

R. CASACION núm.: 282/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Tercera
Sentencia núm. 960/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 5 de julio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 282/2019 interpuesto por D^a , Procuradora de los Tribunales que actúa en su propio nombre y representación, contra la sentencia nº 664, de 30 de octubre de 2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 6^a (apelación 737/2018), que desestima el recurso de apelación interpuesto por dicha recurrente contra la sentencia 89/2018, de 23 de marzo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 27 de Madrid (procedimiento ordinario 127/2017). Se han personado en las actuaciones como partes recurridas el CONSEJO GENERAL DE LOS COLEGIOS DE PROCURADORES DE LOS TRIBUNALES DE ESPAÑA, representado por el Procurador D. , y el COLEGIO DE PRODCURADORES DE MADRID, representado por la Procuradora D^a .

Firmado por: EDUARDO CALVO ROJAS
05/07/2021 10:32
Minerva

Firmado por: M. ISABEL PERELLO
DOMENECH
05/07/2021 10:37
Minerva

Firmado por: JOSE M. DEL RIEGO
VALLEDOR
05/07/2021 11:33
Minerva

Firmado por: JOSE BANDRES
SANCHEZ-CRUZAT
05/07/2021 17:33
Minerva

Firmado por: EDUARDO ESPIN
TEMPLADO
05/07/2021 08:52
Minerva

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a

, actuando en su propio nombre y representación, interpuso recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones del Colegio de Procuradores de Madrid de 14 de septiembre de 2016 y 6 de febrero de 2017 por las que se deniega la expedición de dos carnets de oficiales habilitados, en aplicación de la orden del Ministerio de Justicia de 12 de junio de 1961 que permite un máximo de tres oficiales por procurador.

El Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 27 de Madrid dictó sentencia nº 89/2018, de 23 de marzo, (procedimiento ordinario 127/2017) en la que se desestima recurso contencioso-administrativo.

Las razones para desestimar el recurso las expone el Juzgado en los fundamentos jurídicos segundo y tercero de su sentencia, cuyo contenido es el siguiente:

<<SEGUNDO.- La cuestión objeto de debate en el presente recurso es determinar la vigencia o no del artículo I de la Orden del Ministerio de Justicia de 15 de junio de 1948, modificado por la Orden Ministerial de 12 de junio de 1961, que limita a tres el número de oficiales habilitados.

El artículo 29 del Real Decreto 1281/2002, de 5 diciembre 2002, que aprueba el Estatuto General de Procuradores de los Tribunales, dispone que "También podrán los Procuradores ser sustituidos, en las asistencias, diligencias y actuaciones, por su oficial habilitado en la forma que reglamentariamente se establezca, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial". El 543.4º de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, en la redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 diciembre 2003, dispone que "En el ejercicio de su profesión los Procuradores podrán ser sustituidos por otro procurador. También para los actos y en la forma que se determine reglamentariamente podrán ser sustituidos por oficial habilitado". Esta vía reglamentaria está constituida por la Orden del Ministerio de Justicia de 14 de junio de 1948 - BOE de 12 de julio-, con las modificaciones llevadas a cabo por las Ordenes de 12 de junio de 1961, de 22 de octubre de 1971 y de 24 de julio de 1979, a las que alude el Colegio de Procuradores.

El artículo 1 de la citada Orden establece: "Los Procuradores de los Tribunales en ejercicio podrán ser auxiliados en el desempeño de sus actividades por Oficiales Habilitados de ambos sexos, siempre que su número no exceda de tres por cada Procurador. Los Oficiales Habilitados tendrán las mismas incompatibilidades que los Procuradores en el ejercicio de su profesión".

