

PROYECTOS NORMATIVOS

27. ASISTENCIA JURÍDICA A SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES Y FUNDACIONES CON PARTICIPACIÓN ESTATAL. CONVENIOS DE ASISTENCIA JURÍDICA CON EL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. PROPUESTA NORMATIVA AL EFECTO

1. Asistencia jurídica a sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal. Convenios de asistencia jurídica con el Servicio Jurídico del Estado. Propuesta normativa para su inclusión en el Anteproyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Observaciones a enmienda de la propuesta normativa *.

1. PROPUESTA NORMATIVA.

«Disposición adicional... Asistencia jurídica a sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal.

1. Mediante la formalización del oportuno convenio, podrá encomendarse a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado la asistencia jurídica, consistente en el asesoramiento y la representación y defensa en juicio, de las sociedades mercantiles estatales así como de las fundaciones cuya dotación hubiera sido aportada, en todo o en parte, por el Estado, sus Organismos autónomos o Entidades públicas.

2. En dicho convenio deberá preverse la contraprestación económica a satisfacer por la sociedad o fundación al Estado, que se ingresará en el Tesoro Público y generará crédito en los servicios correspondientes del Ministerio de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en la legislación presupuestaria.»

2. INFORME A LA PROPUESTA NORMATIVA.

A) *Antecedentes legales*: La propuesta normativa que se realiza no deroga ni parcial ni totalmente ninguna de las normas preexistentes dado

* Informe realizado el 26 de octubre de 1998 por don José Manuel Gutiérrez Delgado, Subdirector General-Jefe del Gabinete de Estudios de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado .

Propuesta normativa recogida en la Disposición Adicional Quinta de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

que se trata de una innovación que amplía la capacidad de representación y defensa del Servicio Jurídico del Estado a determinadas personas jurídicas.

Sin embargo, sí pueden encontrarse determinados precedentes legislativos que, haciendo referencia a las Entidades públicas, y por tanto a un ámbito diferente al de las sociedades mercantiles y fundaciones que aquí se trata, pueden servir para ilustrar la propuesta normativa que se realiza por su evidente paralelismo.

Así, la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en su artículo 24.4 prevé lo siguiente:

«El asesoramiento jurídico, la defensa y la representación en juicio del Ente público (Puertos del Estado) podrá ser encomendada a los Abogados del Estado integrados en los Servicios Jurídicos del Estado, mediante convenio en el que se determinará la compensación económica a abonar, la cual generará crédito en los Servicios correspondientes del Ministerio de Justicia».

A este artículo remite el 35.7 de la misma Ley al referirse, no ya al Ente público Puertos del Estado, sino a cada una de las Autoridades portuarias.

La disposición adicional decimoquinta de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo se expresa en los siguientes términos:

«Asistencia jurídica a los Entes públicos estatales.

Salvo que sus disposiciones específicas establezcan lo contrario, el asesoramiento jurídico y la defensa y representación en juicio de las entidades de Derecho Público a que se refieren los artículos 6.1.b y 6.5 de la Ley General Presupuestaria podrán ser encomendados a los Abogados del Estado integrados los Servicios Jurídicos del Estado mediante convenio en el que se determinará la compensación económica a abonar al Tesoro Público.»

Por último, la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, en su artículo 1.4 establece una previsión en términos paralelos:

«Salvo que sus disposiciones específicas establezcan otra previsión al efecto, podrá corresponder a los Abogados del Estado la asistencia jurídica a las entidades públicas empresariales, reguladas en el capítulo III del título III y disposiciones adicionales octava, novena y décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado mediante la formalización del oportuno convenio al efecto, en el que se determinará la compensación económica a abonar al Tesoro Público».

27 B) *Oportunidad y objetivos*: La evolución seguida por la Administración General del Estado a lo largo de los últimos años ha llevado a una cada vez mayor distribución de las competencias que originariamente desempeñaba entre diversos tipos de personificación institucional.

