, como señala el profesor García de Enterría, «un razonable “margen de apreciación” del juez nacional, que incluye una interpretación propia del Derecho comunitario» (19). Interpretación que el Tribunal Constitucional español, ante una cuestión de Derecho Comunitario como la planteada por la Agrupación de Jóvenes Abogados de Zaragoza ha realizado, aunque su interpretación de la regla de exclusividad territorial aplicada a los abogados comunitarios prestatarios de servicios ha sido totalmente contraria a la mantenida por la República Federal Alemana, como muestra la Sentencia comentada, lo que permite afirmar que la utilización de la «doctri-

(17) Reconociendo al Tribunal nacional (de última instancia) la capacidad para decidir el carácter necesario de la cuestión respecto del fallo que debe de dar en el litigio que conoce. Cf. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio analítico de los recursos*, ob. cit., pág. 718. Con lo cual se impide que las partes planteen cuestiones de Derecho Comunitario con el único fin de alargar el proceso. Aunque en la Sentencia de 15 de julio de 1987, el Tribunal Constitucional decide que esta cuestión sí es necesaria, ya que es él mismo quien responde sobre ella, y no la soslaya.

(18) Vid. CJCE, Sentencia de 6 de octubre de 1982, cit.

(19) Interpretación que, por otra parte, señala ha de hacerse «en los propios términos que corresponden a la interpretación del Derecho Comunitario y no en los términos aplicables a cualquier norma jurídica interna». E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio analítico de los recursos*, ob. cit., pág. 720.

na del acto claro» resulta un tanto forzada, ya que la cuestión no puede estar tan clara cuando en dos países miembros de la Comunidad se mantienen, sobre el mismo punto, posturas completamente contrarias. La reserva, con relación en la Sentencia del Tribunal Constitucional, surge cuando se constata la elusión en sus Fundamentos Jurídicos de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades, aunque al producirse la circunstancia de la tácita identidad de doctrina se evita el conflicto jurisdiccional; sin embargo, la ignorancia del Tribunal Comunitario entra en conflicto con la necesaria coherencia que exige el orden jurisdiccional europeo, y permite comprobar la alineación del Tribunal Constitucional español con los Tribunales nacionales reticentes a aceptar instancias jurisdiccionales supraestatales.

CRONICAS

CONSEJO DE EUROPA