Como quiera que la Orden del Ministerio de Justicia de 15 de junio de 1948, modificada por la Orden Ministerial de 12 de junio de 1961 es preconstitucional debe tenerse en cuenta tal y como estableció la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1992 de 2 de Noviembre de 1992 que no puede olvidarse que, no es posible exigir la reserva de la Ley de manera retroactiva para anular o considerar nulas disposiciones reglamentarias reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía, de acuerdo con el Derecho preconstitucional y, que el principio de legalidad que se traduce en la reserva absoluta de Ley no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada, aun cuando las habilitaciones ilimitadas a la potestad reglamentaria y las deslegalizaciones realizadas por Leyes preconstitucionales, incompatibles con el artículo 25.1 de la Constitución, deben entenderse caducadas por derogación desde la entrada en vigor de ésta (Sentencias del Tribunal Constitucional 11/1981, fundamento jurídico 5º; 15/1981, fundamento jurídico 7º; 42/1987, fundamento jurídico 4º; 101/1988, fundamento jurídico 4º; 29/1989, fundamento jurídico 2º; 83/1990, fundamento jurídico 3º). Igualmente, el TC ha señalado que este criterio es aplicable no solo para los supuestos de ejercicio de potestades sancionadoras con base en normas reglamentarias sino respecto de cualquier materia en la que en la actualidad se exija reserva de Ley pues esta no puede exigirse de manera retroactiva para anular o considerar nulas disposiciones reglamentarias reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía preconstitucionales. Por lo tanto la normativa de 1948 y 1961, debe estimarse vigente, y aún de exigirse por la Constitución reserva de Ley para regular esta materia, al tratarse de la Orden de 15 de junio de 1948 de una norma preconstitucional, dicha regulación seguiría teniendo validez.

TERCERO.- En cuanto a las alegaciones de la parte recurrente relativas a que la citada Orden contraviene lo dispuesto en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, conocida como la Ley *Omnibus*, la cual ha incorporado parcialmente al derecho español, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior y la Ley 17/2009, hemos de señalar que el artículo 1 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre establece "Esta Ley tiene por objeto establecer las disposiciones generales necesarias para facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios, simplificando los procedimientos y fomentando, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios, así como evitar la introducción de restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios que, de acuerdo con lo establecido en esta Ley, no resulten justificadas o proporcionadas".

El artículo 5 de la Ley 17/2009, dispone "La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurran las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen.

a) No discriminación: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social.

b) Necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado.

c) Proporcionalidad: que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad.

A juicio de esta Juzgadora la limitación establecida por la orden Ministerial que limita a tres los Oficiales habilitados no vulnera la citada Ley, porque como hemos señalado lo único que realiza la citada Orden es la limitación de oficiales que pueden auxiliar al Procurador, que es quien ejerce la actividad o la prestación del servicio y a quién no se le impone autorización para el ejercicio de su actividad, aplicable a todos los Procuradores que ejercen su profesión en España, salvo que se trata de una profesión regulada y sometida a una serie de requisitos de formación, preparación, etc.) o, con¹⁰ señala el Colegio de Procuradores de Madrid, en el escrito de contestación a la demanda, la figura del Oficial Habilitado del Procurador tiene unas competencias que no son más que la asunción material con eficacia jurídica algunas de las funciones en el proceso profesionalmente propias del Procurador habilitante y ejercitables en nombre de éste, que además carga con las eventuales responsabilidades que aquél genere>>.

SEGUNDO.- D^a [redacted] interpuso contra la sentencia del Juzgado recurso de apelación que fue desestimado por sentencia nº 664, de 30 de octubre de 2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 6^a, (apelación 737/2018).

En lo que interesa al presente recurso de casación, la sentencia que resuelve el recurso de apelación señala en sus fundamentos de derecho segundo y tercero lo siguiente:

<<SEGUNDO.- [...]

Del examen de la Sentencia de instancia cabe concluir que la juez de instancia sí se pronuncia sobre la derogación tácita de la OM de 1961, negándola motivadamente, id est, en sentido contrario a las pretensiones de la apelante, sin que se pueda concluir incongruencia de la diferencia de argumentos esgrimidos judicialmente para resolver una pretensión que, se insiste, es debida y motivadamente resuelta.

En lo atinente a la atención que la apelante centra sobre una pretendida derogación tácita derivada de una hipotética contradicción con "los principios y fines que inspiran la ley posterior", sin que sea preciso que la derogación derive de la contradicción con la letra de tal ley posterior, cumple decir al respecto que en ningún caso la Orden de 1961 establece restricciones al ejercicio profesional de los procuradores, sino a la posibilidad de delegar en oficiales que, recordemos, no son procuradores, bien trabajen con procuradores individuales o bien en forma societaria. De tal modo, no se observa la colisión normativa pretendida por la apelante, ni restricción alguna a la normativa europea en materia de libre prestación de servicios de los citados profesionales.

