

Voto particular que emite el Consejero de la CNMC Xabier Ormaetxea Garai en el asunto del Pleno de la CNMC del 30 de mayo de 2018 titulado

“ INFORME DE 30 DE MAYO DE 2018 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA EL REQUERIMIENTO DEL COLEXIO DE ABOGADOS – COLEGIO DE ABOGADOS DE VIGO DIRIGIDO A UNA ABOGADA, COLEGIADA EN EL COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID PERO CON DESPACHO PRINCIPAL EN VIGO PARA QUE SE COLEGIE EN EL COLEGIO DE ESTA ÚLTIMA LOCALIDAD (UM/028/18).”

Quien suscribe este voto particular lamenta discrepar de la mayoría que suscribe la resolución, pero ha de hacerlo por considerar que concurren elementos suficientes para haber adoptado una resolución de signo radicalmente contrario.

1. Ante todo, ha de destacarse que la resolución de la que respetuosamente discrepo parte, a mi juicio, de un planteamiento jurídico equivocado en cuanto al alcance de las normas que considera de aplicación.

En particular, considero que no es aplicable la Ley 17/2009 al supuesto examinado. Sin ánimo exhaustivo, debo recordar que dicha norma y la Ley 25/2009 (la conocidas como leyes paraguas y ómnibus, respectivamente) fueron las normas de transposición de la Directiva 2006/123 o Directiva de servicios.

Ahora bien, la Ley 17/2009 no es una disposición que regule el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio por parte de prestadores de servicios nacionales, en el marco estricto del mercado nacional de prestación de servicios, sino una disposición de transposición de una Directiva, la 2006/123, cuyo objeto (artículo 1.1) es establecer *“las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios”*.

Como se indica en su Considerando 2

“Para fomentar el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo en la Unión Europea resulta esencial un mercado competitivo de servicios. Actualmente, hay un gran número de barreras en el mercado interior que impiden a los prestadores, en particular a las pequeñas y medianas empresas (PYME), extender sus operaciones más allá de sus fronteras nacionales y beneficiarse plenamente del mercado interior”.

Es decir, que se trata de una norma que está dirigida a facilitar la prestación de servicios en el mercado interior, ya sea mediante el establecimiento por un prestador de un Estado miembro (de origen) en otro Estado miembro (de acogida), ya sea mediante la libre prestación de servicios.

Así lo remarca su Considerando 5

Por tanto, procede eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros y garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado. Dado que los obstáculos que entorpecen el mercado interior de los

servicios afectan tanto a los operadores que desean establecerse en otros Estados miembros como a los que prestan un servicio en otro Estado miembro sin establecerse en él, procede permitir que el prestador desarrolle sus actividades de servicios dentro del mercado interior, ya sea estableciéndose en un Estado miembro, ya sea acogiéndose a la libre circulación de servicios. Los prestadores deben disponer de la posibilidad de elegir entre estas dos libertades en función de su estrategia de desarrollo en cada Estado miembro.

De hecho, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es constante cuando considera que la prestación de servicios en el interior de un Estado miembro por nacionales del mismo es una situación puramente interna a la que no cabe aplicar las libertades comunitarias de circulación (STJCE de 16 de enero de 1997, USSL nº 47 di Biella, C-134/95, apartados 19 a 23; de 9 de septiembre de 1999, RI.SAN., C-108/98, apartado 23; de 21 de octubre de 1999, Jägerskiöld, C-97/98, apartados 42 a 44; y de 22 de diciembre de 2010, Omalet, C-245/09, apartado 13).

Por tanto, ni la Directiva de servicios ni la Ley 17/2009 están llamadas a afectar (a regular) la prestación de servicios profesionales “interna”, esto es, a aquella que se origina y se desarrolla en el marco puramente nacional o intrafronterizo de un Estado miembro, como es el caso que nos ha sido planteado.

Cuestión distinta es que se haya de tener en cuenta la Ley 25/2009, fruto del llamado entonces “enfoque ambicioso” de transposición de la Directiva de servicios, en concreto, la modificación que llevó a cabo, entre otras muchas normas, de la Ley 27/1974, de 13 de febrero, de Colegios profesionales (LCP).

