



- ◆ Trabajo realizado por el equipo de la Biblioteca Digital de CEU-Universidad San Pablo
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 de la M.T.R.L.P.I. (Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 7 julio del 2006)

Comisión contra la RFA: La libre circulación de abogados en la CEE

por Marta Villar Ezcurra

Abogada

1. INTRODUCCION

Dentro del objetivo comunitario de unión económica y social, el conseguir la efectividad de la libre prestación de servicios por parte de las profesiones liberales, especialmente por parte de los abogados, es uno de los muchos problemas que quedan por solucionar. Los artículos 52 y siguientes del Tratado de Roma, la interpretación que de ellos ha hecho el Tribunal de Luxemburgo (asuntos, Van Binsbergen de 3 de diciembre de 1974, Reyners de 21 de junio de 1974, Thieffry de 28 de abril de 1977, Klopp de 3 de mayo de 1983, Gullung de 19 de enero de 1988, etc...), así como la Directiva de 22 de marzo de 1977, no son más que un importante primer paso, pues son fundamentalmente los distintos países miembros, quienes, en desarrollo de esta Directiva, deben especificar y particularizar **COORDINADA Y ARMONIZADAMENTE** las pautas de la Directiva, sin menospreciar, por supuesto, la fundamental labor que se espera por parte de la Comisión para armonizar las legislaciones de los Estados miembros en los distintos y muchos puntos en que difieren.

Los principales problemas que en el estado actual de la cuestión se suscitan son diversos:

- Reconocimiento de títulos y diplomas.
- Territorialidad o personalidad de las normas deontológicas.
- Necesidad de Colegiación en el país de acogida.
- Unidad o multiplicidad de bufetes en territorio comunitario.
- Posibilidad de asociación de abogados de distinta nacionalidad.
- Ambitos posibles de ejercicio profesional.
- Acceso al ejercicio de la profesión en el Estado de acogida.
- Alcance de la posible "CONCERTACION" para actividades judiciales.
- Otros muchos cuya enumeración exhaustiva sería interminable

En mayor o menor medida todas estas cuestiones han sido ya abordadas por el Tribunal de Comunidades, en los asuntos citados anteriormente, y especialmente la llamada "concertación" en la Sentencia objeto de este artículo se va a comentar.

Este término hace referencia, a la **POSIBILIDAD** que el artículo 5 de la Directiva establece para los países miembros, de imponer a los abogados procedentes de otros países miembros, para el ejercicio de las actividades relativas a la representación y defensa de un cliente ante los Tribunales, que los mismos actúan de **ACUERDO**, bien con un abogado que ejerza ante el órgano jurisdiccional interesado y que se responsabilice, si

procediere, ante dicho órgano, bien con un "avoué" o "procuratore" que ejerza ante el mismo. Precisamente todo el asunto 427/85 versa sobre la incompatibilidad de la Ley alemana de 16 de agosto de 1980 (en concreto, de su artículo 4), con la Directiva, respecto al desarrollo que aquélla hace del artículo 5 de la Directiva, en particular, sobre el ámbito y modalidades de la concertación.

Con ello, el Tribunal tiene ocasión de adentrarse novedosamente en el concepto de concertación, hasta el momento no aclarado, con la trascendencia que ello supone no sólo para propiciar la anulación de los preceptos de la ley alemana que exceden de dicho concepto, sino también por el hecho de que crea un marco preciso para una futura línea legislativa, que han de seguir los Estados miembros que necesariamente han de desarrollar la Directiva del 77.