TERCERO.- Cumple concluir poniendo de manifiesto que el sustrato de la presente apelación no puede ser la obtención de un pronunciamiento de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid dirigido a la derogación de la Orden Ministerial de 1961 y, por ende, al fin de la pervivencia del límite máximo de tres oficiales de Procuraduría. Procede recordar en primer lugar que, al amparo del art. 6 LOPJ, nos encontramos ante un reglamento, y no ante una norma con rango de ley, por lo que bastaría no aplicar la citada Orden al caso concreto. Mas, en todo caso, lo cierto es que tal Orden, de consuno con lo expresado en la sentencia de instancia, es aplicable al no contravenir ninguno de los preceptos invocados en la apelación, estando los razonamientos de la sentencia de instancia amparados por el *iura novit curia*, que otorga libertad al juez para buscar y aplicar al caso concreto la concreta normativa que considera de aplicación, salvo los supuestos de motivación irracional, arbitraria o ilógica que, se insiste, no se dan en el caso concreto, en

que la juzgadora responde fundadamente a las pretensiones aplicando una normativa que, no por no ser la que invoca la apelante, deja de responder a los cánones constitucionales de motivación y congruencia, ex S TC 149/2015, de 14 de agosto, por todas.

Por todo lo expuesto entiende la Sala que la Sentencia de instancia está plenamente ajustada a Derecho, no apreciándose incongruencia o lesiones en su fundamentación, sin que lo alegado permita acordar la revocación instada por el apelante. Todo ello conduce a la desestimación del recurso de apelación y a la íntegra confirmación de la Sentencia>>.

TERCERO.- Notificada a las partes la sentencia dictada en apelación, D^a preparó recurso de casación, siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de 13 de septiembre de 2019 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Cuarta.

En la parte dispositiva del auto de admisión se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) Segundo. Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la atinente a si puede considerarse contraria a la normativa aplicable y, en particular, a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, así como a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, la limitación a tres de los carnets de oficial habilitado que un mismo procurador pueda solicitar, de acuerdo a lo establecido en la Orden del Ministerio de Justicia de 15 de junio 1948, modificada por Orden de 12 de junio de 1961.

Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en el artículo 543.4 LOPJ; artículo 29 del RD 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de Procuradores de los Tribunales de España; los artículos 2.6 y 3.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, según la redacción dada por el art. 5 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; los artículos 4 y 8 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de

servicios y su ejercicio así como la Disposición Derogatoria de la misma Ley en relación con el artículo 3 de la Orden del Ministerio de Justicia de 15 de junio de 1948, modificada por la Orden de 12 de junio de 1961, que fue derogada por la posterior Orden de 22 de octubre de 1971, que reconoce que los Procuradores de los Tribunales en ejercicio podrán ser auxiliados en el desempeño de sus actividades por Oficiales habilitados de ambos sexos, siempre que su número no exceda de tres por cada Procurador. Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA>>.

CUARTO.- D^a [redacted] formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito fechado a 14 de noviembre de 2019 en el que sostiene que la sentencia recurrida incurre en las infracciones que se indican en los siguientes enunciados:

1/ Infracción del artículo 543.3 LOPJ en relación con el artículo 29 del Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España.

2/ Infracción del artículo 3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, según la redacción dada por el artículo 5 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

3/ Infracción del apartado 6 del artículo 2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, según la redacción dada por el artículo 5 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

4/ Infracción del artículo 1 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

5/ Infracción del artículo 4 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

6/ Infracción del artículo 8 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

7/ Infracción de la Disposición Derogatoria de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

8/ Infracción del artículo 29 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España.

9/ Infracción del artículo 38 de la Constitución Española.

Tras razonar en su escrito las distintas infracciones normativas que alega, la recurrente concreta su posición señalando el pronunciamiento que solicita: que se case la sentencia recurrida y se declare inaplicable la limitación cuantitativa de la concesión de carnets de oficial habilitado por procurador contenida en la OMJ de 15 de junio de 1948, al haber sido derogada en cuanto contradice lo dispuesto en la Ley 17/2009, declarándose nulas las resoluciones de fecha 14 de septiembre de 2016 y 6 de febrero de 2017 por la que se acordó la denegación de la expedición de dos carnets de oficiales habilitados del Consejo General de Procuradores de España y revocando las mismas, se expidan cuantos carnets de oficial habilitado sean solicitados por esta procuradora, de acuerdo con los requisitos que cada oficial deba cumplir para obtener su expedición.