En un primer momento, esta evolución se decantó hacia las Entidades públicas con personalidad jurídica independiente. Pero en un segundo estadio y, con toda probabilidad, en el futuro inmediato, el camino continuará hacia la formación de sociedades mercantiles y fundaciones que pasan a desempeñar de forma más ágil y con criterios de eficiencia económica competencias que hasta el momento permanecían en el ámbito de actuación del Estado o sus Organismos autónomos.

La norma que se propone pretende, por tanto, que el Servicio Jurídico del Estado pueda seguir prestando su servicio público de asistencia jurídica en relación a los mismos ámbitos materiales respecto a los que viene desempeñándolo en la actualidad pero que, al pasar a ser desarrollados por sociedades mercantiles o fundaciones, con la legislación existente hasta el momento, quedan vedados a la actuación de los Abogados del Estado integrados en dicho Servicio Jurídico del Estado.

No se pretende, por tanto, propiamente una ampliación del campo material de actuación de los Abogados del Estados sino una adaptación de su normativa a la evolución de las nuevas formas de personificación del sector público estatal.

Desde otro punto de vista, ello supone optimizar los medios con que cuenta el Estado considerado en su conjunto, evitando así contratar servicios externos a la Administración y tener que asumir gastos por asistencia jurídica en estas áreas que pasan a desempeñarse bajo personificaciones jurídicas privadas. En suma, el sector público no tiene que perder recursos abonándolos al exterior y puede obtener el máximo rendimiento y la máxima eficiencia de los medios con los que cuenta y que hasta ahora han venido desempeñando esas tareas.

En cuanto a la justificación para su introducción en la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, radica en la conexión que ésta medida tiene con la ordenación de los medios de la Administración para el máximo ahorro presupuestario y evitar gastos a la misma.

Por otro lado, resulta necesario introducir en la Ley de Medidas para 1999 esta disposición dado que la Ley 52/1997 no contiene una previsión que permita al Servicio Jurídico del Estado celebrar convenios con sociedades mercantiles y fundaciones estatales para su asistencia jurídica (tan solo se refiere en su artículo 1.4 a las entidades públicas). De esta forma, con las previsiones de la Ley 52/1997, sucede que ante los sucesivos cambios y evoluciones de la personificación jurídica que adopta el Estado, el Servicio Jurídico del Estado queda desplazado en sus funciones cuando dichas personificaciones revisten las formas de sociedades mercantiles o fundaciones, con el consiguiente

incremento de coste para las arcas públicas. Es necesario, por tanto, una norma con rango de Ley que prevea esta posibilidad y, precisamente, este soporte normativo es el que viene a dar la disposición adicional cuarta.

C) *Memoria económica*: La propuesta que se realiza, lejos de causar gasto alguno a la Administración General del Estado, supondría a la misma ingresos que obtendría, simplemente, aprovechando al máximo los recursos humanos y materiales de que dispone.

Estos ingresos se concretarían en las contraprestaciones que las distintas sociedades mercantiles o fundaciones que suscribieran los convenios tienen que aportar al Estado de forma necesaria de acuerdo con la norma propuesta.

3. OBSERVACIONES DE LA DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO AL PROYECTO DE ENMIENDA A LA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA DEL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS FISCALES ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL PARA 1999 PARA SU SUPRESIÓN O, ALTERNATIVAMENTE, PARA SU MODIFICACIÓN.

La postura de este Centro Directivo es el mantenimiento de la disposición adicional cuarta en el proyecto en los mismos términos en que se encuentra en la actualidad y el rechazo de dichas enmiendas por las razones que vamos a ir analizando a continuación.

A) *Enmienda de supresión.*

1. En cuanto a la enmienda de supresión, el primer argumento en que se funda es que la Ley Orgánica del Poder Judicial en sus artículos 436 y 439.2 encomienda de forma exclusiva a los Abogados la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, el asesoramiento y consejo jurídico e impone la obligatoriedad de la previa colegiación para su ejercicio, con las únicas excepciones legales de la actuación por razón de dependencia funcional o laboral con las Entidades a que se refiere este artículo que, a juicio de los enmendantes, no se dan en este caso.