A ello se une la importancia del recurso en este asunto, por parte de la Comisión, al artículo 169 del Tratado de Roma, pues la mayor parte de las decisiones del Tribunal, y en particular al tratar el tema de la prestación de servicios de los abogados, tienen su origen en cuestiones prejudiciales que en virtud del artículo 177 del Tratado plantean los Tribunales de los Estados miembros.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: INCOMPATIBILIDAD DE LA LEY ALEMANA DE 16 DE AGOSTO DE 1980, CON LA DIRECTIVA

Desde una carta de 26 de mayo de 1983, dirigida a la RFA, la Comisión de la Comunidad Económica Europea venía requiriendo al Gobierno de la RFA, la necesidad de modificar determinadas disposiciones de su Ley de 16 de agosto desarrolladora de la Directiva de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados. En vista de que el Gobierno Federal no había satisfecho ni en la medida necesaria, ni de la manera en que las exigencias de la Comisión se habían manifestado, las previsiones de la necesaria transformación de su Ley, la Comisión introdujo en virtud del artículo 169 del Tratado de Roma un recurso ante el Tribunal de las Comunidades, fundado en el incumplimiento por parte de la RFA de las disposiciones del Tratado y de la mencionada Directiva.

Básicamente, el incumplimiento giraba en torno a tres aspectos:

- a) Ambito de la concertación.
- b) Modalidades de la concertación.
- c) Territorialidad de la postulación.

a) Ambito de la concertación.

El artículo 4 de la Ley alemana obliga al abogado comunitario que pretende prestar sus servicios en Alemania, a actuar en concierto (de acuerdo) con un abogado establecido en la RFA siempre que actúe "en calidad de representante o defensor de un cliente", tanto en los procesos judiciales como en los administrativos, e incluso cuando pretenda establecer contactos con el detenido.

El Tribunal considera que esta exigencia es excesivamente amplia en relación a la posibilidad que alberga el artículo 5 de la Directiva, y la misma argumentación se utiliza para fundar los dos primeros aspectos de esta incompatibilidad "por exceso", acogiendo la presentada por Comisión, a saber, que "hay que tener en cuenta el contexto donde la Directiva se enmarca. En efecto, la Directiva no implica más que medidas tendentes a facilitar el ejercicio efectivo de las actividades de un abogado prestatario de servicios, teniendo en cuenta que en aplicación del Tratado, toda restricción a la libre prestación de servicios está prohibida tras haber finalizado el período transitorio. Esta prohibición supone la eliminación de toda discriminación por razón de nacionalidad o del hecho de que la prestación se realice en lugar distinto al del establecimiento".

Por ello, "la libre prestación de servicios, en tanto que principio fundamental del Tratado, sólo puede limitarse por reglamentaciones justificadas por el interés general, en la medida en que este interés no quede cubierto por las reglas del Estado miembro donde se encuentra establecido a las que el prestatario está sometido".

Y en este sentido, el Tribunal considera que el artículo 4 a) de la ley alemana no está justificado por ningún interés general al imponer que el abogado prestatario de servicios actúe concertadamente, "incluso cuando el Derecho alemán no exige preceptivamente la asistencia de abogado".

b) Modalidades de la concertación

El segundo reproche que se hace por parte de la Comisión, se refiere al contenido que de la noción de concertación hace la Ley alemana de 1980, pues supera los límites marcados por la Directiva y por los artículos 59 y 60 del Tratado, particularmente en lo referente a la prueba de la concertación al papel atribuido al abogado alemán con el que se realiza la concertación y a los contactos del prestatario de servicios con los detenidos.

El ya citado artículo 4 de la Ley alemana de 1980 impone en sus apartados b), c) y d) unas modalidades de concertación que, denunciadas por la

Comisión por incompatibles al Derecho Comunitario, serán sancionadas por el Tribunal.

Así, el apartado b) exige que "el abogado alemán con el que tiene que concertarse debe ser el mismo mandatario "ad litem" o defensor en el marco del procedimiento". El Tribunal entiende al respecto, que este desarrollo del artículo 5 de la Directiva, no es indispensable y ni siquiera útil para conseguir el apoyo necesario para el prestatario de servicios, que se encuentra ejerciendo en un sistema jurisdiccional diferente al suyo, apoyo que parece constituir la finalidad del artículo 5 de la Directiva al posibilitar la concertación. Mejor sería establecer, que los dos abogados deben ser considerados por igual permitiendo que puedan definir juntos, dentro del respeto a las reglas deontológicas y en el ejercicio de su autonomía profesional, las modalidades de cooperación adecuadas para ejecutar el mandato que les ha sido confiado.