En definitiva, el escrito de D^a termina solicitando que se dicte sentencia por la que, casando y anulando la Sentencia recurrida, se estime plenamente nuestro recurso contencioso-administrativo y se anulen y revoquen las resoluciones de 14 de septiembre de 2016 y 6 de febrero de 2017 por las que se acordó denegar de la expedición de sendos carnets de oficiales habilitados, respectivamente, declarándose, asimismo, la falta de

vigencia de la Orden del Ministerio de Justicia de 15 de junio de 1948, en su redacción dada por la Orden de 12 de junio de 1961.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en la Sección Cuarta, mediante providencia de 2 de diciembre de 2019 se tuvo por interpuesto el recurso y se dio traslado a las partes recurridas para que pudiesen formular su oposición.

SEXTO.- La representación del Consejo General de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España formalizó su oposición mediante escrito de fecha 22 de enero de 2020 en el que expone las razones por las que, a su entender, deben ser desestimados los argumentos aducidos por la parte recurrente.

El planteamiento del Consejo General de los Colegios de Procuradores se condensa en el fundamento cuarto de su escrito, en el que alega lo siguiente:

<< (...) entiende esta parte que la recurrente fija su postura favorable a la derogación de lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Justicia de 15 de junio de 1948, modificada por orden de 12 de junio de 1961, sobre una base de indiferencia en torno a cual sea la calidad jurídica del servicio a prestar, como si todos ellos, por el mero hecho de ser servicios, constituyesen una masa unitaria, ya se trate de los prestados por los Abogados o los Procuradores o, en fin, el de alquiler de vehículos, cuando es así que, según hemos argumentado, concurren evidentes caracteres que justifican la limitación reglamentaria, sin que por ello se atente al contenido de la Ley 17/2009, teniendo en cuenta que:

a. La de Procurador es una profesión regulada, condicionado su ejercicio a la previa obtención del pertinente título universitario y una posterior especialización.

- b. Los Oficiales Habilitados carecen de cualquier calificación que no sea la mera confianza que les otorga el Procurador habilitante.
- c. Sobre este exclusivo dato, se les autoriza a realizar actos propios de la profesión regulada.
- d. Se amplían así, excepcionalmente, las posibilidades de la libertad de ejercicio de la profesión, normalmente reservada a actos de los propios Procuradores.
- e. Por eso es incongruente calificar de restricción a la libertad de ejercicio de la profesión la modulación cuantitativa de la que en esencia es una medida que amplía esa libertad, en cuanto que el contenido natural de ésta es el constituido por los actos realizados por los propios Procuradores o por sus sustitutos, también Procuradores.
- f. La limitación del número de Oficiales Habilitados tiene por fundamento jurídico que esa excepcional ampliación de la libertad y capacidad de realización de actos propios de la profesión por parte de quiénes no son titulares de la misma ha de ser sometida a una cierta tutela y control por el titular de la profesión, que no sería posible si se aceptase que cada Procurador pudiese habilitar a un número indefinido de Oficiales>>.

Por tales razones, termina el escrito solicitando que se dicte sentencia desestimatoria del recurso de casación.

SÉPTIMO.- De igual modo, la representación del Colegio de Procuradores de Madrid presentó escrito con fecha 27 de enero de 2020 en el que expone las razones por las que entiende que la sentencia recurrida no incurre en ninguna de las infracciones o vulneraciones que le reprocha la parte recurrente. En consonancia con ello, termina el escrito solicitando que se dicte sentencia que, desestimando el recurso de casación, confirme la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

(Sección Sexta), así como la dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 27, con expresa imposición de costas a la recurrente.

OCTAVO.- Mediante providencia de la Sección Cuarta de esta Sala de 9 de marzo de 2020 quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

NOVENO.- Mediante nueva providencia de la Sección Cuarta de 13 de abril de 2021 se acordó, de conformidad con el acuerdo del Presidente de la Sala de fecha 6 de abril de 2021, que pasen las actuaciones a la Sección Tercera.

DÉCIMO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 20 de abril de 2021 se acordó no haber lugar a la celebración de vista y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

UNDÉCIMO.- Mediante nueva providencia de esta Sección Tercera de 13 de mayo de 2021 se fijó para votación y fallo el día 29 de junio de 2021, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso de casación.