La postura de la que parte la justificación de la enmienda entendemos que, dicho con todos los respetos, es absolutamente equivocada y sólo se sostiene bajo un análisis muy parcial del precepto que pretende aplicar.

En efecto, el artículo 439.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece lo siguiente:

«La colegiación de los Abogados y Procuradores será obligatoria para actuar ante los Juzgados y Tribunales en los términos previstos en esta Ley y por la legislación general sobre colegios profesionales, salvo que actúen al servicio de las Administraciones Públicas o Entidades Públicas por razón de dependencia funcional o laboral».

27 Es claro que este artículo plantea la regla general de necesidad de colegiación de los Abogados y Procuradores con la excepción de aquellos que están ejerciendo estas funciones en virtud de su relación de servicio con las Administraciones o Entidades públicas. Pues bien, éste es precisamente el supuesto que se da en la disposición adicional cuarta que ahora analizamos y, por ello, no hay contradicción alguna con la Ley Orgánica del Poder Judicial sino encaje con sus previsiones. Las razones que avalan esta postura son las siguientes:

a) La disposición adicional cuarta no regula una relación de dependencia entre los Abogados del Estado y las Sociedades Mercantiles Estatales o Fundaciones con participación estatal sino la posibilidad de establecer una relación entre éstas y el propio Estado celebrando un convenio para asumir su asistencia jurídica. De esta forma, los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado que presten asistencia jurídica a estas Sociedades y Fundaciones lo hacen única y exclusivamente por razón de su dependencia de la Administración General del Estado y en concepto de funcionarios de dicha Administración General del Estado, sin tener relación alguna directa con la Sociedad o Fundación. El único que establece una relación con la Sociedad o Fundación es el Estado, pero no los Abogados del Estado, que siguen desempeñando su trabajo como funcionarios de éste.

b) Prueba de todo lo anterior es que el convenio de asistencia jurídica se celebra entre el Estado, como persona jurídica reconocida en el artículo 2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y la Sociedad o Fundación, que tienen también personalidad jurídica independiente, y nunca con los Abogados del Estado concretos y particulares que vayan a desempeñar dicha función.

c) En la misma línea abunda el hecho de que la contraprestación no se abona a los Abogados del Estado concretos y particulares que vayan a prestar la asistencia jurídica a las Sociedades y Fundaciones sino al Estado ingresándose, como no podría ser de otra manera, en el Tesoro Público.

d) Por ello, los Abogados del Estado que presten esta asistencia jurídica no reciben remuneración alguna directamente con motivo de estas actuaciones, sino que su remuneración es única y exclusivamente la que les corresponde como funcionarios, puesto que su labor siempre se realiza como tales y en el marco de dicha relación funcional con la Administración General del Estado.

e) Consecuencia de todo lo anterior es que los Abogados del Estado que desempeñan estas funciones no actúan con sometimiento a las órdenes y dirección de las Sociedades o Fundaciones sino única y exclusivamente a las órdenes y dirección de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado en tanto, repetimos una vez más, la única relación que se mantiene es la funcional.

f) Debe tenerse también presente que esta disposición adicional requerirá, al igual que otras normas semejantes que han permitido el establecimiento de convenios de asistencia jurídica con las Autoridades

Portuarias y otros Entes Públicos, (tales como los arts. 24.4 y 35.7 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Mercante o la disposición adicional decimoquinta de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre), de un desarrollo a través del oportuno Real Decreto. En congruencia con todo lo dicho anteriormente, este Real Decreto deberá prever una salvedad semejante a la que ya existen en los Reales Decretos 1414/1994, de 25 de junio, sobre Asistencia Jurídica a las Entidades estatales de Derecho público y 685/1993, de 7 de mayo, sobre Asistencia jurídica a los Entes públicos Puertos del Estado y Autoridades portuarias (anexo, cláusula primera) en los cuáles se especifica que la firma del convenio no supone ninguna relación laboral entre el Ente público y los Abogados del Estado que presten dicha asistencia jurídica.