Por su parte, el apartado c) dispone que "el abogado prestatario no puede intervenir durante el procedimiento oral o la vista más que acompañado de este abogado alemán y tampoco puede, en calidad de defensor, visitar a un detenido, sin ser acompañado de este abogado alemán ni entrevistarse con un detenido sin la intermediación de éste". Respecto a la necesidad de concertación durante estos actos procesales, la argumentación anterior legitima una estimación de incompatibilidad con la Directiva. Pero los motivos de esta incompatibilidad en lo relativo a las visitas a los detenidos ya son diferentes. En efecto, estas visitas presentan un carácter específico, fundado en la conexión que se establece entre los detenidos y la jurisdicción competente, conexión que no existe en el caso de otros justiciables. Por ello, el Tribunal estima, que por razones de seguridad pública pueden los Estados miembros reglamentar los contactos de los abogados con los detenidos y así la Ley alemana que impone la obligación de concertación en lo que concierne a los contactos con los detenidos, incluso en ausencia de asistencia preceptiva de abogado, no es considerada contraria a la Directiva. Sin embargo, si resulta contrario para el Tribunal el hecho de que tal Ley alemana no admita excepción alguna, ni siquiera con autorización del Tribunal o de la autoridad competente para los contactos con los detenidos, pues supone que se imponen unas restricciones que van más allá de lo necesario para conseguir los objetivos legítimos que esta Ley persigue.

La tercera modalidad de concertación que prevé el apartado d) del artículo 4 de la Ley alemana, señala que "la concertación exigida debe probarse cada vez que se realice un acto, que los actos del abogado prestatario realizados infringiendo estas disposiciones o aquéllos en los que la prueba de la concertación no se ha prestado en el momento de su realización son nulos y de nulo efecto y que durante el procedimiento oral o la vista se considera

que hay efectivamente concertación si el acto no se revoca o modifica inmediatamente por el abogado alemán". Este aspecto también se considera por el Tribunal desproporcionado y por ello incompatible con la Directiva.

c) Territorialidad de la postulación

Según la Ley de 1980 (artículo 4 d), debe aplicarse al abogado comunitario no alemán el artículo 52 de la Ley federal relativa a la profesión de abogado, en el caso en que exista asistencia preceptiva. Pero en la medida en que se imponga la asistencia obligatoria, los abogados que actúen en estos procesos deben estar admitidos ante la jurisdicción competente y si no lo están sólo pueden presentar observaciones a lo largo del procedimiento oral, con la asistencia del abogado admitido. La Ley del 80 coloca al abogado prestatario de servicios en la misma situación.

La Comisión en este caso, también denuncia la incompatibilidad con el Derecho Comunitario, porque se somete en estos procesos, al prestatario de servicios a un régimen más estricto que el previsto para los procesos donde cualquier abogado alemán puede representar o defender a un cliente. Alega en primer lugar que el artículo 5.1 de la Directiva, permite exigir tan sólo un concierto con un abogado admitido ante una jurisdicción competente, y no limitar la prestación de servicios a determinadas explicaciones en el procedimiento oral y con asistencia de un abogado admitido. En segundo lugar, estima que el prestatario de servicios no estaría privilegiado con respecto al alemán si se le dejara actuar sin que se le aplicara el artículo 52 de la BRAO (Bundesrechtsanwaltsordnung), porque el prestatario de servicios se caracteriza por no poseer establecimiento en el lugar donde precisamente presta tales servicios y no estar admitido ante la jurisdicción donde actúa, mientras que el abogado alemán tiene el centro de su actividad profesional en el lugar donde está establecido y su admisión ante una jurisdicción competente obedece más bien a las necesidades de su práctica profesional y de sus clientes. Además, la prestación de servicios es bien distinta, por su misma naturaleza, a la actividad de un abogado ejerciente, en su propio país y desde su propio bufete.