El presente recurso de casación nº 282/2019 lo dirige la Procuradora de los Tribunales D^a , actuando en su propio nombre y representación, contra la sentencia nº 664, de 30 de octubre de 2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de

Madrid, Sección 6ª (apelación 737/2018) que desestima el recurso de apelación interpuesto por dicha recurrente contra la sentencia 89/2018, de 23 de marzo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 27 de Madrid (procedimiento ordinario 127/2017).

Como hemos visto en el antecedente primero, la sentencia del Juzgado desestima el recurso interpuesto por la Sra. contra las resoluciones del Colegio de Procuradores de Madrid de 14 de septiembre de 2016 y 6 de febrero de 2017 por las que se deniega la expedición de dos carnets de oficiales habilitados en aplicación de la Orden del Ministerio de Justicia de 12 de junio de 1961 que permite un máximo de tres oficiales por procurador.

Según hemos visto en el antecedente segundo, el parecer del Juzgado es ratificado por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 6ª, que desestima el recurso de apelación.

En los citados antecedentes primero y segundo hemos reseñado las razones que exponen la sentencia de instancia y la de apelación. Y en los antecedentes cuarto, sexto y séptimo hemos expuesto, de forma resumida, el posicionamiento de las partes recurrente y recurridas en este recurso de casación.

Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en casación, en particular la señalada en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 13 de septiembre de 2019.

SEGUNDO.- Cuestión que reviste interés casacional y normas relevantes para la resolución del presente recurso.

Como vimos en el antecedente tercero, el auto de admisión del recurso de casación declara que la cuestión que reviste interés casacional objetivo

consiste en determinar si puede considerarse contraria a la normativa aplicable y, en particular, a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, así como a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, la limitación a tres de los carnets de oficial habilitado que un mismo procurador puede solicitar, de acuerdo a lo establecido en la Orden del Ministerio de Justicia de 15 de junio 1948, modificada por Orden de 12 de junio de 1961.

Y el propio auto de admisión identifica las normas jurídicas que, en principio, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate trabado en el recurso, serán objeto de interpretación: artículo 543.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; artículo 29 del Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de Procuradores de los Tribunales de España; los artículos 2.6 y 3.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, según la redacción dada por el artículo 5 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; los artículos 4 y 8 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio así como la Disposición Derogatoria de esta misma Ley en relación con el artículo 3 de la Orden del Ministerio de Justicia de 15 de junio de 1948, modificada por la Orden de 12 de junio de 1961, que fue derogada por la posterior Orden de 22 de octubre de 1971, que reconoce que los Procuradores de los Tribunales en ejercicio podrán ser auxiliados en el desempeño de sus actividades por Oficiales habilitados de ambos sexos, siempre que su número no exceda de tres por cada Procurador.

De este conjunto de normas que acabamos de citar, interesa reseñar el contenido de los siguientes preceptos:

- Orden del Ministerio de Justicia de 15 de junio 1948, redacción dada por Orden del mismo Ministerio de 22 de octubre de 1971.

Artículo 1º.

Los Procuradoras de los Tribunales en ejercicio podrán ser auxiliados en el desempeño de sus actividades por Oficiales Habilitados de ambos sexos, siempre que su número no exceda de tres por cada Procurador.

Los Oficiales Habilitados tendrán las mismas incompatibilidades que los Procuradores en el ejercicio de su profesión.

Artículo 2º

Los Oficiales Habilitados estarán autorizados para recibir notificaciones, requerimientos y emplazamientos, asistir a comparecencias, en las que podrán solicitar la práctica de las expresadas diligencias y sustituir al Procurador en las vistas para presenciar el informe del Letrado

Artículo 3º

El Procurador que proyecte utilizar los servicios de Oficial Habilitado presentará ante su propio Colegio una solicitud con el nombre y apellidos de la persona a quien haya de proponer con tal carácter.

Contra la denegación a conceder la habilitación solicitada de las Juntas de Gobierno de los Colegios de Procuradores no cabrá recurso alguno.

Las habilitaciones no podrán ser autorizadas por los Colegios más que a razón de un máximo de tres habilitados por cada Procurador.

Por los actos que realice el Oficial Habilitado responderá éste y el Procurador en forma solidaria.

Artículo 5º.

Los Oficiales Habilitados deberán ser españoles y mayores de dieciocho años, de buena conducta y sin antecedentes penales, acreditándose estos extremos debidamente ante las Juntas de Gobierno de los Colegios que hayan de autorizar la habilitación"

[este artículo 5º fue redactado por Orden del Ministerio de Justicia de 24 de julio de 1979].