Como resumen de todo lo anterior debemos concluir que el supuesto que se prevé en esta disposición adicional es una de las salvedades que contempla el artículo 439.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dado que los Abogados que realicen estas funciones lo hacen única y exclusivamente por su relación funcional con el Estado y en cumplimiento de las órdenes que éste les imparta sin ningún tipo de relación o dependencia directa de cada uno de ellos con las Sociedades o Fundaciones. Es el Estado el único que mantiene la relación con la Sociedad o Fundación y es el Estado, en virtud de un convenio que celebra apoyado en una previsión legal expresa cual es la de la disposición adicional cuarta que ahora tratamos, el que encomienda a sus funcionarios la realización de esas labores, pero éstos las prestan siempre en su condición de tales funcionarios.

Sostener lo contrario sería tan absurdo como pretender que cuando un funcionario en ejercicio de sus competencias y actividades preste un servicio que de alguna forma beneficie o tenga relación con un particular tiene ya una relación laboral o funcional o de servicios con dicho particular. El funcionario sigue perteneciendo a la Administración y sigue teniendo su única relación con la Administración, lo que ocurre es que, en función de ella y de las competencias que a la Administración corresponden, se le encomendarán tareas que, a veces, tendrán una relación directa o un beneficio directo para unos particulares, pero eso no hace que su relación funcional se vea en forma alguna alterada.

2. En segundo lugar, se apoya la enmienda de supresión en que la disposición adicional implicaría un atentado al principio de libertad de competencia pues «de ejercitarse la facultad que concede, se restringiría el ejercicio de la profesión respecto a estas Entidades al asignarla en exclusiva a los Abogados del Estado, impidiendo su ejercicio a los Abogados».

También debemos manifestar nuestra más radical oposición a esta argumentación dado que sólo puede sostenerse, al igual que la anterior, sobre una lectura parcial de la disposición adicional que incluye el proyecto de ley por las siguientes razones:

a) La disposición adicional que abordamos siempre utiliza el verbo «podrá», es decir, la Sociedad o Fundación tiene absoluta libertad

para celebrar el convenio con la Administración General del Estado o no celebrarlo. Incluso, podría decirse que la regla general es que las Sociedades y Fundaciones estatales sigan siendo asesoradas y defendidas por los Abogados colegiados y sólo si celebran un convenio específico con el Estado pasen a ser asesoradas y defendidas por los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado. Pero, insistimos, ésto es sólo una posibilidad, nunca una imposición de la Ley.

b) Pero, es más, incluso una vez celebrado el convenio tampoco existe una cláusula de exclusividad en favor del Servicio Jurídico del Estado. Al igual que hacíamos en el apartado anterior, debemos ahora insistir en que esta Ley necesitará del oportuno desarrollo reglamentario, tal y como sucedió con la posibilidad de celebración de convenios con las autoridades portuarias, a través del Real Decreto 685/1993, y con los otros Entes públicos, a través del Real Decreto 1414/1994, antes citados. En estos Reales Decretos, artículo 1.2, en ambos, se prevé expresamente que, aunque exista el convenio, los Entes públicos siempre podrán encomendar a Abogado colegiado y Procurador su asistencia jurídica con total libertad.

c) Por otra parte debe tenerse presente que en los supuestos a que se refiere la disposición adicional cuarta que analizamos se mantiene una especial relación de vinculación con la Administración Pública aún cuando las personas jurídicas sean de naturaleza privada. Así las sociedades mercantiles estatales, es decir sólo aquéllas en las que el Estado o sus Organismos públicos tienen una mayoría de capital, se encuentran sometidas a limitaciones de la Ley General Presupuestaria y a fiscalización por parte del Tribunal de Cuentas. De igual forma las Fundaciones con participación estatal, a través de los mecanismos propios de su legislación, tienen un cierto control por parte de la Administración.

No se trata, por tanto, de extender la actuación del Servicio Jurídico del Estado a toda Sociedad con alguna participación pública sino sólo a aquéllas personas jurídico-privadas que, a pesar de esta forma jurídica, mantienen un mayor vínculo con el Estado o sus Organismos públicos.