Esa reforma del año 2009 es la que emplea la resolución de la que se discrepa para considerar, en conexión con la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley 34/2006, que es exigible la colegiación obligatoria de los abogados, con arreglo a los artículos 3.2 y 3.3 de la LCP.

Pero la resolución no detiene ahí su razonamiento. En concreto, afirma que ese artículo 3.3 de la LCP “*no aclara si la exigencia legal de que el domicilio profesional único o principal del abogado coincida con el colegial se refiere a la primera incorporación del abogado o bien si resulta de cumplimiento continuo (esto es, cada vez que cambia de residencia dentro del territorio nacional)*”.

Pues bien, en mi criterio, la LCP no aclara esa cuestión porque no ha de hacerlo.

El artículo 3.3 de la LCP establece lo siguiente:

“Cuando una profesión se organice por colegios territoriales, bastará la incorporación a uno solo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio español. A estos efectos, cuando en una profesión sólo existan colegios profesionales en algunas Comunidades Autónomas, los profesionales se regirán por la legislación del lugar donde tengan establecido su domicilio profesional único o principal, lo que bastará para ejercer en todo el territorio español”.

Se contienen en este precepto el principio de la territorialidad en la colegiación (es decir, que la colegiación ha de producirse y mantenerse en el Colegio en que se encuentre el domicilio profesional único o principal) y el principio de colegiación única (bata la incorporación a un Colegio para ejercer en todo el territorio).

Y considero que ello es así, es decir, que la regla del artículo 3.3 de la LCP se refiere a la primera incorporación y a cualquier otra posterior, porque la LCP no hace distinción alguna en la materia, de modo que no es admisible razonar sobre su literalidad (tratando de diferenciar “incorporación inicial” de “posteriores colegiaciones o cambios de colegio”) para tratar de encontrar vacíos normativos en su planteamiento.

La resolución de la que se discrepa añade a ese razonamiento una supuesta ausencia de regulación en el Estatuto General de la Abogacía Española, porque únicamente razona sobre su artículo 11. Pero las normas han de ser examinadas en su conjunto, y la resolución omite cualquier consideración sobre el artículo 31 de ese mismo cuerpo normativo, que impone a los abogados el deber de “*mantener despacho profesional abierto, propio, ajeno o de empresa, en el territorio del Colegio en cuyo ámbito esté incorporado y ejerza habitualmente la profesión*” (letra b).

Ese verbo “mantener” es esencial a los efectos de resolver la presente cuestión, por cuanto además de lo ya razonado sobre el artículo 3.3 de la LCP, existe una norma vigente en el ordenamiento jurídico que impone de manera clara la obligación de que los abogados tengan despacho abierto en el Colegio en el que están incorporados y ejerzan habitualmente la profesión, estableciendo de ese modo una relación inescindible entre colegio, despacho abierto y ejercicio de la profesión.

En relación con ello debe indicarse además que la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2004 (recurso núm. 478/2001, FD 2º), invocada en la resolución, no se limitó a declarar la conformidad a Derecho el artículo 11 del EGAE, sino que afirma de manera expresa que dicho precepto recoge lo establecido en la LOPJ y LCP sobre la obligatoriedad de la colegiación, “*precisando que la misma ha de ser en el Colegio correspondiente al domicilio profesional único o principal, como requisito indispensable para el ejercicio de la profesión de abogado*”.

Es decir, que la colegiación ha de ser en el referido colegio y mantenerse en el que corresponda “como requisito indispensable” para el correcto ejercicio de la profesión, en cumplimiento de lo previsto en la LCP y en el EGAE.

Por todo ello, se considera que la resolución mayoritaria debería haber considerado que sí existe el deber de los abogados de cambiar su colegio de adscripción en los casos de cambio de despacho profesional, único o principal, de modo que exista correspondencia entre Colegio de adscripción y lugar en el que se ubica el despacho profesional, único o principal, por ser aquel en el que se desarrolla de manera única o principal la profesión.

2. Resta, por tanto, examinar la cuestión desde la perspectiva de la LGUM, norma esta sí que se aplica al desarrollo de actividades en España.