- Ley Orgánica del Poder Judicial

Artículo 543.3

"En el ejercicio de su profesión los procuradores podrán ser sustituidos por otro procurador. También para los actos y en la forma que se determine reglamentariamente podrán ser sustituidos por oficial habilitado"

- Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España.

Artículo 29. Sustitución del procurador en determinadas actuaciones.

Los procuradores podrán ser sustituidos, en el ejercicio de su profesión, por otro procurador de la misma demarcación territorial, con la simple aceptación del sustituto, manifestada en la asistencia a las diligencias y actuaciones, en la firma de escritos o en la formalización del acto profesional de que se trate. Para que opere la sustitución entre procuradores no es necesario que el procurador sustituto se encuentre facultado en el apoderamiento del procurador sustituido, ni que el procurador sustituido acredite la necesidad de la sustitución. En todo caso, las sustituciones de procuradores se regirán por las normas de contrato de mandato contempladas en el Código Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

También podrán los procuradores ser sustituidos, en las asistencias, diligencias y actuaciones, por su oficial habilitado en la forma que reglamentariamente se establezca, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

- Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, según la redacción dada a ambos preceptos por el artículo 5 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre.

Artículo 2.6

"(...) 6. En ningún caso los colegios profesionales ni sus organizaciones colegiales podrán, por sí mismos o través de sus estatutos o el resto de la normativa colegial, establecer restricciones al ejercicio profesional en forma societaria "

Artículo 3.3

"3. 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.

Los Colegios no podrán exigir a los profesionales que ejerzan en un territorio diferente al de colegiación comunicación ni habilitación alguna ni el pago de contraprestaciones económicas distintas de aquellas que exijan habitualmente a sus colegiados por la prestación de los servicios de los que sean beneficiarios y que no se encuentren cubiertos por la cuota colegial".

- Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Artículo 1

"Esta Ley tiene por objeto establecer las disposiciones generales necesarias para facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios, simplificando los procedimientos y fomentando, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios, así como evitar la introducción de restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios que, de acuerdo con lo establecido en esta Ley, no resulten justificadas o proporcionadas".

Artículo 4.1

"1. Los prestadores podrán establecerse libremente en territorio español para ejercer una actividad de servicios, sin más limitaciones que las establecidas de acuerdo con lo previsto en esta Ley"

Artículo 8.1

"1. Sólo podrá limitarse el número de autorizaciones cuando esté justificado por la escasez de recursos naturales o inequívocos impedimentos técnicos.[...]."

Disposición derogatoria

"1. Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley.

2. No obstante, las disposiciones vigentes a la entrada en vigor de esta Ley que resulten incompatibles con los capítulos II, III, el artículo 17.1 del capítulo IV y los artículos

24 y 25 del capítulo V mantendrán su vigencia hasta que sean objeto de reforma expresa y, en todo caso, quedarán derogadas el 27 de diciembre de 2009.

- Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

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.

TERCERO.- Respuesta a la cuestión que reviste interés casacional.

Esta Sala se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la virtualidad “liberalizadora” de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (*Ley omnibus*), y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado; y también sobre la incidencia retrospectiva de tales normas respecto de disposiciones anteriores a ellas que establecían limitaciones o restricciones al ejercicio de actividades o a la prestación de servicios.

Sirvan de muestra, entre otras muchas, nuestras sentencias nº 1711/2017, de 13 de noviembre (casación 3542/2015), nº 1322/2019, de 17 de octubre (casación 2377/2016) y nº 332/2020, de 6 de marzo, dictadas en materia de transporte terrestre; y las sentencias nº 1272/2018, de 17 de julio (casación 2858/2017) y nº 1332/2018, de 19 de julio (casación 3505/2017), en materia de libertad de horarios comerciales.

Sin embargo, el caso que ahora nos ocupa, más allá de venir referido a un ámbito de actividad bien distinto, presenta una notable diferencia con los que examinábamos en aquellas sentencias a las que acabamos de referirnos. Sucede que la Orden del Ministerio de Justicia de 15 de junio 1948 (redacción dada por Orden del mismo Ministerio de 22 de octubre de 1971) no restringe la libertad de establecimiento de los Procuradores de los Tribunales, ni limita el ejercicio de la actividad que les es propia ni establece restricciones a su ejercicio profesional.