Por consiguiente, no hay ninguna restricción a la competencia y al libre mercado ni en la situación anterior a la firma del convenio ni en la posterior a dicha firma sino que, simplemente, se introduce una nueva posibilidad en el mercado, manteniendo intactas los Abogados y Procuradores colegiados sus posibilidades de hacerse con los servicios de estas Sociedades y Fundaciones en igualdad de condiciones.

La conclusión más que una restricción del mercado no puede ser otra que la de una ampliación del mercado y un favorecimiento de la competencia en lugar de su limitación.

3. La tercera justificación de la enmienda de supresión se basa en que las funciones de Abogado quedarían al margen de cualquier ordenación profesional y control deontológico y disciplinario.

En línea parecida a la anterior, la enmienda utiliza una cuarta justificación en el sentido de que los Abogados del Estado no gozarían de libertad e independencia y de secreto profesional.

Igualmente debe rechazarse esta justificación dado que, como anteriormente se ha expuesto, el Abogado del Estado cuando actúa respecto a estas Sociedades y Fundaciones, al igual que cuando lo hace respecto a la Administración Pública o Entes Públicos, estará sometido a las normas disciplinarias de la Función Pública, como cualquier otro funcionario, más rígidas en la mayoría de los aspectos que las propias normas del Colegio de Abogados, y a la dirección y coordinación por parte de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, de conformidad con lo expuesto en el artículo 3 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

Aceptar el argumento que la justificación de la enmienda pretende sostener sería tanto como entender que los Abogados del Estado cuando actúan en nombre y representación de la Administración Pública están fuera de toda norma de ética o de disciplina y sin sometimiento a dirección o coordinación alguna, lo cual es evidentemente falso.

En cuanto al no sometimiento al secreto profesional, el Abogado del Estado, como todo funcionario, está sometido a un deber de sigilo en sus actuaciones.

Buena prueba de todo lo que acabamos de decir la constituye el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, que aprueba el Reglamento del régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, el cual, en su artículo 6, contempla como faltas muy graves el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución, la publicación de secretos oficiales, la violación de la independencia o neutralidad y la infracción de las normas de incompatibilidades. De la misma forma contempla como falta grave, en su artículo 7, la infracción del deber de sigilo exigible a todo funcionario. Y ello sólo por citar algunos de los ejemplos del estricto régimen disciplinario funcional que claramente ponen de manifiesto la inconsistencia de la justificación que se pretende dar a la enmienda.

4. El último argumento es que incrementaría la sobrecarga de trabajo y funciones de la Abogacía del Estado. A él debe contestarse lo siguiente:

a) Como se ponía de manifiesto en la justificación de la disposición adicional, con ella no se pretende tanto ampliar el campo de actuación de la Abogacía del Estado sino mantener éste en los términos actuales ante una evidente transformación de la Administración que adopta las personificaciones de Sociedades Mercantiles y Fundaciones para realizar funciones y competencias que antes se realizaban a través de la propia Administración del Estado u otras Entidades públicas.

b) Por otro lado, debemos insistir en que el convenio siempre se plantea como una posibilidad y siempre cabrá que la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, como Centro Directivo, de conformidad con lo expuesto en el artículo 3 de la Ley 52/1997, limite la celebración de estos convenios en función de la disponibilidad de medios humanos y materiales para llevar adelante las tareas que de los mismos se deriven.

27 B) *Enmienda de modificación.*

En cuanto a la enmienda alternativa, que propone la introducción de un párrafo tercero imponiendo la colegiación a los Abogados del Estado que desempeñen estas funciones, además de contravenir lo dispuesto en el artículo 439.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los términos que ya hemos expuesto anteriormente, sería contrario al sistema de incompatibilidades de la Función Pública, cuya Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas prohíbe, en su artículo 11, con carácter general, el desempeño por el personal bajo su ámbito de actividades privadas, estando los Abogados del Estado, como funcionarios que son, bajo este ámbito de aplicación de la Ley de Incompatibilidades.

Con ello se demuestra que la solución que la enmienda alternativa propone alteraría todo el sistema de incompatibilidades y toda la concepción de la que parte la Ley Orgánica del Poder Judicial y la legislación sobre Función Pública.