Se invoca esta norma como aquella que determinaría la inadecuación a Derecho del requerimiento del Colegio de Vigo.

Pero lo cierto es que el artículo 5 de la LGUM dispone:

Artículo 5. Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes.

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

Partiendo del dato de que los Colegios son autoridades competentes (anexo de la LGUM), puede considerarse que cuando efectúan requerimientos como los que en este caso se han examinado, no limitan el ejercicio de la profesión de manera arbitraria o contraria a los principios de la propia LGUM, sino que se limitan a ejecutar las normas vigentes que les atribuyen las funciones públicas de ordenación y regulación de la profesión, en términos revalidados por el Tribunal Constitucional en su sentencia 3/2013.

Entiendo, además, que la ponderación de los intereses en presencia ya la ha hecho el legislador, a través de la LCP, reformada en 2009, y del EGAE.

Es decir, como ya he indicado con anterioridad, la LCP debe su redacción actual a la reforma llevada a cabo por la Ley 25/2009, de modo que cabe entender que la reforma de la legislación sobre colegios profesionales ya está adaptada a los principios informadores de la Ley 17/2009 y, en lógica consecuencia, a los de la Directiva de servicios. Por consiguiente, cuando el legislador modifica la LCP en 2009, ya lo hace teniendo en cuenta el Derecho europeo, incluidas las razones imperiosas de interés general que permiten introducir limitaciones al acceso o al ejercicio de actividades profesionales, ligadas a la regulación por ley de la existencia de profesiones de colegiación obligatoria.

Entiendo, siguiendo esta línea de razonamiento, que los Colegios, cuando actúan ordenando la profesión amparados en las previsiones de la LCP, insisto, reformada en 2009, no han de invocar una razón imperiosa de interés general específica que legitime su actuación. De no aceptarse así, se estaría refutando la reforma llevada a cabo en la LCP por la Ley 25/2009, entendiendo que fue insuficiente o no ajustada a la Ley 17/2009 y que los Colegios profesionales no son las autoridades competentes para la ordenación y regulación de la respectiva profesión.

En el caso concreto, el Colegio de Vigo se ha limitado a aplicar las previsiones de los artículos 3.3 de la LCP y 11 y 31 del EGAE y a exigir a la colegiada su cumplimiento. Se trata, por tanto, de una actuación colegial conforme con el ordenamiento en garantía

de la observancia de las previsiones normativas de ordenación de la profesión, función que por expresa atribución legal corresponde a los Colegios profesionales. La resolución de la que discrepo llevada a sus últimas consecuencias obliga a entender que los Colegios no han de ejercer su función de ordenación de la profesión en los términos previstos en la LCP y en el EGAE, incumpliendo las ya examinadas previsiones legales y reglamentarias.

Pero eso no es lo que ha de deducirse del artículo 18 LGUM. Este dispone, en efecto, lo siguiente:

2. Serán consideradas actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el Capítulo II de esta Ley los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen:

a) Requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos, basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador. Entre estos requisitos se incluyen, en particular:

1.º que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio.

Como es obvio, si se entendiese que la LCP incurre en uno de esos vicios tras la redacción dada por la Ley 25/2009, debería promoverse el pertinente recurso al el TJUE o el TC; si se estima que es el EGAE, entonces debería impugnarse ante el Tribunal Supremo.

Pero no es admisible que se considere disconforme con la LGUM una actuación que se limita a aplicar el ordenamiento vigente, que no ha sido considerado contrario a Derecho y que, antes bien, resulta de la reforma llevada a cabo en 2009 en la LCP, sin que la regla del artículo 31 del EGAE haya sido en ningún momento cuestionado ante los tribunales.

En definitiva, siendo todo ello derecho vigente que cuenta con la presunción de su acomodación al Derecho europeo aplicable y a sus normas de transposición, entiendo que la resolución debería haber entendido que no cabe la interpretación que hace del artículo 3.3 de la LCP, que no es aplicable la Ley 17/2009 al caso y que, en último término, no hay infracción de la LGUM.



Fdo. Xabier Ormaetxea Garai