El Gobierno alemán, por su parte, observa que el principio de la territorialidad de la postulación se introduce en interés de una buena administración de justicia, facilitando la comunicación entre abogado y jurisdicción competente y el desarrollo del proceso. Añade que, la Ley del 80, en su artículo 4, somete al mismo tratamiento al abogado alemán y al prestatario de servicios, evitando ninguna clase de privilegio. Para ilustrar sus propósitos se refiere al ejemplo del Bundesgerichtshof, Tribunal Federal Supremo en materia Civil y Penal: Sólo a un reducido grupo

de abogados alemanes especializados en materia de revisión se les admite ante esta jurisdicción, mientras la Comisión mantiene que se les debe conceder los mismos derechos a todo abogado establecido en otro Estado miembro.

La cuestión de saber si la RFA tiene derecho a someter a los abogados prestatarios de servicios al mismo régimen que aplica al los abogados alemanes no admitidos tiene su base de análisis en los artículos 59 y 60 del Tratado y no de la Directiva, y así se argumenta por la Comisión.

El Tribunal en este punto, recoge principalmente las fundamentaciones de la Comisión y estima que debe constatar que la regla de la **EXCLUSIVIDAD TERRITORIAL** no puede aplicarse a actividades de carácter temporal ejercidas por abogados establecidos en otros Estados miembros, si bien se mantiene la obligación de concierto. El argumento del Gobierno alemán se rechaza, aunque aclara el Tribunal (y reconoce la Comisión) que los argumentos que se invocan para ello, no son aplicables a los Barreaux especializados, como es el caso de los enmarcados en la Bundesgerichtshof.

3. CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

Se reconoce que la República Federal de Alemania ha faltado a las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 59 y 60 del Tratado CEE y de la Directiva 77/249 del Consejo, tendente a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados:

- Imponiendo al abogado prestatario de servicios la obligación de actuar en concierto con un abogado establecido en el territorio alemán incluso cuando el Derecho alemán no exige la asistencia obligatoria de un abogado.
- Exigiendo que el abogado alemán con el que debe concertarse sea el mismo mandatario "ad litem" o defensor en el marco del litigio.
- Exigiendo que el abogado prestatario de servicios no pueda intervenir en la vista más que si viene acompañado de este abogado alemán.
- Imponiendo modalidades de prueba de la concertación entre los dos abogados que no están justificadas.
- Imponiendo, sin excepción posible, al abogado prestatario de servicios la obligación de acompañarse de un abogado alemán si visita a un detenido y no mantener entrevista con él, más que por intermediación de este abogado alemán.
- Sometiendo a los abogados prestatarios de servicios a la regla de la exclusividad territorial, prevista por el artículo 52.2 de la Bundesrechtsanwaltsordnung.

Lo que el Tribunal ha dejado claro en su sentencia de Comisión c/ Alemania es que las normas que rigen el concepto de "concertación" no deberían ser demasiado detalladas. El objetivo de un abogado extranjero familiarizado con las normas de procedimiento existentes en un país extranjero puede hacer necesaria una cooperación muy estrecha entre el abogado extranjero y el local en algunos asuntos y el mismo objetivo puede dar lugar a una fluida cooperación en otros casos.

4. OBSERVACIONES FINALES

En principio es evidente que la profesión de abogado implica particularidades que difícilmente alcanzan a otras profesiones. Ser médico, veterinario, ingeniero en cualquier especialidad, físico, químico o farmacéutico no comporta una localización territorial en el ejercicio de la respectiva profesión. Por el contrario, no sólo la diferencia de lenguaje, sino más trascendentalmente las distintas concepciones del Derecho, material y sobre todo procesal bloquea, limita y confina al abogado a su país de origen. Si la misma traducción de una Ley es difícil de un idioma a otro, piénsese en la aplicación de esa Ley, ante una planta jurisdiccional distinta, con procedimientos diferentes, plazos y formalidades desiguales y se concluirá que sea prácticamente imposible para un abogado de un país de los Doce ejercer sin más en otro Estado miembro. Con todo, ello pugna con un principio esencial en la Comunidad: la libertad de establecimiento profesional y de prestación de servicios.