La figura del oficial habilitado a la que se refiere la presente controversia, regulada en la Orden del Ministerio de Justicia de 15 de junio 1948 y que cuenta con el respaldo de diversas normas de superior rango que antes hemos dejado reseñadas (artículo 543.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 29, párrafo segundo, del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España aprobado por Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre), supone, en realidad, una ampliación del ámbito de actuación de los Procuradores, al permitir que personas que no cuentan con la titulación ni la formación exigida al Procurador auxilien a éste realizando en su nombre algunas de las funciones que le son propias, como son las consistentes en recibir notificaciones, requerimientos y emplazamientos y asistir a comparecencias.

Se trata, por tanto, de una figura auxiliar que viene a facilitar la prestación del servicio por parte del Procurador, permitiendo que éste amplíe su esfera de actividad, al menos en lo que se refiere a algunas de sus actuaciones profesionales, por medio del oficial habilitado. Y lo que hace la Orden Ministerial es acotar la extensión de esa ampliación, estableciendo que no sea superior a tres el número de oficiales habilitados por cada Procurador.

Así las cosas, partiendo de que la figura del oficial habilitado supone una ampliación de la capacidad actuación de los procuradores a base de permitir de realización de actos propios de su profesión a quienes no son sus titulares, es razonable el alegato de la representación del Consejo General de los Colegios de Procuradores cuando señala que la disposición que establece que el número de oficiales habilitados no debe exceder de tres por cada

Procurador constituye, más bien, una norma regulatoria interna con la que se pretende hacer posible una cierta tutela y control sobre la actuación de quien realiza actividades propias del Procurador sin ser titular de la profesión, lo que no sería viable si se aceptase que cada Procurador pudiese habilitar a un número indefinido de Oficiales.

Podría aducirse que, dado el tiempo transcurrido desde que se dictó esta disposición a la que nos venimos refiriendo, acaso la norma debería ser reconsiderada o actualizada; como lo fueron, en efecto, otros aspectos de la Orden del Ministerio de Justicia de 15 de junio 1948, cuya redacción originaria fue objeto de diferentes modificaciones mediante sucesivas órdenes ministeriales de 12 de junio de 1961, 23 de octubre de 1971 y 24 de julio de 1979. Pero, en lo que interesa a la resolución del presente recurso, lo cierto es que la norma que limita a tres el número de oficiales habilitados por cada Procurador no puede ser considerada, ya lo hemos dicho, como una limitación al ejercicio de la actividad de los Procuradores de los Tribunales, ni supone, desde luego, una restricción a la libertad de establecimiento de estos.

En definitiva, respondiendo a la cuestión planteada en el auto de admisión del recurso de casación (véase antecedente tercero de esta sentencia), esta Sala considera que la limitación a tres de los carnets de oficial habilitado que un mismo procurador pueda solicitar, de acuerdo a lo establecido en la Orden del Ministerio de Justicia de 15 de junio 1948 (modificada por sucesivas órdenes ministeriales de 12 de junio de 1961, 23 de octubre de 1971 y 24 de julio de 1979), no vulnera la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ni la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (*Ley Omnibus*); y tampoco vulnera la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

CUARTO.- Resolución del recurso y costas procesales.

La doctrina expuesta en el apartado anterior nos lleva a concluir que debemos declarar no haber lugar al presente recurso de casación.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes; y respecto de las costas del proceso de instancia y de la apelación, debe estarse a lo decidido al respecto por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 27 de Madrid (procedimiento ordinario 127/2017) y por la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (apelación 737/2018) en sus respectivas sentencias.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la doctrina expresada en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia,

No ha lugar al recurso de casación nº 282/2019 interpuesto por Dª [REDACTED], Procuradora de los Tribunales que actúa en su propio nombre y representación, contra la sentencia nº 664, de 30 de octubre de 2018, de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (apelación 737/2018) que desestima el recurso de apelación interpuesto por dicha recurrente contra la sentencia 89/2018, de 23 de marzo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 27 de Madrid (procedimiento ordinario 127/2017); sin imponer las costas derivadas del recurso de casación y manteniendo los pronunciamientos de la sentencia dictada por el Juzgado y de la sentencia recurrida en lo que refiere a las costas del proceso de instancia y las de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.