Con el tiempo, para la profesión de abogado esto implicará una reforma no sólo de los planes de estudio en las Facultades de Derecho, sino un plausible acercamiento en las legislaciones, sobre todo en el Ordenamiento procesal. El abogado en efecto está acostumbrado a la dificultad de búsqueda y hallazgo de la norma aplicable en este tiempo de aceleración legiferante, pero conoce o debe conocer los vericuetos del proceso, que es el mismo soporte de su actividad. Mientras esta armonización procesal no se produzca, el abogado verá de hecho mermada su libertad comunitaria. Añádase a esto, la presión de los grupos profesionales en cada país, muy importantes para la edición de normas como la Ley alemana.

Sin embargo no hay que ser tan pesimistas. Es una verdad innegable que ha habido progresos en el desarrollo de la libertad de los abogados a ejercer el comercio o una profesión en el ámbito comunitario y todo ello a pesar de que muy pocas normas —tanto en cantidad como en calidad— han sido adoptadas hasta hoy en el ordenamiento de la CEE. Cabe incluso dudar si según la Directiva 77/249, los Estados pueden exigir a los abogados extranjeros que se expresen en el idioma del Tribunal o si tales abogados tienen que dar prueba

de conocer algo —aunque sea sucintamente— de ese idioma. La Comisión ha manifestado repetidamente la opinión de que los Estados miembros deberían asegurar la adopción de medidas necesarias para hacer desaparecer cualquier impedimento de naturaleza lingüística en el ejercicio de la libertad de establecimiento o de la libre prestación de servicios.

El Tribunal de Luxemburgo ha jugado (y seguirá haciéndolo) un papel primordial viniendo a decir a fin de cuentas algo elemental. No añadamos a las dificultades naturales e históricas algo artificial.

BIBLIOGRAFIA

- ANTONIO ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE:
“Derecho Internacional Privado Español y Derecho Comunitario Europeo”, Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Madrid, 1988.
- ALBERT BRUNOIS: “Après l’arrêt Klopp et l’état des prestations de services et des établissements des avocats en Europe”. RTDE 1985.
- F. HERBERT: “El abogado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. Gaceta Jurídica de la CEE, n.º 25, serie D, enero de 1987.
- JEAN DERRUPPE: “Les avocats dans la CEE”. Centre d’études et de recherches sur l’Espagne et le monde hispanique. Université de Bordeaux I.
- LOUIS PETTITI: “La portée sociale des directives communautaires concernant les avocats”. Recueil Dalloz Sirey, 1978.
- ANGEL HERNANDEZ MARTIN: “El abogado y la CEE”, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, n.º 1/1987.
- J. W. BITTER: “Los abogados en la CEE y la libertad para ejercer el comercio o una profesión”, Gaceta Jurídica de la CEE, n.º 51 B-33, julio 1988.
- MUÑOZ MACHADO, PAREJO ALFONSO, / RUILOBA SANTANA: “La libertad de ejercicio de la profesión y el problema de las atribuciones de los técnicos titulados”. Instituto de Administración Local Madrid, 1983 (Capítulos VI y VII).
- LELEUX, PETTITI, L.: “La libre circulation des avocats Problèmes actuels”, 12 CDE 676 (1976).
- O’CAIOMH, A.: “The Implementation of the Directive on Lawyers’ Freedom to Provide Services in Ireland, 5 European L. Rev. 235 (1980).
- WALTERS, D. B.: “Uncertain Steps towards a European Legal Profession”, 3 European L. Rev. 265 (1978). 